
EL DERECHO A LA VIDA: SU PROBLEMÁTICA EN EL URUGUAY DE HOY

ADRIANA MONTERO

Abstract

El derecho a la vida es el punto de partida de los demás derechos humanos, su importancia es tal que no tendría objeto garantizar los demás derechos si no se lo reconociera y garantizara. Sobre la base de tal afirmación, este trabajo analiza desde una perspectiva básicamente jurídica sin dejar de lado la visión filosófica no solo su reconocimiento a nivel nacional e internacional, sino también los desafíos y problemas a los que se enfrenta en especial en Uruguay. **La aprobación por parte de Uruguay de la Ley N° 18.987 (22 de octubre de 2012) de Interrupción voluntaria del embarazo, a la que se suma su decreto reglamentario 375/012 (29 de noviembre de 2012) constituyen la nueva legislación vigente en materia de aborto en Uruguay.** La adopción de estas disposiciones pone en jaque y ataca de lleno el derecho a la vida tal como es concebido colocando a nuestro país en violación de numerosas disposiciones nacionales e internacionales. Mi objetivo con este trabajo es poner de manifiesto la gravedad del asunto y proponer el reflote de **la idea de dignidad humana**, concepto indeterminado de difícil definición, pero central para la concreción de un derecho a la vida de aplicación práctica y concreción real.

1. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA VIDA

De acuerdo con las posturas doctrinarias más recibidas, podemos afirmar que el derecho a la vida es el punto de partida de los demás derechos humanos.

El derecho a la vida es la base. Es la condición indispensable para que existan los demás derechos porque está inseparablemente unido a la existencia del hombre y es, por consiguiente, el derecho que señala el grado de plenitud que el hombre puede alcanzar.

No tendría objeto garantizar los demás derechos humanos si no se reconociera y garantizara previamente el derecho a la vida. Pues se trata de aquellos derechos inherentes al ser humano que, por ínsitos a dicha condición exigen no sólo su reconocimiento por parte del Estado y la sociedad toda, sino también su preservación y la garantía de su existencia y funcionamiento pleno.

Es el derecho que tiene cualquier ser humano por el simple hecho de existir y estar vivo.

Desde el surgimiento de los derechos humanos como concepto histórico en la modernidad jurídico-política, la vida ocupa un lugar fundamental en ellos.

Si estudiáramos las características de los atentados contra ella, lo primero que diríamos es que surgen invocando la libertad individual, en virtud de la cual muchas veces

se requiere la autorización y ayuda del Estado.

Otra de sus características es que, en general, van dirigidos contra la vida en sus estados más débiles, la vida naciente y la terminal. Entre ellos pueden mencionarse: el aborto, las amenazas derivadas de las técnicas de reproducción artificial, diagnóstico prenatal empleado al servicio del aborto, ciertas formas de infanticidio, la eutanasia y las políticas demográficas antinatalistas entre otros, a cuya efectiva implantación por los países en vías de desarrollo queda condicionada incluso la ayuda económica de los países ricos y de ciertos organismos internacionales.

Tal como señala P. Serna: *“Por tal razón, la reivindicación del derecho a atacar la vida ajena implica de modo necesario la exclusión social: Nuestras ciudades -ha señalado agudamente Juan Pablo II- corren el riesgo de pasar a ser ciudades de “convivientes” a sociedades de excluidos, marginados, rechazados y eliminados”*¹.

Pretender que la libertad humana se puede extender legítimamente hasta incluir un supuesto derecho a privar de la vida a otros seres humanos, solo se explica por una comprensión defectuosa de la dignidad de la persona humana y de la libertad que le es connatural.

Trataremos de reivindicar este concepto.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR URUGUAY QUE CONSAGRAN EL DERECHO A LA VIDA

Es importante recordar que el derecho a la vida integra la categoría de derechos civiles y de primera generación y está reconocido en numerosos instrumentos internacionales:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos,
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,
- Convención Universal sobre los Derechos del Niño,
- Pacto de San José de Costa Rica,
- Convención para la Sanción del Delito de Genocidio,
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue incorporada a nuestro derecho por la Ley N° 10.683. La misma establece:

*“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*².

1 P. Serna, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, EL DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág.26.

2 Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, incorporada al Derecho uruguayo por Ley N°

El artículo 30, que cierra la Declaración, reafirma: *“Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualesquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”*³.

Como veremos más adelante la protección del derecho a la vida se ve asegurado a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Uruguay por Ley N° 13.751 (1969), la Convención Universal de Derechos del Niño ratificado por Ley N° 16.137 (1990) y la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada también por Uruguay por Ley N° 15.737 (1985).

Finalmente, la Ley N° 13.482 (1966) que ratifica la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio, la Ley N° 17.722 (2004) que incorpora al derecho uruguayo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Ley N° 17.347 (2001) que ratifica la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, completan el elenco de leyes nacionales que incorporan a nuestro derecho documentos internacionales que protegen el derecho a la vida y que Uruguay no puede desconocer.

3. DISPOSICIONES NACIONALES RELATIVAS AL DERECHO A LA VIDA

Nuestro sistema jurídico reconoce el derecho a la vida no solo a través de preceptos constitucionales y tratados internacionales sino también a través de normas de rango legal y lo mismo sucede con las normas que lo protegen.

El punto de partida está recogido en el artículo 7° de la Constitución de la República:

“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”*⁴.

Sin perjuicio del análisis más detallado del artículo 7 que haremos a lo largo del trabajo, queremos destacar el aporte del Profesor Gorosito Zuluaga, que fundado en los artículos 7 y 72 de la Constitución afirma que: *“el concebido- desde dicho momento- es titular del derecho a la vida”*⁵.

Del estudio del artículo 7 de nuestra constitución podemos concluir que existen ciertos aspectos a clarificar:

10.683, 15 de diciembre de 1945.

3 Artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Ley Nacional N° 10.683, 15 de diciembre de 1945.

4 Artículo 7 de la Constitución Nacional de la República Oriental del Uruguay.

5 Eduardo Esteva, “El orden constitucional uruguayo”, Veto al aborto –Estudios Interdisciplinarios sobre la 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez”, Universidad de Montevideo, Uruguay, 2012, Pág. 89.

- El concepto de vida propiamente dicho.
- El alcance de la expresión “goce de” la vida.

4. CONCEPTO DE VIDA

En el Diccionario de la Real Academia Española encontramos el siguiente concepto:

“Intervalo de tiempo que transcurre desde el nacimiento de un animal o vegetal hasta su muerte. Duración de las cosas”.

Partiendo de este concepto, podemos sostener que es esencial que las distintas normas, tanto de derecho interno como internacional, clarifiquen qué se entiende por “vida”, sin embargo, no encontramos en los distintos ordenamientos una definición precisa.

La doctrina nos aproxima a un concepto.

Al decir del Dr. José Korzeniak: *“Desde el punto de vista biológico, el derecho a la vida supone el derecho a nacer, el derecho a existir y el derecho a sobrevivir”*⁶.

Por su parte, el Dr. Jiménez de Aréchaga⁷ encara el análisis del derecho a la vida con tal amplitud que le permite sostener que no se trata simplemente del derecho a vivir, sino de vivir en determinadas condiciones aceptables. Por esa razón, entiende que constituyen la regulación del derecho a la vida, no solamente el artículo 7º de la Constitución de la República, sino también el artículo 26 y otras tantas disposiciones de la Sección II de la Carta.

4.1 ¿Desde cuándo se es titular de este derecho?

Resulta imposible disociar en el estudio del tema del inicio de la vida, la cuestión del inicio de la personalidad jurídica. Si bien parece evidente afirmar que se *“Todo ser humano es persona”*. No todos opinan así.

4.1.1. Análisis de la cuestión desde un punto de vista filosófico

En este apartado veremos la postura de distintos autores en cuanto al alcance del término **“persona”** y **el comienzo de la personalidad jurídica**. Analizaremos distintas posturas y esbozaremos las críticas del caso.

Para algunos autores solo son titulares de derechos *“las personas”*, cuya noción no es coextendida con la de los entes humanos. Engelhardt por ejemplo afirma, *“no todos los seres humanos son personas, no todos son auto-reflexivos, racionales o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar. Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo son ejemplos de seres humanos que*

6 José Korzeniak, “Curso de Derecho Constitucional II”, Tomo I, FCU (Fundación de Cultura Universitaria), Uruguay, 1971, Pág. 151.

7 Justino Jiménez de Aréchaga, “Teoría del Gobierno”, Tomo II, Editorial Medina, Uruguay, 1947, Pág. 26.

*no son personas. Estas entidades son solo miembros de la especie humana*⁸.

Son duras palabras, pero aunque resulte difícil de creer, existen autores que sostienen esta postura.

Sin embargo, podemos afirmar en el sentido de Spaemann que: *“la personalidad es una constitución esencial, no una cualidad accidental. Y mucho menos un atributo que se adquiera poco a poco. Dado que los individuos normales de la especie homo sapiens se revelan como personas por poseer determinadas propiedades, debemos considerar como seres personales a todos los individuos de la especie, incluso a los que todavía no son capaces, no lo son ya, o no lo serán nunca de manifestarlos*⁹.

Esto significa que el derecho a la inviolabilidad de la vida, que se sigue necesariamente de ese carácter, pertenece a todo ser humano desde que comienza su existencia con la fecundación hasta que se extingue con su muerte, no existiendo otro requisito.

Por otro lado, existe la postura tradicional operativa que trata de definir a la persona a partir de las operaciones que en ella se consideran más importantes, constatando la presencia de ciertas características que han sido consideradas importantes para definir a la persona.

Criticando esta posición señala V. Possenti: *“La línea del personalismo ontológico procura una determinación sustancial antes que operativa del ser de la persona. Esta escuela asignando mayor importancia a la investigación de los signos personales o indicios que puedan señalar la presencia de la persona, no entiende que el ser persona o el convertirse en tal, sean verificables solo funcional o empíricamente, pero sí es argumentable racionalmente dentro de una concepción que admita el ser y los grados de perfección*¹⁰.

*“La definición psicológica de persona parece asumir sin pruebas, tanto la identidad de la mente como la actividad síquica consciente, con un pasaje indebido del orden del ser y de la sustancia al de la función*¹¹.

Otra postura es la que tiene una concepción gradualista de la persona y de su derecho a la vida, sostenida por Parfit: *“El ovulo fecundado no es un ser humano y una persona ya desde el comienzo, lo va siendo lentamente, la destrucción de este organismo al comienzo no es normalmente equivocada, pero poco a poco se vuelve errada*¹².

El equívoco que existe en estas posiciones consiste fundamentalmente en identificar el orden del ser con el orden del obrar, disolviendo totalmente el primero en el segundo.

No parece que sea ni afortunado ni correcto el método de inferir el carácter de per-

8 C. I. Massini, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 194.

9 Ob. Cit. Pág. 197.

10 V. Possenti, “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág.121.

11 Ob. Cit. Pág. 124.

12 Ob. Cit. Pág. 125; 126.

sona en un individuo basándose exclusivamente en sus operaciones. En virtud del gran desnivel que existe entre los ordenes del ser y del obrar, debería permanecer abierta la posibilidad de que la persona pueda existir aún en ausencia de sus operaciones.

Tal como señala Possenti: *“El equívoco de fundar la persona en el obrar, se refleja en la cuestión de la unidad e identidad del yo sujeto, que sin un acto primero fundante y radical, queda desparramado y disuelto en los múltiples actos que tienen lugar en un proceso temporal”*¹³.

La definición más antigua y conocida de persona, es la de Boecio, para quien la persona es *“rationalis naturae individua substantia”*. Próxima está la de Ricardo de San Víctor *“rationalis naturae individua existentia”*. Puede verificarse que estas definiciones tienen todas al mismo tiempo, los conceptos necesarios: naturaleza, individuo, sustancia, existencia, racionalidad y espiritualidad. Además no se excluye el nivel corpóreo-biológico-genético, en cuanto que la sustancia individual humana, es corpórea.¹⁴

La persona es sujeto individual y sustancial, dotado de espiritualidad y por lo mismo capaz de reflexionar sobre el todo, de relacionarse, de auto-poseerse, de tener autoconciencia, interioridad, libertad, dominio de sus propios actos. La persona existe en sí y por sí, colocándose en la cúspide de la existencia individual y realizando del modo más pleno el concepto de individualidad. Tomás de Aquino concluía diciendo que *“la persona es lo más perfecto de todo lo que hay en el universo, porque en ningún otro individuo se puede encontrar una gama tan rica de perfecciones ontológicas y operativas, una más profunda unidad que brota desde la forma sustancia”*¹⁵.

*“...La singularidad de la persona se condensa en una cualidad que solo ella posee, la incomunicabilidad ontológica y la comunicabilidad intencional. Incomunicabilidad en el orden del existir, porque aquella posee y ejercita el propio acto de ser, que es solo suyo y no compartible con otros, comunicabilidad intencional en el orden del obrar, en el conocer, el amar, el dialogar, “el vivir con”, por lo que la persona es, una apertura al todo...”*¹⁶.

En el caso de la persona, aquello que la hace ser tal, es ser un individuo de naturaleza espiritual y no el mayor o menor grado de conciencia.

*“Las características y las funciones que pueden crecer, disminuir, faltar, por este motivo no son esenciales. En particular, la privación de una cualidad, admite grados, mientras que esto no ocurre con las propiedades esenciales. En consecuencia, por el hecho de que la conciencia o los estados síquicos pueden tener grados, aquellos no constituyen una determinación esencial de la persona. Una persona humana no es menos persona si es ciega”*¹⁷.

Recordemos que las características no esenciales pueden ser poseídas primero potencialmente, después desarrollarse y al final declinar.

13 Ob. Cit. Pág. 128.

14 Ob. Cit. Pág. 132.

15 Ob. Cit. Pág. 133.

16 Ob. Cit. Pág. 134.

17 Ob. Cit. Pág. 137-138.

Al mismo tiempo, como los estados síquicos no son solo propios de las personas, sino también pueden verse en algunos animales y máquinas inteligentes, podríamos considerar persona también a estas criaturas.

Esto lleva a afirmar que el individuo humano es “*per se*” persona, aunque esté privado de conciencia. Es una naturaleza espiritual, que puede ser poseída “*in radice*”.

“Las informaciones que da la biología confieren la certeza de que por su origen, su estructura genética, su organización celular, y el sentido teleológico de la ontogénesis, desde el instante de la concepción, hay una vida humana”¹⁸.

El ser persona parece la única modalidad de existencia que conviene a la naturaleza humana.

A raíz de todo este estudio, podemos concluir que es innegable la potencialidad activa que realmente posee el embrión para realizar las operaciones propias de la persona.

4.1.2. Perspectiva jurídica de la cuestión

Diferentes respuestas se han dado en materia jurídica sobre el comienzo de la personalidad jurídica. Y la discusión esta lejos de encontrar una solución.

- Existen distintas teorías que buscan dar una respuesta:
- la teoría de la concepción,
- la teoría del nacimiento,
- la teoría del nacimiento viable y
- la teoría del nacimiento viable y cumplimiento de un tiempo mínimo de vida natural.

Al mismo problema se ha enfrentado la doctrina penalista, el Dr. Langón lo ilustra claramente al hablar del delito de homicidio, dejando clara su postura respecto al comienzo de la vida:

“El homicidio consiste en “matar” a un tercero, esto es, en quitar la vida a una persona con vida independiente de la madre, por lo que siendo que hay vida humana desde el momento mismo de la concepción y ella es un proceso continuo hasta la muerte, el comienzo de la vida extrauterina debe ser definido normativamente, único modo de distinguir el paso al aborto.

...Durante mucho tiempo se consideró por la mayoría de la doctrina que había homicidio si la víctima había respirado, es decir, había penetrado aire a los pulmones, momento en que existiría propiamente una “persona” autónoma a proteger, independientemente del feto cuya vida protege la figura del aborto.

No se sostiene actualmente la vieja opinión de que para ser “persona” había que nacer viable y vivir veinticuatro horas de vida natural, argumento civilista que derivaba de las

18 Ob. Cit. Pág. 141.

*normas referidas a los derechos sucesorios (art 216 inc. 3)*¹⁹.

A favor del comienzo de la personalidad jurídica desde la concepción se suma la Ley N° 16.137 que ratifica la Convención Universal de Derechos del Niño.

En su articulado señala:

*“En el sentido de la presente convención un niño es todo ser humano menor de 18 años”*²⁰.

*“Los estados parte reconocen que todo niño tiene derecho inherente a la vida”*²¹.

En el Preámbulo, en su inciso 9 agrega: *“El niño en razón de su inmadurez física e intelectual tiene necesidad de protección y cuidados especiales, también en la órbita jurídica, tanto antes como después del nacimiento”*²².

Arezo Píriz analiza el art. 1° de la Convención Universal de los Derechos del Niño, señalando: *“El ser humano comienza a existir como vida autónoma desde que el material genético procedente del padre y de la madre, en el momento de la concepción -que es el instante cuando el óvulo materno y el espermatozoide paterno constituyen una sola célula- se unen para convertirse en embrión, huevo o cigoto. Este ser vivo, enteramente independiente, lleva el material genético propio no sólo de la especie humana sino, también, el de ese ser individual durante el resto de su vida. Es decir, no hay un momento en que un no nacido exista como individuo pero aún no pertenezca a la especie humana”*²³.

La CADDHH (Convención Americana de Derechos Humanos) también conocida como Pacto de San José de Costa Rica e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 15.737, establece: *“persona es todo ser humano”* y *“tiene derecho a la vida, en general, desde el momento de la concepción”*.

*“A los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”*²⁴.

*“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”*²⁵.

Existe una fuerte polémica en torno al sentido del término **“en general”** dentro del Pacto.

Entiende Arezo Píriz que, según el Pacto, la vida humana está protegida desde el mo-

19 Miguel Langón, “Código Penal y Leyes Penales Complementarias comentado, sistematizado y anotado”, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Uruguay, 2007, Pág. 650-651.

20 Artículo 1 de la Convención Universal de Derechos del Niño, ratificada por Uruguay por Ley N° 16.137, 28 de septiembre de 1990.

21 Artículo 6.1 de la Convención Universal de Derechos del Niño, Ley Nacional N° 16.137, 28 de septiembre de 1990.

22 Preámbulo de la Convención Mundial de Derechos del Niño, Inciso 9.

23 Arezo Píriz, “El Comienzo de la personalidad en el Derecho Positivo Uruguayo, Montevideo”, Revista Jurídica Estudiantil, 1993, Pág. 102 y 104.

24 Artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley Nacional N° 15.737, 22 de marzo de 1985.

25 Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley Nacional N° 15.737, 22 de marzo de 1985.

mento de la concepción. “A partir de la concepción, en que comienza el derecho a la protección a la vida, tenemos como sujeto de derecho activo, de esa relación tuitiva al “concebido”. A su vez, si el “concebido” (el “nasciturus” del derecho romano), es sujeto de derecho es, a la vez, persona, ya que ambos son conceptos inescindibles. Este desarrollo nos lleva a la ineluctable conclusión (de) que el concebido es persona y por consiguiente, en nuestro actual sistema, la personalidad comienza con la concepción del ser humano...”²⁶.

Para Howard el art. 4 de la CADDHH es insuficiente por sí sólo para la determinación del comienzo de la personalidad por la expresión “en general”. En este sentido afirma: “En efecto, a pesar de que el mencionado por el autor (Arezo Píriz) puede constituir un elemento coadyuvante con otros preceptos legales para admitir que se es persona desde el momento de la concepción, lo considero insuficiente por sí solo. La razón de ello radica en la redacción textual de la disposición, según la cual el derecho a la vida “estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción”. La expresión “en general” probablemente fue incluida en aras de lograr una mayor aceptación del Pacto, en cuanto, en diversos ordenamientos el derecho a la vida no se protege desde el momento de la concepción, sino desde el nacimiento; v. gr. es lo que acontece con los Estados que admiten como legítimas las prácticas abortivas”²⁷.

Sobre el significado de “en general”, Gross Espiel interpreta: “Ese “en general”, a mi juicio, fue puesto en la última etapa de la elaboración de la Convención Americana, para indicar la posibilidad de que la ley interna, por razones de “interés general”, pueda en ciertos casos excepcionales permitir el aborto, sin afectar el principio básico de que la vida humana comienza con la concepción”²⁸.

En mi opinión, la titularidad del derecho a la vida exige la personalidad. La titularidad del derecho a la vida requiere, como presupuesto necesario, que el concebido sea persona en sentido jurídico desde la misma concepción. Mal podría ser el concebido titular de un derecho sin ser al mismo tiempo sujeto de derecho. Negar la personalidad jurídica del concebido sería una afirmación contraria al ordenamiento internacional.

4.1.3. Análisis de otras disposiciones que reafirman que se es persona desde el momento de la concepción.

Dentro del elenco de disposiciones que confirman que se es persona desde el momento de la concepción, encontramos:

El artículo 21 del Código Civil Uruguayo, según el cual todos los individuos de la especie humana son personas y en consecuencia, titulares de derechos y obligaciones.

La amplitud de la disposición no distingue entre concebido, nacido o ninguna otra cualidad que pueda restringir el abanico de posibilidades dentro de los individuos humanos que son considerados personas físicas para nuestro derecho.

26 Arezo Píriz, Ob. Cit. Pág. 85.

27 Walter Howard, “Derecho de la Persona”, Volumen I, Universidad de Montevideo, Uruguay, 2008, Pág. 49.

28 Héctor Gros Espiell, Derecho a la Vida – Aborto, “Seminario Permanente de Educación en Derechos Humanos”, Facultad de Derecho. Universidad de la República. Ciclo 1999, FCU, 2000, Pág. 161.

Sobre esta base, se afirma que toda vez que haya un individuo de la especie humana (concebido o nacido, viable o no) estamos frente a un sujeto de derechos en sentido estricto.

Siguiendo las reglas del art. 18 del Código Civil Uruguayo según el cual: *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (...)”*²⁹, la expresión *“individuos de la especie humana”* remite directamente a la idea de todo ser humano, sin discriminación alguna.

En base a los conocimientos científicos actuales es sabido que son individuos humanos los constituidos por un ADN propio de un ser humano, perteneciendo a la especie humana homo sapiens sapiens, sin otras distinciones.

El art. 2° de la Ley N° 15.977, que creó el Instituto Nacional del Menor o INAME (actualmente llamado INAU o Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay) establece como cometido de dicho organismo *“asistir y proteger a los menores moral y materialmente abandonados desde la concepción hasta la mayoría de edad”*³⁰.

Esta norma engloba dentro del concepto de *“menor”* a todo ser humano desde la concepción hasta la mayoría de edad, sin realizar ninguna distinción. Algunos autores han visto en esta norma otro argumento a favor de la posición que sostiene que el Derecho uruguayo reconoce el carácter de sujeto de derecho desde el momento de la concepción. Incluir al concebido dentro de la categoría de *“menor”* y negarle el estatus de persona exigiría una interpretación forzada de esta norma.

El CNA (Código de la Niñez y la Adolescencia) no es ajeno a esta problemática y en este sentido establece: *“Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas”*³¹.

*“Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones, cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social”*³².

*“El estado tiene la obligación de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto a toda forma de situaciones que pongan en riesgo su vida o inciten a la violencia, como el uso y el comercio de armas”*³³.

“El Estado protegerá los derechos de todos los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción, independientemente del origen étnico, nacional o social, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la posición económica, los impedimentos psíquicos o físicos, el nacimien-

29 Artículo 18 del Código Civil Uruguayo.

30 Artículo 2 de la Ley Nacional N° 15.977, de Creación del Instituto Nacional del Menor, 17 de octubre de 1988.

31 Artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

32 Artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

33 Artículo 15 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

to o cualquier otra condición del niño o de sus representantes legales”³⁴.

De la redacción puede concluirse que la protección de los derechos del niño no están condicionados al nacimiento, reconociendo que el concebido ya goza de ellos.

El Decreto-Ley N° 15.084, de 28 de noviembre de 1980, establece el beneficio de la asignación familiar desde la comprobación del embarazo y dispone que el beneficiario sea el hijo menor.

Las beneficiarias recurrirán al organismo competente con carnet obstétrico que acredite el embarazo y comenzarán a gozar del beneficio (que es a favor de la criatura no nacida aún) a partir del último trimestre del embarazo.

A partir de normas reglamentarias se impone al médico el deber de defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.

El Decreto 204/01, de 21 de mayo de 2001, dispone en su art. 2° que: “*el médico debe defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional, y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción*” y que “*en salvaguardia de los derechos y dignidad de la persona humana debe negarse terminantemente a participar directa o indirectamente, a favorecer o siquiera admitir con su sola presencia toda violación de tales derechos, cualesquiera fuera su modalidad o circunstancia*”.

Por último, cabe señalar que esta posición es reafirmada por nuestros tribunales. De acuerdo a la sentencia n° 23 del Tribunal de Apelaciones de Familia (T.A.F) 1° Turno, de 28 de julio de 1999 se entiende que: “*hay que darle a la palabra individuo, el sentido natural y obvio de ella, que surge de la aceptación que le confiere el Diccionario de la Real Academia Española, significa, en primer lugar, que no puede ser dividido, y, en segundo lugar, cada ser organizado, ser animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece. La nota fundamental o distinta que se desprende de tales acepciones, no resulta ser la de ser autónomo o independiente, sino la de ser indivisible con características propias dentro de los de su especie. Es esta última acepción de la palabra individuo la única correcta a juicio del Tribunal. Por ende, en el fallo se expone que “parece claro que desde la concepción existe un ser humano organizado, con características propias dentro de los de su especie y, por ende, un individuo de la especie humana al que el art. 21 del C.C. le otorga la calidad de persona”*”³⁵.

De lo expuesto se concluye que son inadmisibles las posturas que nieguen la personalidad jurídica del concebido porque serían contrarias a la dignidad del ser humano. Y resulta por demás evidente que ésta es la posición recogida por el legislador a lo largo de todo el ordenamiento jurídico.

4.1.4. Alcance de la expresión “goce de la vida”

34 Artículo 14 Inciso 1 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

35 La Justicia Uruguayo, Tomo 195, caso 13.821.

La doctrina uruguaya sostiene pacíficamente la distinción entre el derecho a la vida, preexistente a la regulación constitucional y la protección en el goce de la vida, consagrado por nuestra constitución.

Tal como señala Jiménez de Aréchaga: *“Nuestra Constitución no entiende crear esos derechos a favor del individuo, sino simplemente proclamar su existencia y garantizarla, concibiéndolos como anteriores al texto constitucional”*³⁶.

La segunda oración del artículo 7 de nuestra constitución puede interpretarse, preguntándose *“¿Importa ello decir que la ley, por razones de interés general, puede privar al habitante del derecho a la vida? No. Importa decir, que la ley, por razones de interés general puede privar al habitante del derecho a ser protegido por el Estado en el goce de la vida. Está fuera de discusión la posibilidad de que una ley, aún fundada en razones de interés general, pueda privar de derechos que son inherentes a la condición humana de acuerdo a lo que prevé el artículo 72 de la misma Sección II de la Constitución”*³⁷.

Tal como señala el Dr. Korzeniak: *“Pienso que si examinamos el texto del artículo 7º, en rigor no tendremos que estudiar el derecho a la vida, sino el derecho “a ser protegidos en el goce de la vida”. Entonces, ateniéndonos a esa expresión, es posible entender como formando parte de este derecho a la vida el derecho a la protección de la maternidad, del indigente, del enfermo, el derecho a gozar de vivienda decorosa, etc”*³⁸.

Destacamos la amplitud del concepto.

5. APROBACIÓN DE LEY DE ABORTO EN URUGUAY

A fines de 2008, el parlamento uruguayo aprobó un proyecto de ley en el que, además de establecer normas sobre la defensa del llamado derecho a la salud sexual y reproductiva, se despenalizaba el aborto.

El 14 de noviembre de ese año, el entonces presidente de la República, el Dr. Tabaré Vázquez, vetó parcialmente dicho proyecto de ley eliminando los artículos que se referían a la despenalización del aborto.

Sin embargo, el veintidós de octubre de 2012, se aprobó la Ley N° 18.987, de Interrupción voluntaria del embarazo, al que se suma su decreto reglamentario 375/012 del veintinueve de noviembre de 2012, y juntos constituyen la nueva legislación vigente en materia de aborto en Uruguay.

El régimen actualmente vigente está regulado por tres leyes distintas. Cuando se verifican los plazos y condiciones establecidos en la ley 18.987, el aborto no es delito. Para los casos en los que no se configuran los plazos y condiciones exigidos por la ley 18.987, se aplica el régimen existente hasta antes de la aprobación de esa ley (leyes 9.763 y 18.426).

36 Justino Jiménez de Aréchaga, Ob. Cit. Pág. 7.

37 Ob. Cit. Pág. 17.

38 José Korzeniak, “Curso de Derecho Constitucional II”, Tomo I, FCU, Uruguay, 1971, Pág. 152.

Tal como señalan los Dres. Altieri y Montano: *“La ley 18.987 expresamente declara en su artículo 2° que no serán de aplicación los artículos 325 y 325 bis del Código Penal (ley 9.763 de 1938), para el caso de que se den las circunstancias previstas en el texto legal. Si éstas no se dan, se aplicará la ley de salud sexual y reproductiva, n° 18.426 y la Ordenanza 369 de 6.8.2004. Esto significa que no se podrá practicar el aborto, pero sí asesorar a la mujer con respecto a las medidas precautorias que debe adoptar en caso de realizárselo por su cuenta (art. 1° de la ley y art. 4° del reglamento). Si se procede de otra forma, es decir, fuera de los requisitos de las normas citadas, se aplicará el régimen de la ley 9.763, que permanece vigente para estos casos, y se consumará el delito de aborto”*³⁹.

5.1. Una mirada hacia atrás

El primer Código Penal que rigió en Uruguay desde el año 1889 a 1934 tipificaba el aborto como delito. El segundo Código Penal, vigente desde agosto de 1934 optó por no tipificar el aborto como delito. Eso implicó que hasta la aprobación de la Ley N° 9.763 en 1938 el aborto fue una conducta permitida en Uruguay.

Sin embargo, la aprobación de la Ley N° 9763, el 28 de enero de 1938, modifica un capítulo del Código Penal de 1934 estableciendo el delito de aborto en los siguientes términos.

- Aborto con consentimiento de la mujer. Penalizaba a la mujer (Art. 325).
- Aborto con consentimiento de la mujer y colaboración de un tercero. Penalizaba al tercero (médico o no) Art. 325 Bis.
- Aborto sin consentimiento de la mujer. Penaliza al que lo causa (Art. 325 Ter).
- Causas atenuantes y eximentes: art. 328 del Código Penal: móvil de honor, para eliminar fruto de una violación, por causas graves de salud y por razones de angustia económica. La pena disminuía de un tercio a la mitad. Si había consentimiento, podía eximirse de pena. Sólo se aplicaba a los casos en que el aborto sea practicado por un médico y dentro de los tres primeros meses de la concepción (No aplicable al caso 3).

Tal como señala el Dr. Montano haciendo una valoración crítica de la ley de 1938: *“La ley que rigió el aborto de 1938 hasta 2012, sin ser perfecta tenía una serie de ventajas que podemos resumir de la siguiente manera: daba un mensaje claro de prohibición de la eliminación de toda vida inocente; en ningún caso el Estado asume el rol positivo de eliminar ninguna vida inocente; penaliza el aborto pero, al mismo tiempo deja en manos del juez la posibilidad de no penar a la mujer que ha cometido un aborto por motivos económicos, sociales, de salud, violación, etc. Como se dirá más adelante, en los hechos, hace décadas que ningún juez sanciona con prisión a las mujeres que se han realizado un aborto. En los hechos, no se puede decir que en Uruguay se “penalizaba” a la mujer que cometía un aborto, pero sí se dejaba claro que es una actividad contraria al derecho”*⁴⁰.

39 Defendiendo el Derecho Humano a la Vida (2ª Edición), Coordinadores: Laura Fárfan y Mariano Milone, Capítulo Uruguay, Pedro Montano y Santiago Altieri, Pág. 19-20.

40 Ob. Cit. Pág. 16.

En el año 2007, el Profesor Langón escribía justificando por qué no había sido incluido por Irureta Goyena en 1934 la legislación sobre aborto, a pesar de considerarlo como uno de los actos “*más repulsivos, vejatorios, y contra natura a que puede descender el hombre*”: “*La razón de ello se encontraba en la consideración de que el fruto de la concepción era una simple “viscera materna”, de la que ésta por consiguiente podía disponer a voluntad, a lo que se agregaban consideraciones tales como las que derivan del supuesto derecho a la maternidad consciente y a la opinión propia de la época, de que el concebido no era aún una “persona”, que no era un niño, condición que se adquiriría recién con el nacimiento, por lo que no había allí una vida humana a proteger, sino una mera esperanza de vida.*

La concepción actual, reaccionando sobre conceptos antiguos y que es la que resulta del derecho positivo nacional, tiende a considerar que el delito de aborto protege en realidad la vida humana, por cuanto desde el momento de la concepción existe un niño, que es una persona en plenitud de derechos y cuya vida es el principal objeto de protección”⁴¹.

5.2. Breve análisis de la Ley N° 18.987

Las opiniones están divididas y lo que busco no es realizar un análisis exhaustivo de la ley, lo cual me llevaría mucho más tiempo y estudio, sino invitar a la reflexión sobre lo que implica la aprobación de esta ley para el Uruguay.

Haremos una breve enunciación de sus principales puntos:

- a. El aborto debe realizarse antes de las doce semanas de gravidez.
- b. El médico deberá recoger la voluntad de la mujer.
- c. Deberá dejar constancia de que informó a la mujer sobre los “riesgos inherentes” a la intervención y el empleo de anticonceptivos en el futuro.
- d. Informará la mujer sobre planes y programas de adopción, apoyo económico y médico a la maternidad.
- e. Fuera del plazo de las doce semanas, la interrupción del embarazo sólo puede ser realizada cuando: 1) la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer, 2) cuando se verifique un proceso patológico que provoque evidentes malformaciones o anomalías del feto, o 3) cuando fuese producto de una violación dentro de las catorce semanas.
- f. En caso de menores de edad: se debe recabar el consentimiento de la menor y por lo menos de uno de sus representantes legales.
- g. Es posible el recurso de irracional disenso para ante los Jueces Letrados de Primera Instancia de Familia en Montevideo y los Jueces Letrados de Primera Instancia en el Interior del país.

41 Miguel Langón, “Código Penal y Leyes Penales Complementarias comentado, sistematizado y anotado”, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Uruguay, 2007, Pág. 719-720.

h. Al padre de la criatura no se le reconoce ningún derecho en cuanto a la decisión de seguir o no adelante con el embarazo.

i. La ley reconoce la posibilidad de oponer objeción de conciencia por parte de los médicos y personal de salud (art. 11). Pero lo hace de manera incompleta e inadecuada tal como señalan los Dres. Altieri y Montano *“porque solo autoriza a oponerla al personal médico y técnico que deba intervenir directamente en un aborto (arts. 28 y 29 del decreto), obligando al médico a “derivar personalmente a la paciente a otro médico de manera de asegurar la continuidad de la atención inmediata de la mujer”. Esto es, obliga al médico a hacer indirectamente, lo que directamente no quiere hacer. No cabe objeción de conciencia respecto de los casos de aborto por grave riesgo de salud de la mujer”*⁴².

j. *Todas las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud tienen la obligación de cumplir con lo establecido en la presente ley. A tales efectos, deberán asegurarse las condiciones técnico-profesionales y administrativas necesarias para posibilitar a sus usuarias el acceso a dichos procedimientos dentro de los plazos establecidos. Remarca el Dr. Altieri: “...como puede apreciarse la objeción de ideario está regulada también de manera defectuosa. Se le puede formular la misma crítica que a la objeción de conciencia”*⁴³.

5.3. Puntualizaciones sobre el tema

La primera conclusión que podemos sacar es que no se trata de una simple legitimación del aborto como práctica. No es solo una ley permisiva, hay un compromiso del Estado en la realización de la práctica abortiva.

El art. 2º dice que no será penalizado el aborto en las circunstancias que exige la ley. Sin embargo, es algo más que una despenalización, porque tal como se establece en el artículo 10 la mujer puede exigir que se le realice el aborto sin expresión de causa, y las instituciones de asistencia médica tienen el deber de realizárselo.

“Estamos, por lo tanto, en el ámbito del reconocimiento de un derecho -aunque no de forma expresa-, y la conducta no sólo no será delictiva, sino que supondrá causa de justificación por cumplimiento de una ley (art. 28 CPU). No será una causa de justificación como la legítima defensa. Esta supone que el sujeto activo tiene el permiso de realizar algo autorizado expresamente por el derecho, pero que es considerado disvalioso: la muerte del agresor, por ejemplo. En el caso del aborto, este aparece como un derecho y, por lo tanto, como algo positivo para la ley.

*Esta ley tiene importantes consecuencias desde el punto de vista criminológico, porque lo que antes era calificado negativamente -un delito- ahora pasa a ser positivo, un derecho. O, dicho en otras palabras, lo que antes estaba mal, ahora está bien. Esto supone una cierta aprobación social de una conducta que de por sí, es intrínsecamente mala: dar muerte a un ser humano, inocente e indefenso”*⁴⁴.

42 Defendiendo el Derecho Humano a la Vida (2ª Edición), Coordinadores: Laura Fárfan y Mariano Milone, Capítulo Uruguay, Pedro Montano y Santiago Altieri, Pág. 24.

43 Ob. Cit. Pág. 25.

44 Ob. Cit. Pág. 25-26.

Esta ley tiene importantes contradicciones, quizás producto de la ardua negociación que precedió a su aprobación. En su artículo 1º establece que el Estado reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana... Sin embargo, autorizando el aborto, atenta contra ello.

Concuerdo con los Dres. Altieri y Montano cuando destacan: *“La ley manda proteger la vida humana en ese art. 1º y en el art. 6º agrega que en caso de causas graves de salud de la madre, el médico deberá intentar salvar ambas vidas. Por lo tanto, la ley reconoce la existencia del feto como paciente. Ese paciente tiene derecho a ser salvado, por lo tanto, como sujeto de derecho es persona”*⁴⁵.

Hemos seleccionado algunas expresiones de la exposición de motivos de la ley, que resultan por demás claras para ilustrar al lector sobre qué tipo de pensamiento fue el mentor de esta ley:

“Siendo el aborto una práctica masiva en nuestra sociedad, su incriminación sólo refleja la voluntad de quienes lo rechazan, lo cual redundando en una normativa que impone al todo social, la ética de una parte”.

¿Desde cuando el aborto es una práctica masiva en Uruguay?

*...La revisión de las normas que incriminan el aborto se convierte así en un imperativo. Se torna un imperativo porque es deber del legislador buscar adecuar permanentemente las leyes a lo que el consenso de la sociedad va expresando”*⁴⁶.

¿Acaso la sociedad uruguaya expresó su deseo de tener una ley pro-aborto? o responde esto solo a una cuestión política y de apoyo económico internacional.

Sobran las palabras.

5.4. ¿Por qué la Ley N° 18.987, es violatoria del orden jurídico uruguayo?

5.4.1. Perspectiva general

La elaboración de la ley positiva siempre es un asunto de responsabilidad moral. La ley positiva es una empresa humana de la razón práctica, que busca promover los bienes humanos y las verdades prácticas.

Primero, destacamos tal como señala Finnis que: *“la injusticia de una parte de la ley se extenderá hacia las otras partes, por el descubrimiento o la invención de una norma más amplia o principio, que racionalizará no solamente la injusticia original, sino otras injusticias en casos similares. Así el aborto por motivos de salud física, se extiende hasta incluir motivos de salud mental, que a su vez se extienden hasta incluir motivos de mero deseo fuerte y aversión. Los principios que justifican el aborto se amplían para así abarcar el aborto eugenésico y el infanticidio. Principios iguales o similares son tomados para sustentar la ter-*

45 Ob. Cit. Pág. 27.

46 <http://www.parlamento.gub.uy>

Consulta por número de leyes, Ley N° 18.987, Tramite Parlamentario.

minación intencional de las vidas “sub-personales” en otros estadios de la vida humana”⁴⁷.

Segundo, la promulgación de una ley es siempre, un acto de enseñanza, que se propone dar una noción de lo que la ley, la naturaleza humana y dignidad invitan o requieren.

“Las leyes positivas injustas son falsos maestros. La justicia intrínseca de su incitación inmediata a cooperar con una conducta mala, está gravada por las falsedades que insinúan: una academia de las más amplias y extensas violaciones al bien humano para todos aquellos que retroceden ante los tentáculos del error, en lugar de, conscientemente, encontrar el camino de vuelta hacia los verdaderos principios”⁴⁸.

En España por ejemplo, el error radica en el intento de refugiarse en los valores para poder desvincular protección jurídica y personalidad. En este sentido señala Ollero: *“Para que la vida del no- nacido no aparezca como un derecho sin titular conocido, se la presenta como “valor de obligada protección constitucional. El problema es, si se está dispuesto a regatear carácter humano a quien la biología se lo reconoce, asumiendo la carga de establecer una distinta frontera de humanidad. Querer rendir al no nacido honores de sujeto sin reconocerle a la vez la condición jurídico – constitucional de persona, lleva por esta vía a la paradoja final de situarnos ante un sujeto tan valioso, como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto”⁴⁹.*

Por mucha relevancia que se le conceda a los bienes en el derecho español, a la hora del conflicto, los derechos de un sujeto se verán contrapuestos a un objeto o a una cosa y por muchas vueltas que se le de, no se le tratará nunca como a una persona, que fácilmente acabará llevando las de perder.

La condición de persona no se actualiza en su plenitud cuando se alcanza la capacidad de ser consciente de la propia dignidad, sino que se ejerce cuando es capaz de reconocerla en el otro. *“El derecho subjetivo deja así de considerarse como un reducto defensivo, blindado a toda sociabilidad, para convertirse en la expresión más elemental de una realidad, que el hombre no comienza a ser humano cuando se ve aceptado por sus iguales, sino que deja de serlo cuando se niega a aceptar como igual a uno solo de ellos”⁵⁰.*

5.4.2. Análisis específico a luz de la normativa internacional.

En líneas generales, la ley de aborto crea “un derecho al aborto”, no reconoce ni voz ni voto al padre de la criatura y a la madre no se le exige expresar causa justificada para desembarazarse de “su hijo”.

El poder de la madre se justifica en función de un llamado “interés superior”.

Como vimos, de acuerdo al artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se afirma: *“todo ser humano tiene derecho a la vida...”*. A lo que se

47 J. Finnis, “A propósito del derecho a la vida”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 242.

48 Ob. Cit. Pág. 243.

49 A. Ollero, “Todos tienen derecho a la vida”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 259-260.

50 Ob. Cit. Pág. 293.

agrega que el Pacto de San José de Costa Rica conjugando los artículos 1 y 4 establece la obligación jurídica internacional de respetar la vida desde la concepción.

En este sentido Sandonato expresa: *“es una falsa interpretación ceñirse a la determinación de si el feto es persona o no, ya que el artículo protege la vida desde la concepción. El problema no es determinar con independencia del texto de la Declaración Americana, si el feto es o no persona, sino proteger la vida desde la concepción, teniendo presente la Declaración Americana. No es una cuestión de armonización jurídica entre las normas nacionales e internacionales, sino de aplicación de buena fe del texto convencional, obligatorio para el Uruguay”*⁵¹.

A esto se suma que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que: *“toda persona tiene derecho a la identidad y que ésta, tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano”*⁵².

La atribución del derecho a abortar que establece la ley, no parece estar en la línea que la Corte propone en su opinión consultiva sobre *“La condición jurídica y derechos humanos del niño”* cuando afirma que: *“con el fin de asegurar la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño”*⁵³.

En aplicación de las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad internacional, la Corte interamericana ha reiterado en varias ocasiones que una conducta que atenta contra alguno de los derechos consagrados en la Convención Interamericana comporta responsabilidad internacional del Estado al que tal conducta es atribuible.

Tal es el caso de Uruguay, con la aprobación de la Ley N° 18.987, en violación flagrante de la convención que le impone el deber no solo de respetar los derechos en ella consagrados, sino una actitud activa de prevenir la verificación de violaciones.

5.5 Aclaración.

Es necesario destacar que estoy al tanto del caso **Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica**, pero dada su extensión y complejidad ameritaría un análisis exhaustivo y exclusivo del caso concreto imposible de realizar en este trabajo. Sin embargo, dejo en claro que comparto en su totalidad la opinión expresada por los Dres. De Jesús, Oviedo y Tozzi⁵⁴ en su trabajo respecto al análisis de esta sentencia cuya lectura invito.

51 Pablo Sandonato, “El proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Veto al aborto –Estudios Interdisciplinarios sobre la 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez”, Universidad de Montevideo, Uruguay, 2012, Pág. 110.

52 Ob. Cit. Pág. 116.

53 Ob. Cit. Pág. 116.

54 De Jesús, L. M., Oviedo Álvarez, J. A., Tozzi, P. A. (2013). El caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana [en línea], *Prudentia Iuris*, 75.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf> [Fecha de consulta:.....]

6. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA VIDA

La dignidad humana es uno de esos conceptos que todos cuantos participan en la vida política, gustan utilizar con profusión, pero que casi nadie puede definir o explicar.

La dignidad no es un obsequio ni una recompensa. Le basta a la persona, para ser digna, con su sola pertenencia a la especie humana.

El hombre puede ser caracterizado de muchas maneras pero, para el derecho es, ante todo, un ser digno.

6.1. La inviolabilidad de la dignidad humana.

La dignidad del hombre es inviolable. Está asentada en un ámbito precedido por el dualismo del ser y del deber ser. Comprende una cualidad simple e indefinible.

La dignidad del hombre es inviolable, en el sentido de que no puede ser arrebatada en y desde afuera. Únicamente puede ser lesionada por otro en la medida en que no es respetada; quien no la respeta, no se apropia de la dignidad del otro, sino que pierde la propia.

Tal como señala R. Spaemann: "*Aristóteles entendió la dignidad como "megalopsyphia", cuyos signos exteriores eran: una voz profunda, paso lento, conversación escasa y reposada. En todo ello se expresa: el que tiene grandes intenciones, tiene grandes y por tanto, pocos fines. Se considera así mismo de un gran valor que no depende de la aprobación de los demás. En cualquier caso, estima más el valor que la vida. Tampoco es exaltado. No corre para coger el tren. Para las cosas que le parecen importantes, el tren no llega ni pronto ni tarde*"⁵⁵.

Por lo tanto, el concepto de dignidad se refiere a la propiedad de un ser que no es solo "*fin en si mismo*" para sí, sino "*fin en si mismo*" por antonomasia.

Dignidad significa algo sagrado. Es un concepto filosófico-religioso.

La dignidad de la persona es un absoluto operativo. Esto quiere decir que nadie puede determinar cuando se utiliza al hombre como medio y cuando como "*fin en si mismo*". Solo puede ser anulada por aquel que la posee.

Cuando los intereses de un hombre son rebajados y lesionados debido a una ponderación razonable de bienes frente a otros intereses, no se hace nada que no pudiera aprobar el perjudicado en virtud de su naturaleza racional y moral. Pero con ello no se lesiona en absoluto su carácter de "*fin en si mismo*" y su dignidad humana.

Spaemann cita como ejemplo el caso de médicos que aprobaron la muerte de enfermos para investigar enfermedades mentales. Los médicos no lograron probar que con sus investigaciones se hubiesen salvado más enfermos, dado que sino, en su lugar hubiesen entrado doctores nazis que hubiesen asesinado a muchos más. "*El tribunal federal*

55 R. Spaemann, "Sobre el concepto de dignidad humana", DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 89-90.

*entendió que la participación en el asesinato de hombres inocentes no puede ser en ningún caso justificado por una ponderación de bienes*⁵⁶.

Como ha escrito el citado autor del párrafo anterior, *“si debe haber en algún sentido algo así como derechos humanos, entonces solo puede haberlos en el supuesto de que nadie esta capacitado para juzgar si yo soy o no sujeto de tales derechos. Pues la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una captación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud del propio derecho. En virtud de su pertenencia biológica a la especie homo sapiens sapiens. Cualquier otro criterio convertiría a unos en jueces de otros. La sociedad humana se convertiría en un “closed shop” y la noción de derecho humano quedaría eliminada de raíz*⁵⁷.

Por último, en cuanto al concepto de libertad, el problema radica en su conversión en valor desligado de un enraizamiento natural, reivindicado en y desde si mismo y por ello carente de limites y de fundamento.

En efecto, si no hay naturaleza, puede concluirse que cualquier uso posible de la libertad será correcto, el proceso de autorrealización humana se llevará a cabo en virtud del absurdo o de una voluntad arbitraria.

*“La desorientación de la libertad constituye pues la antesala de su muerte por suicidio*⁵⁸.

Se da entonces la tiranía de los valores de la que hablo Carl Schmitt, los valores abstractos se alzan unos contra otros, el efecto global acaba imponiéndose por la fuerza y las primeras victimas de esa confrontación son precisamente los más débiles, los que menos cuentan política y socialmente. Los demás *“los supervivientes”* a este proceso de exclusión pactarán un catalogo de derechos y los entenderán como costos de arbitrariedad limitados.

¡La democracia que se ejercita en este marco es en realidad el revestimiento de un totalitarismo mal disimulado!

6.2. La raíz del problema es la llamada “cultura de la muerte”.

La crisis social respecto de la persona tiene que ver con el triunfo del cientificismo que caracteriza a la modernidad.

Los valores del *“ser”* ceden frente a los del *“tener”*, cuya lógica interna conduce al hedonismo, utilitarismo y al individualismo.

“El ser humano se vuelve homicida desde el momento en que deja de comprender el valor intrínseco de sí mismo y de sus obras y pasa a entenderlo desde la autoafirmación del propio yo, desde la voluntad de poder, en orden al cual, evidentemente, la presencia

56 Ob. Cit. Pág. 103.

57 Ob. Cit. Pág. 46.

58 Ob. Cit. Pág. 50.

*de los otros se convierte en un obstáculo*⁵⁹.

Para ello Serna propone: 1) encontrar una nueva noción de dignidad humana, 2) reconocer el valor incondicionado de toda vida humana, 3) que la libertad jurídica y política debe concebirse enraizada en la naturaleza humana, 4) una democracia no relativista, posible y deseable, renunciando al principio de soberanía absoluta con límites infranqueables para los poderes constituidos.

La vida es siempre un bien. El derecho a la vida no puede ser objeto de disposición ni por parte de la comunidad política, ni por parte del hombre.

El derecho a la vida es un derecho inalienable. Los derechos humanos se deben reconocer a todo ser que descienda del hombre y a partir del momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier otro criterio adicional.

Lo importante es que se potencien las condiciones que promuevan el desarrollo del ser humano y con ello me refiero a promover el *“bien común”*.

Precisamente en la promoción del *“bien común”*, una democracia sin respeto de las minorías pierde su legitimidad, no solo porque su consolidación en base a un orden solo de fuerza se vea imposibilitada fácticamente, sino porque atenta contra la dignidad humana. **No olvidemos nunca que el límite está en el respeto de los derechos humanos.**

7. ¿POR QUÉ LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PERMITE LA REALIZACIÓN DE TODO SER HUMANO?

El derecho a la vida, como vimos, no puede consistir sino en una conducta de respeto y compromiso para con la vida humana propia y ajena. Cuando hablamos de vida lo hacemos referido a la vida humana, es decir, la de los individuos pertenecientes a la especie homo sapiens y no a las formas infrahumanas de vida animal o vegetal.

Hablar de derechos humanos supone hablar de cuatro elementos de necesaria vinculación: dos sujetos, una prestación y un fundamento. Un fundamento próximo y uno remoto. Fundamento remoto: es siempre un principio básico o muy próximo a él, y fundamento próximo: es la razón precisa, objetiva y formal por la que alguien es titular de un derecho determinado, es lo que técnicamente se llama *“título”* de ese derecho.

La justificación primera de cualquier derecho humano radica en un principio normativo *“el bien debe hacerse y el mal evitarse”*, de lo cual se deriva, tal como señala Massini que *“todo hombre debe salvaguardar el carácter de persona de todo hombre”*⁶⁰.

La idea de salvaguardar a la persona por su intrínseca dignidad aparece entonces como algo a respetar y promover.

59 Ob. Cit. Pág. 61.

60 C. I. Massini, *“El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”*, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 184.

Esto implica ser tratado cabalmente como persona humana, no en virtud de razones o motivos particulares, sino en función de la dignidad ontológica del ser sustancial del hombre.

De ahí concluimos que: *“los derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personabilidad de un sujeto activo, o en alguna de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personabilidad y de los que se es titular, lo reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue”*⁶¹.

¿Cuál sería el contenido de estos derechos?

Jonh Finnis y la Nueva Escuela de Derecho Natural, señalan que existen ciertos bienes humanos básicos, no para la mera supervivencia, sino para la perfección humana, estos orientan la conducta de los hombres proveyendo las razones para escoger y obrar en ciertas y determinadas direcciones, que implican la realización del hombre como tal.

Ahora ¿Cuáles son esos bienes?

Vida, conocimiento, juego, experiencia, estética, sociabilidad o amistad, razonabilidad práctica y religión.

Finnis en “Nuclear Deterrence, Morality and Realism” hace una enumeración distinta, diciendo que esos bienes son: *“vida (su mantenimiento y transmisión, salud y seguridad) conocimiento y experiencia estética, excelencia en el trabajo y en el juego, amistad, paz y fraternidad, paz interior, auto-integración y autenticidad, armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios y con el entorno natural”*⁶².

Cada derecho humano se ordena por lo tanto a la realización de uno o varios bienes humanos básicos y recibe a su vez de estos su justificación objetiva, así, tal como señala Massini: *“el derecho a la educación tiene por contenido y fundamento el bien básico del conocimiento, que perfecciona la dimensión racional del hombre y el derecho a la inviolabilidad de la vida se manifiesta como modo de existir autónomo propio de los entes humanos, que se manifiesta a través de la inclinación a la supervivencia y sin el cual los restantes bienes quedan sin sujeto y por lo tanto sin sentido perfecto y completo”*⁶³.

8. CUALQUIER ATAQUE AL DERECHO A LA VIDA ES ÍLÍCITO PORQUE AFECTA EL CARÁCTER ABSOLUTO DE ESTE DERECHO

¿El derecho a la vida es un derecho prima facie?

Es decir, sobrepasable o excepcionable cuando consideraciones de utilidad, interés o bienestar se opongan a su vigencia.

La noción de derechos prima facie es la traspolación de la noción de deberes prima

61 Ob. Cit. Pág. 185-186.

62 Ob. Cit. Pág. 191.

63 Ob. Cit. Pág. 192.

facie que difundió Carl Ross en la década de los 30. Es seguida también por la escuela utilitarista, al sostener que son aquellos derechos que pueden ser derogados, sobrepasados o suspendidos en el caso de que su respeto acarree consecuencias dañosas para el deudor o para la sociedad en general.

En este sentido, Judith Jarvis Thompson acepta que *“puede reconocerse el derecho a la vida al concebido, pero afirma que no obstante existen casos: v.gr. cuando el embarazo es producto de una violación, en los cuales ese derecho desaparece”*⁶⁴.

En un sentido similar, Mary Ann Warren, *“defiende la necesidad de otorgar al feto humano un cierto estatus moral y por lo tanto un cierto derecho a no ser muerto, pero que ese derecho debe ceder ante el igual o más fuerte derecho de la madre de desembarazarse de su hijo”*⁶⁵.

Nadie puede tomar en serio un derecho que esta sujeto a la condición suspensiva de que el deudor pueda no cumplirlo por razones de utilidad o de comodidad.

Dicho de otro modo, el derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados, no puede tenerse un poco o mucho, no puede ser dejado de lado o sobrepasado por consideraciones de utilidad o conveniencia. De lo contrario no estaríamos en presencia propiamente de derechos sino de *“meros edictos de tolerancia revocables”*.

Cuanta verdad hay en la afirmación de Massini: *“La fundamentación en principios éticos absolutos es propia de todos y cada uno de los derechos humanos, cada uno de estos bienes es del mismo modo una forma autoevidente del bien, ninguno puede ser un mero instrumento para la prosecución de alguno de los otros, cada uno cuando nos concentramos en él, aparece como el más importante, por eso no existe entre ellos una jerarquía objetiva. No existe prioridad objetiva de valor entre ellos. Puede sostenerse, que no hay un orden de prelación entre los derechos, pero siempre que se excluya de esta afirmación al derecho a la vida”*⁶⁶.

¿Por qué debe excluirse al derecho a la vida?

Una primera respuesta es porque se encuentra en un rango superior al resto de los derechos.

Una explicación de carácter teórico, *“es que los bienes básicos que son el fundamento de los derechos humanos, se refieren a perfecciones humanas que revisten un carácter existencialmente no autónomo, es decir, solo accidentales. En efecto, dichas perfecciones por ejemplo, el conocimiento, la experiencia, la amistad, no tienen existencia en sí, sino en un sujeto de inhesión, de carácter existencialmente autónomo, al que cualifican y perfeccionan”*⁶⁷.

Sin embargo, sin vida humana no hay posibilidad de conocimiento, de amistad, de experiencia estética, etc. Un atentado contra la vida que resulte exitoso, ataca de modo definitivo y decisivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento. Puede de-

64 Ob. Cit. Pág. 201.

65 Ob. Cit. Pág. 202.

66 Ob. Cit. Pág. 207.

67 Ob. Cit. Pág. 207-208.

cirse que el atentado a la vida lo es, al mismo tiempo, contra todo el resto de los bienes humanos básicos, ya que su ausencia impide su concreción.

9. CONCLUSIÓN

Sabemos que el hombre posee una inclinación al bien, según lo que en su naturaleza tiene de común con todos los demás hombres. En tanto que todo hombre tiende a la conservación de su existencia, es conforme a esa inclinación, que pertenece a la ley natural todo lo que conserva la vida del hombre así como todo lo que la impide.

Me pregunto: ¿sería sensato legalizar los homicidios a cualquier altura de la vida con la excusa de que la ley que los sanciona no es capaz de evitarlos? Se podrá decir que una cosa es matar a un ser humano consciente y otra muy distinta interrumpir un proceso vital, cuando aún no se ha adquirido esa consciencia. La objeción es débil, pero para ser refutada puede aceptarse. Aún en ese caso, la legalización sería un grave error, porque con ella se estaría transmitiendo al cuerpo social, la de idea de que abortar no es un crimen, no sería algo muy diferente para una mujer que depilarse. El artículo 10 de nuestra constitución establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. Una vez que se deja sin efecto la prohibición de abortar, la comisión de un homicidio contra un inocente adquiere legitimidad. Es lo que pasa hoy en Uruguay.

Otra posible argumentación a favor de la disposición de la vida en formación, puede ser el dicho: *“Nosotras parimos, nosotras decidimos”*. Es verdad que nosotras parimos, pero también es verdad que la mujer hoy en día cuenta con suficientes recursos para planear cuándo tener hijos, sin embargo, una vez embarazada, ya no puede disponer de la vida que lleva dentro, por la sencilla razón de que es la vida de un tercero inocente, no la suya.

Más allá de un proceso de pérdida de valores, propio de la sociedad actual y del mundo globalizado, resultado de la aprobación de la Ley N° 18.987 que consagra un *“derecho al aborto”*, ataca frontalmente el derecho a la vida y compromete a Uruguay en materia internacional, recayendo sobre el aparato estatal toda la responsabilidad.

Frente a esto proponemos un reflote de la idea de dignidad humana, concepto indeterminado de difícil definición, pero central para la concreción de un derecho a la vida de aplicación práctica y concreción real.