

DFA-0010-000216/2017

SEF-0010-000044/2017

Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno.

Ministra Redactora: Dra. María Lilian Bendahan Silvera.

Ministros Firmantes: Dres. María Lilian Bendahan Silvera, Eduardo Martínez Calandria, Mirian Musi Chiarelli.

Ministra discorde: Dra. María del Carmen Díaz Sierra.

Montevideo, 9 de Marzo de 2017.

VISTOS:

Para sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados: **“B. D., M. C/ O., N.; CAMS MERCEDES Y ASSE – ACCIÓN DE AMPARO Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LEY 18.987” IUE: 0431-000086/2017** venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de Apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia Nº 65 de fecha 21 de Febrero de 2017, dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de Mercedes de Tercer Turno, Dra. Pura Book Silva.

RESULTANDO:

1.- Por el referido pronunciamiento, se dispuso: **“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 DE DICHA LEY.”**

2.- La Sra. O. interpone recurso de Apelación, fojas 100/102 manifestando en síntesis que: la única parte que no agravia a la compareciente es lo resuelto respecto de la legitimación de ASSE, ya que en los hechos nunca fue parte. Cabe destacar desde el comienzo la falta de legalidad manifiesta en la resolución por parte de la Sede que no solo debía desechar in limine la pretensión del actor que no es amparable, sino el uso ilegítimo del respaldo de elementos procesales como los plazos máximos, llevan a confirmar esta ilegalidad. Incurre la recurrida en un grave error de valoración de la prueba, la cual estima que hay falta de la misma y considera que las copias logradas e introducidas en el presente no existieron, prueba que se logra en un periodo de 5 días hábiles por parte de la institución requerida y que por ello no ha de poderse cumplir en forma, trasladándose en una situación de rehén para con la dicente. A ellos se agrega la elocuencia del demandante para utilizar el proceso de amparo a 3 semanas de cumplirse el límite permitido por la ley para la interrupción del embarazo lo que genera no solo la imposibilidad de resolver en forma ética los presentes sino que el trámite de los mismos ubicaría a las partes pasadas las 12 semanas y que el posible fallo revocatorio sea legal pero ineficaz. Asimismo la sentenciante ingresa en el estudio del cumplimiento de los requisitos para la interrupción del embarazo descartando la documentación aportada, dándole énfasis a las razones personales por las que la compareciente decidió la interrupción en forma errónea. Equivocadamente además valora la existencia del

requisito establecido en el artículo 1 de la ley 16.011 sobre la ilegitimidad manifiesta del acto amparable ya que lo da por probado sin entrar a considerar realmente el concepto y la adaptación al presente; nunca podría existir ilegitimidad manifiesta en un acto habilitado por la ley. A ello se suma que no considera la propia confesión del actor en audiencia respecto a que acudió con la compareciente a citas con la Psicóloga F. P., por lo que estaba enterado de las entrevistas médicas, mientras que la Sede duda de ellas.

Asimismo agravia a la compareciente la consideración de los motivos de la interrupción del embarazo por parte de la Sede cuando dicha facultad no la posee sino que son de consideración de los profesionales intervinientes del equipo interdisciplinario, extralimitándose en su poder-deber, de forma exagerada.

En cuanto a la decisión de suspensión por parte de Camms e lampp es grave el agravio ya que se trata de la medida fundamental en lo que se basa la ilegalidad de la resolución; se está ante un proceso utilizado por sus características para lograr una resolución ilegal. Se solicita se revoque la apelada y se permita a la Sra. N. O. interrumpir el embarazo de acuerdo a la Ley N° 18.987.

3.- La co-demandada Centro Asistencial Médico de Soriano Institución de Asistencia Médica Privada de Profesionales (Cams lampp) (fs.110/114) interpone recurso de Apelación y señala: que la recurrida le agravia al ordenar la suspensión del proceso de interrupción voluntaria del embarazo de la Sra. N. O., enmarcado en lo dispuesto por la Ley N° 18.987 siendo que se han cumplido todos los extremos previstos en dicha norma, no habiendo existido incumplimientos atribuibles a Cams lampp que puedan justificar el fallo. El servicio requerido no es una actividad que la institución cumpla con agrado, incluso varios de sus médicos ginecólogos no practican dicha actividad por tener objeciones de conciencia pero es un servicio que la institución debe brindar a las usuarias que así lo requieran.

Debe señalarse que mal puede hablar la recurrida de ilegitimidad manifiesta cuando solo se trata de requisitos formales no cumplidos, según la recurrida, y el mero incumplimiento o cumplimiento incompleto de un requisito formal nunca puede constituir una ilegitimidad manifiesta; en realidad lo que está cuestionando es la propia ley que autoriza la interrupción voluntaria del embarazo, y ello colide con lo que dispone el art 1 literal C) de la Ley N° 16.011 que claramente dice que la acción de amparo no procede contra leyes.

La recurrida enumera las disposiciones de nuestra Constitución y de tratados internacionales que son ley vigente en nuestro país como el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de los Derechos del Niño. Dejando de lado el debate respecto de cuando comienza la vida, debe decirse que hoy existe una ley vigente en nuestro país, Ley N° 18.987 que admite la interrupción voluntaria del embarazo con ciertas condiciones, si la ley colide con la Constitución o con algún tratado internacional suscrito por nuestro país es algo que no ha de decidirse aquí, y si es o no inconstitucional, ello habrá de determinarlo la Suprema Corte de Justicia y para el caso concreto. Si se está

lesionando el derecho a la vida del concebido, si se están violando principios de la personalidad, si el concebido puede ser considerado sujeto de derecho o no, todo ello es materia debatible y como tal carece de la característica de ilegitimidad manifiesta que es imprescindible para que la acción de amparo pueda ser admitida.

Discrepa el compareciente con la resistida en cuanto a que no se habría cumplido con los requisitos formales de la Ley N° 18.987, específicamente se cumplió con lo dispuesto en el art 3 inc 1, no habiendo quedado específicamente registrada cual fue la razón, del elenco de las admitidas, esgrimidas por la Sra. O., pero no se sabe de donde interpreta la sentenciante que ello debe quedar registrado, no hay en el formulario ningún apartado para enumerar dichas razones y la norma solo dice que la mujer embarazada debe informar solamente al médico dichas razones, no que debe quedar ello registrado. Se cumplió con la norma en referencia de la intervención de un equipo interdisciplinario, se la informó del plazo de reflexión mínima de 5 días, lo cual también fue estampado en el formulario y finalmente se cumplió con el último requisito que es la ratificación de la solicitante expresada mediante consentimiento informado, sólo faltó la firma del ginecólogo, lo cual hubiera acontecido si el procedimiento se hubiera llegado a su fin. A ello se suma que, de solicitarlo la mujer, los registros queden custodiados en forma separada de la historia clínica. CAMPS IAMPP cumplió estrictamente con lo que la ley indica.

Nadie puede sustituir la voluntad de la mujer de poner fin al embarazo dentro de las doce semanas de gestación, la decisión es pura y exclusivamente suya; es más, la ley no prevé la posibilidad de que el padre del niño concebido pueda oponerse a la decisión de poner fin al embarazo, apenas sólo le concede la posibilidad y sólo si la mujer está de acuerdo, de participar en una entrevista con profesionales del equipo interdisciplinario, entrevista que se cumplió. Tampoco prevé la ley la posibilidad de que el médico ginecólogo pueda oponerse a la voluntad de la mujer, y tampoco la ley admite el control judicial de las razones esgrimidas, la ley no otorga facultades ni al juez, ni al médico tratante para juzgar si las razones de la mujer son atendibles o si justifican realmente la interrupción del embarazo o no.

Solicita que se revoque la recurrida y se desestime la acción de amparo, autorizándose a Cams lampp a continuar con el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo de la Sra. N. O..

4.- La parte actora evacua el traslado conferido, fojas 120/131 señalando que: en la acción de amparo posee legitimación causal activa como padre de la criatura cuya vida se intenta proteger. Que se ha realizado por parte de la Sede una correcta valoración probatoria; el acto además de contrariar normas superiores constitucionales e internacionales vigentes, se encuentra además viciado desde que la prestadora de salud siquiera cumple con los requisitos exigidos por la propia ley. El derecho a la vida es visiblemente menoscabado. La contraria ni siquiera cumplió con su carga probatoria, no agregó historia clínica completa y en forma fundamental la referida al proceso en cuestión; del formulario de fojas 56 no surgen cumplidos los requisitos legales, las

mayores irregularidades se constatan en la documentación de fojas 59/63, documento con vicios insalvables proporcionados por la mutualista en papel notarial y con certificación notarial.

Existe lesión, restricción y amenaza a un derecho o libertad constitucional, la existencia en el caso de un derecho superior e inalienable amenazado es visible atento a la interpretación armónica de los arts 7º, 72 y 332 de la Constitución que es la vida, que está por encima de cualquier otro derecho; asimismo, existe otro derecho fundamental vulnerado que es el del progenitor que brega por el derecho a la vida del hijo en común, derecho que se desprende de los principios derivados de la forma republicana de gobierno y no puede ser ignorado, así como implica además un desconocimiento al principio de igualdad recogido por el art 8vo de la Carta por cuanto la progenitora tendría más derechos que el progenitor, al decidir, arbitrariamente sobre la vida del hijo en común.

En autos la Acción de Amparo no se dirige contra una ley sino contra un acto ilegítimo; contra la ley se promovió recurso y Acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de justicia.

Se ha dicho además que la ley no otorga ningún derecho al padre de la criatura, lo cual es verdad, pero el operador jurídico no puede pasar por alto que el orden jurídico requiere una interpretación lógico-sistemática y que es mucho más que la ley N° 18987 respecto del caso concreto presentado en autos. Se da una coexistencia de derechos en el caso concreto, de mantenerse la impugnada no existe en el caso de autos colisión de derechos e intereses, ya que el actor tiene la voluntad de hacerse cargo de su hijo una vez que nazca.

Respecto del estatus de no nacido contemplado por la Convención Americana de Derechos Humanos, y preámbulo de la Convención de Derechos del Niño ratificados por Uruguay cabe señalar que nuestro país tiene, tras haber ratificado los instrumentos internacionales invocados, la obligación institucional de amparar los derechos en razón de su naturaleza y calidad de preexistentes respecto de la propia ley escrita. Rige en el ordenamiento jurídico globalmente considerado el principio de la norma favorable y la vigencia del Derecho Internacional por sobre la ley interna cuando exista confrontación entre ella y los instrumentos ratificados por nuestro país, máxime en cuanto hace a la protección de derechos fundamentales.

Respecto de los agravios deducidos por la Sra. O., los mismos no son de recibo atento a que: la misma se agravia de la sentencia cuando la propia demandada renunció a la prueba documental por ella ofrecida expresando que el plazo para su obtención era de 5 días, cuando pudo aportarse al momento de la contestación, de la audiencia o en su caso solicitando un plazo razonable para aportarlo, atento al proceso tramitado y tratándose de documentos que en caso de existir estaban en poder de la mutualista, habiéndose conferido traslado en tiempo y forma. Desconoce el cumplimiento de los arts 5 y 142 del CGP en materia probatoria.

En cuanto a la apelación interpuesta por CAMS, en puridad, la co-demandada como prestadora de salud intenta salvaguardar su responsabilidad por cuanto el procedimiento seguido no fue ajustado a la ley, apela porque considera que no incumplió el servicio que estaba obligada a prestar a la usuaria. Pero igualmente cabe señalar que el incumplimiento de los requisitos legales no son meras cuestiones formales porque se está en un terreno muy delicado y la ley debiera respetarse estrictamente. Otra confusión del apelante radica en que la acción de amparo no está dirigida aquí contra una ley, sino contra un acto teñido de los caracteres previstos por la Ley Nº 16.011. Confunde el proceso de Inconstitucionalidad de la ley con la labor jurisdiccional de la interpretación, integración y aplicación del derecho por todos sus Magistrados de la República en el cumplimiento de sus funciones. No puede constituir un agravio la tarea que efectúa la sentenciante de analizar los presupuestos o requisitos de la Ley 18.987 y su cumplimiento.

El cumplimiento de aspectos legales fundamentales no fue verificado respecto de la usuaria, por lo que mal puede llevarse a cabo el acto con tales visos de ilegalidad; el recurrente pretende ampararse en el documento de fojas 59/63 que constituye un formulario firmado en blanco por la Sra. O.. Solicita se mantenga la recurrida en todos sus términos.

5.- A fs. 145-146 la co-demandada Sra. N. O. comparece a denunciar hecho nuevo. Expresa que el mismo día en que tomó conocimiento del dictamen de la Sede inició con dolores corporales en la zona lumbar-pélvica, por lo cual acudió a emergencias de Cams siendo tratada por lumbalgia; que al día siguiente acudió nuevamente a emergencias ya que había iniciado con sangrado vaginal, situación que continuó no cesando nunca las contracciones y genitorragia, expulsando coágulos, produciéndose el día 27 de Febrero un sangrado excesivo constatando el Dr. R. el hecho de un aborto espontáneo y el día 28 el ginecólogo de guardia Dr. H. V. constata el aborto completo por una ecografía transvaginal sin presencia de restos ovulares, quedando pendiente el análisis anatomopatológico del feto expulsado. Que en definitiva, la propia existencia en un proceso provocó la finalidad contraria a lo que la demandada solicitada. Solicita se tenga por denunciado le hecho nuevo, en tal sentido se tenga como integrado a los presentes autos sus adjuntos, se dé traslado correspondiente y se clausuren los presentes autos.

6.- A fs. 147-148, La Sra. Defensora designada en autos, evacua el traslado de la apelación, abogando por la confirmatoria de la recurrida y señalando que: respalda al sentencia recurrida poniendo de relevo que se trató de un fallo objetivo, serio, fundado y conforme a Derecho; la existencia de la ley de interrupción del embarazo no excluye una norma que si bien resulta contradictoria, es igualmente vigente y aplicable: la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Tampoco se hizo, como alega, un uso ilegítimo de los plazos procesales, el proceso de amparo se efectuó de manera legal y respetuosa de todas las garantías y plazos de cada una de las partes. En cuanto a los presupuestos procesales del amparo, la legitimidad

activa quedó plenamente acreditada cuando la Sra. O. declaró, el actor es el padre de la criatura y por ende es titular de un interés legítimo personal y directo. Del interrogatorio de la misma surge, respecto de su situación económica, que no existen causas de peso más que la aversión al embarazo; que es una mujer independiente, que ya tiene un hijo, no paga alquiler, el relacionamiento familiar es bueno.

La ley de interrupción del embarazo si bien no exige en forma expresa que existan determinadas causas para proceder a la interrupción voluntaria, deja entrever que las causas justificantes sí están previstas; considera la Defensa que la justificación está exigida de manera tácita.

Se está ante un verdadero conflicto de derecho por cuanto son normas incompatibles, una defiende la vida desde la concepción y otra faculta a vulnerar este derecho. Desestimar la pretensión en pos de una interrupción del embarazo arbitraria, desinteresada e irresponsable significaría un verdadero fracaso en la aplicación del Derecho Uruguayo.

7.- Por auto N° 729/2017 del 1° de Marzo de 2017, la Sra. Juez a quo entre otras disposiciones y entendiendo que "... Si bien se estima que la Apelación ha quedado sin objeto, dados los recaudos aportados por la Sra. O., a los efectos legales que puedan corresponder, remítanse los autos al Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno..."

Los autos fueron recibidos por el Tribunal el día 7 de Marzo corriente, procediéndose al estudio simultáneo por las Sras. Ministras. Existiendo discordia, se procedió al sorteo de integración, recayendo la suerte en el Sr. Ministro del Homólogo de Segundo Turno, Dr. Eduardo Martínez Calandria. Cumplido, se acordó el dictado de decisión anticipada art. 200 numeral 1° del CGP.

CONSIDERANDO:

1) El Tribunal integrado y por mayoría irá a declarar falto de objeto actual el recurso de Apelación oportunamente movilizado, por lo que se dirá.

En autos, el amparista presentó en el propio libelo introductorio, Acción de Amparo, e Inconstitucionalidad contra la Ley N° 18.987, en vía de Acción.

La sede a quo ordenó expedir testimonio y lo elevó a la Suprema Corte de Justicia, donde la Acción de Inconstitucionalidad ha seguido su trámite.

Una vez recaída la sentencia de mérito en el proceso de Amparo, apeló la Sra. N. O., articulando los agravios que vienen de referirse en sede de resultandos.

El interés por ella movilizado tanto en el proceso como en la vía recursiva, consistió en la continuación del proceso previsto en la ley de referencia, para la interrupción voluntaria de su embarazo.

Apeló asimismo la mutualista CAMS Mercedes, movilizando un interés coincidente con el de la demandada.

Si bien dicha institución expresó agraviarse de la conclusión de la sentencia acerca de la no regularidad formal del proceso administrativo interno de la institución a fin de constatar la voluntad de la embarazada, su petitorio coincide con el de la apelante: que

se permita continuar el proceso legalmente previsto para la interrupción del embarazo de la paciente.

Encontrándose el proceso en estado en que el accionante Sr. M. B. había evacuado el traslado de la Apelación de la Sra. O., se presenta ésta alegando haber sufrido aborto espontáneo y completo, agregando documentación acreditante (fs. 132 a 146).

Como viene de verse en sede de resultandos, en la oportunidad solicita “se tenga por denunciado el hecho nuevo”, “en tal sentido se tenga como integrado a los presentes autos sus adjuntos”, “se dé traslado correspondiente” y “se clausuren los presentes autos.” (petitorios numerales 1 a 4 de fs. 146), en una etapa de los procedimientos previo al franqueo de la Alzada por el tribunal *a quo*.

2) En relación al auto que ordena remitir los autos a la Sede *ad quem*, la Sala integrada observa que no se está frente a un verdadero franqueo del recurso de Apelación, dado el tenor del auto N° 729/2017 de referencia supra en resultando N° 7. Ello no obstante procede, en aras de otorgar mayores garantías, analizar el recurso oportunamente movilizado por la demandada, a la luz del hecho nuevo planteado por la misma parte y su petición de clausura de los procedimientos.

3) En oportunidad de abrir la instancia revisiva, la accionada movilizó un interés, naturalmente contrapuesto al del accionante, en cuyo marco la referida instancia debía desenvolverse: dos intereses en pugna, el de la parte actora y demandada.

Ese interés de la impugnante, motivo de su agravio y como tal, medida del recurso de Apelación oportunamente interpuesto, consistió en seguir adelante con el proceso legalmente previsto para la interrupción voluntaria del embarazo que cursaba.

En tanto se habría producido aborto completo según documentación adjunta por la Sra. O., no conserva esa parte ningún interés objeto del pleito, insatisfecho. Lo cual a juicio del Tribunal integrado, hace devenir asimismo ayuno de objeto el recurso oportunamente movilizado por la misma.

Sin perjuicio de cuál haya sido la intención del petitorio de clausura de los procedimientos. El orden y las formalidades de los procesos y de los recursos resultan de orden público y por ende indisponibles para las partes y para el Oficio.

4) En cuanto al interés del actor, movilizado a través de la demanda de Amparo al igual que en la etapa revisiva, sólo pudo radicar en suspender aquel proceso legalmente previsto para la interrupción voluntaria del embarazo, hasta el pronunciamiento por la Suprema Corte de Justicia.

Así, como se ha dicho, “... aunque existan recursos o medios para impugnar los actos lesivos, corresponde el amparo si ellos resultaren por las circunstancias, claramente ineficaces para la protección del derecho, lo que no aparece tan nítido en los textos argentino y brasileño. Es este 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. ... ¿Y cuáles son esas circunstancias que ameritan el amparo frente a los medios corrientes de tutela? La respuesta no es difícil: el amparo corresponde cuando hay una lesión o una amenaza

inminente de lesión a un derecho o libertad constitucional que produce o va a ocasionar un daño irreparable al titular de tal derecho o libertad, de esperar se cumplan los trámites de los instrumentos normales.” (Luis Alberto Viera, “ La Ley de Amparo.” Idea Editores, Mvdeo. 1989 págs. 27-28).

El interés movilizado por el amparista resulta pues, frente al planteo del hecho nuevo, una hipótesis de objeto imposible.

Esto es decir, no guarda actualmente tampoco el actor, ningún interés de los movilizadas y objeto de la Acción de Amparo, tanto en la instancia inferior como revisiva, insatisfecho. Porque su satisfacción resulta actualmente -por la vía de los hechos- como se dijo, imposible, merced un hecho irreversible: el aborto cuyo iter legal pretendió se suspendiera, se produjo.

5) En punto al interés de CAMS, expresado en el agravio referido más arriba, no puede ser considerado aislado de los intereses movilizadas por las verdaderas partes, ni de su propia pretensión en la Alzada; cual era coincidente con el de la demandada, a saber: la continuación del proceso tendiente a la interrupción voluntaria del embarazo previsto en la ley. Habiendo devenido al igual que aquéllos ayuno de agravio.

Si dicha institución compareciente tuviere un interés aislado, ajeno al referido, lo deberá movilizar por la vía correspondiente.

Por lo tanto no puede ameritar ningún pronunciamiento del Tribunal.

Las mismas razones aplicarían en lo atinente a otros intereses de las partes ajenos al objeto del proceso de Amparo y de la recurrencia oportunamente impetrada.

Por los fundamentos expuestos, normas legales citadas y lo que disponen los arts. 241 a 261 del CGP, el Tribunal integrado,

FALLA:

DECLÁRASE FALTO DE OBJETO ACTUAL EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN AUTOS. NOTIFÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.

Dra. María Lilian Bendahan

Ministra.

Dr. Eduardo Martínez Calandria

Dra. Mirian Musi

Ministra.

Ministro.

Dra. Susana Kadahdjian

Secretaria.

DRA. MARIA DEL CARMEN.

MINISTRA

DISCORDE:

Discorde: en tanto entiendo que no ha quedado sin objeto de acuerdo a la jurisprudencia constante del Tribunal, por ende corresponde pronunciarse respecto de los agravios oportunamente planteados por la Sra. N. O. y Cams Mercedes, los que estimo son de recibo y en consecuencia corresponde revocar la sentencia impugnada por lo siguientes fundamentos:

Como **cuestiones previas:**

1.- Se entiende franqueada la alzada, al elevarse para la resolución de este Tribunal, si bien no se lo dijo expresamente y eso debió al error de la Sra. Magistrada de Primera Instancia al manifestar *“si bien se estima que la apelación ha quedado sin objeto”*, pronunciamiento que solamente corresponde al Tribunal de alzada.

2.- En esta oportunidad discrepo con mis colegas en cuanto a que los recursos han quedado sin objeto, por cuanto este Tribunal tiene jurisprudencia firme (en la presente integración, y en las dos anteriores) que corresponde pronunciarse sobre el mérito de los agravios movilizados por los “agresores” en materia de violencia doméstica pese a que las medidas impuestas en primera instancia hayan caducado al ingresar el expediente al Tribunal, así se sostiene por esta Sala en forma constante *“...más allá que el término de duración de las medidas se halle vencido, se entiende que el agresor aún conservaría el agravio a pesar del vencimiento, no resultando por consiguiente falta de objeto el recurso. Como decía Couture, el objetivo de la apelación es “la operación de revisión a que queda sometida la sentencia recurrida”, no puede devenir falta de objeto por el sólo transcurso del tiempo. Como el interesado interpuso el recurso, obviamente tenía un agravio, ya que estaba insatisfecha su aspiración, que no necesariamente ha desaparecido con el vencimiento de las medidas que se le impusieron ...; **porque a veces el agravio puede ser sólo moral**, de que se le haya encontrado incurso en una situación de violencia que a su juicio no es tal, **pero además puede conservar interés en la apelación para determinar si fue injusta la medida, por lo perjuicios que haya podido sufrir como son secuencia de su ejecución y las reclamaciones de que se crea asistido**. En puridad, declaramos falta de objeto cuando surge del expediente que el apelante no conserva agravio por ejemplo, porque hubo una sentencia posterior que revocó aquella que apela o porque ha desistido, así cuando tenía que reintegrar un bien y lo reintegra voluntariamente después de haber apelado, o ha realizado un convenio que involucra el objeto de su recurso. Esos son los ejemplos de falta de objeto a nivel jurisprudencial”* (destacado mío).

En tanto posición del Tribunal entiendo que el hecho nuevo alegado por la co -demanda - del aborto natural que ha tenido la Sra. N. O. - no deja sin objeto los recursos planteados en tanto el agravio moral que en materia de violencia el Tribunal presume que podría existir en la presente litis surge explicitado por la Sra. N. O. en los numerales 9 y 10 del

escrito en que se alega el hecho nuevo (de fs.145 a 146), quien **no desistió del recurso** –lo cual era una actitud posible- sino que **pide que se dé traslado del hecho nuevo y luego se clausure**, en tanto se pide traslado del hecho nuevo –aunque sea errado procesal su pedimento- es que pretende que existan un pronunciamiento judicial para luego archivar el expediente.

Por su parte el **agravio de CAMS Mercedes** radica en que uno de los argumentos usados en la sentencia para llegar al fallo impugnado es que CAMS IAMPP no habría cumplido con los requisitos necesarios para realizar el IVE a la co demandada, y en se pretendía que en esta instancia se pronuncie sobre la corrección de su actuación conforme la norma, **institución que tampoco ha desistido de la vía recursiva pese al hecho nuevo invocado**, siendo este el agravio en el estado actual de las cosas y en la tesitura aplicada por el Tribunal en forma constante en Violencia Domestica hace que pueda conservar el agravio por entender que injusta la decisión de imputarle responsabilidad en el hecho de que no se pudiera cumplir con el procedimiento previsto en la ley 18.987.

No siendo menor que se accedió al petitorio de pasar las actuaciones a la Justicia penal (petitorio de fs. 130 vta) en la resolución N° 1729/2017 de fecha 1° de marzo de 2017(fs. 149) donde ya se tenía conocimiento del hecho nuevo (fs. 145/146)

3.- Efecto de la acción de inconstitucionalidad planteada

La parte actora se promovió acción de inconstitucionalidad, la cual erróneamente la presentó ante primera instancia cuando debió presentarse ante la Suprema Corte de Justicia, -así se debió indicar al proveerse-, dicha acción no suspende el proceso de amparo en tanto lo dispuesto por el art. 12 de la ley 16.011.

En primer lugar la inconstitucionalidad suspende el procedimiento cuando es alegada por vía excepción/defensa o de oficio, pero no cuando se instaura la acción ante la Suprema Corte de Justicia (ver Vescovi Enrique: Curso Sobre el Código General del Proceso Tomo II; instituto Uruguayo de Derecho procesal; FCU 1989; págs. 239/239), pero aún en caso de amparo tal suspensión es restrictiva por cuanto como expresa Viera: *“...Por último, para evitar que de cualquier modo se frustre la garantía del amparo se agregó en el Senado, a propuesta del Senador Dr. García Costa, que cuanto se planee el recurso de inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio (suspensivo del procedimiento) se procederá a dicha suspensión sólo después que el magistrado actuante hay a dispuesto la adopción de las medidas provisionales referidas en el art. 7º de la Ley o, en su caso dejando constancia circunstancia de las razones por las que consideran innecesarias.”* (Viera Luís Alberto; La Ley de Amparo; editorial Idea 1989; pág. 55)

Respecto al **mérito de los recursos**

Entiendo que se debe tener presente **el art. 4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos fue interpretado por la Corte Interamericana**, dicha interpretación resulta obligatoria conforme lo dispuesto por el art. 16 de la ley 15.737 que establece *Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad***”, estando vigente esta norma no puede eludirse lo afirmado por la Corte Interamericana en la sentencia del 28 de noviembre de 2012 “Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica, en la cual la Corte Interamericana afirmó:

“171....*Al respecto, la Corte ha analizado con mucho detenimiento el presente caso teniendo en cuenta que intervino el más Alto Tribunal de Costa Rica, y que éste en su sentencia realizó una interpretación del artículo 4 de la Convención Americana. Sin embargo, **esta Corte es la intérprete última de la Convención**, por lo cual estima relevante precisar lo pertinente respecto a los alcances de dicho derecho...en función de tal disposición*”

“189. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. “...el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teológica.”

“222. La expresión **“toda persona”** es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (*supra párrs. 186 y 187*), **se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada**, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales. “

“223. Por tanto, **la Corte concluye** 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.**”

“224. Respecto al alegato del Estado según el cual “la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] protege al ser humano desde [...] el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide”, **la Corte estima que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración.** Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”. **Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.**”

“ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

225. Respecto al alegato del Estado según el cual el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre”, la Corte observa que durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, realizada del 2 al 17 de diciembre de 1947, el Líbano propuso la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Ante la resistencia contra la formulación “desde el momento de la concepción” a la luz de la admisibilidad del aborto en muchos Estados, el Líbano sugirió la formulación “en cualquier fase del desarrollo humano” (“at any stage of human development”). Esta formulación, aceptada inicialmente, fue borrada posteriormente. Otra propuesta del Reino Unido de reglamentar el asunto del aborto en un artículo autónomo fue considerada inicialmente, pero luego fue también abandonada. Durante la Sexta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos del 27 de marzo al 19 de mayo de 1950 fracasó un nuevo intento del Líbano de proteger la vida humana desde el momento de la concepción”

“350. En las deliberaciones del Tercer Comité de la Asamblea General del 13 al 26 de noviembre de 1957, un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), propuso la enmienda al artículo 6.1 en los siguientes términos: “a partir del momento de la concepción, este derecho [a la vida] estará protegido por la ley”. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada con 31 votos en contra, 20 votos a favor, y 17 abstenciones. **Por tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas.**”

“226. Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño), el Comité de Derechos Humanos se ha

pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. **Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión**

“C.2.b) Sistema Universal de Derechos Humanos

227. Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación...” “228. El Comité expresó, además, su preocupación por la potencial que las leyes antiaborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y el salud. El Comité ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW”

“iv) Convención sobre Derechos del Niño

“229. El Estado alegó que el embrión debe considerarse como “niño” y que, en consecuencia, existe una obligación especial de protección respecto a él. La Corte procederá a analizar si tal interpretación encuentra fundamento en el corpus juris internacional de protección de las niñas y los niños.

230. El artículo 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “[l]os Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. El término “niño” se define en el artículo 1 de la Convención como “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”. Por su parte, el Preámbulo a la Convención señala que “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”

“231. Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita q una protección del no nacido. El preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidados especiales [...] antes [...] del nacimiento”.

Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida...”

“232. Ante la dificultad de encontrar una definición de “niño” en el artículo 1 del Proyecto se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez. Posteriormente en el

marco de de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión “tanto antes como después del nacimiento” en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron.

Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención”

233. El comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal.”

“244. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basa en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.”

256 “...El Tribunal considera (el) principio de protección gradual e incremental –y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser persona”

“258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En este sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.”

C.5) Conclusión de la interpretación del artículo

4.1 264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. ... Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (Destacados míos)

En consecuencia lo que viene de transcribirse la acción de amparo en estudio debió ser **rechazada por cuanto no existe una ilegitimidad manifiesta** al decir de Viera *“Pero para que el amparo prospere no alcanza con que el acto sea ilegítimo, Es necesario que sea manifiestamente ilegítimo, La ilegitimidad debe resultar clara, evidente, inequívoca, grosera. Que prácticamente se probara de inmediato, “in continente”* (Viera, ob. cit, pág. 22), agregando *“...para que proceda el amparo que el hecho, acto u omisión haya lesionado o amenace, de modo inminente, lesionar un derecho o libertad **del accionante**, reconocido expresa o implícitamente por la Constitución”* (subrayado mío; ob. cit. pág. 18) y ello resulta de los derechos invocados en la demanda, puesto que para articular tal amparo se parte de la lesión a la vida del concebido en el entendido que éste es sujeto de derecho – persona-, posición que hoy no puede sostenerse luego del dictado de la Sentencia de la Corte Interamericana quien interpreta el art. 4 de la Convención concluyendo que el concebido no tiene calidad de persona (parágrafo 222, 224,226, 244; 256 sentencia transcripta), las conclusiones a que arriba la Corte en forma obligatoria para el país (art. 16 de la ley 15.737 ya transcrito) eran recogidas doctrinariamente ya en el año 2006 antes del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana y de la ley 18.987 por Yglesias quien afirmaba el **principio de protección gradual e incremental –y no absoluta- de la vida prenatal** que establece la Corte en el parágrafo 256 de la sentencia -aunque con cierto matiz así- dicho Profesor sostenía en aquella época *“Los derechos que paulatinamente se reconocen al nuevo sujeto deben conciliarse (como todos los derechos) con los que también se reconocen a los demás sujetos y que en este caso en particular con los derechos de sus progenitores. Los derechos de los padres (especialmente de la madre) a decidir sobre si tienen o no hijos son correlativos a los deberes que les impone la paternidad. No hay un único momento en que se adquiera totalmente la personalidad sino diferentes momentos de relevancia variable, según las distintas concepciones* y en nota al pie agrega dicho autor: *“La ida de un **proceso** está presente tanto en el pensamiento de Eco como en el de Monseñor Martini (partiendo de punto de vistas totalmente diferentes). Dice Eco: “tal vez estemos condenados a saber únicamente que tiene lugar un proceso cuyo resultado final es el milagro del recién nacido” y por su parte Monseñor Martín: “Dicho ser comienza un proceso que lo llevará a convertirse en ese niño”* (Destacado del autor); (Yglesias, Arturo: *“Persona”* en ADCU TXXXVII, pág. 725) por su parte esta Ministra en posición doctrinaria ha sostenido *“En tanto, la nueva normativa de derecho interno y la interpretación auténtica de la Corte Interamericana del art. 4.1 de la Convención Americana creemos que ya no puede plantearse dudas de que el status jurídico de persona se adquiere con el nacimiento. Ello no quiere decir que antes que se produzca el nacimiento, en atención a su expectativa de ocurrencia, no se proteja*

al concebido como una persona eventual y en tal sentido no se le concedan derechos de contenido no patrimonial, como lo es el derecho a la vida, (–aunque en forma no absoluta como vivos–), o se reserven bienes con la expectativa cierta de que nazca.” (“Concepción; Sujeto de Derecho, Persona - Comienzo de la personalidad. Capacidad para adquirir Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su incidencia en el Derecho interno. Una primera mirada”, en ADCU t. XLIV, pág. 751

En correspondencia con lo sostenido por la Corte Interamericana se observa que no corresponde designar defensor de Oficio para el concebido, en tanto que para nuestro derecho no es sujeto de derecho, al no ser considerado persona (en el sentido jurídico de la palabra).

Asimismo, siguiendo lo expresado por la Corte Interamericana en los párrafos 227 y 228 de la sentencia (los cuales se transcribieron y teniendo presente que en nuestra legislación positiva –ley 18 987-) la opinión del padre no es relevante a los efectos de determinar la continuidad o no del embarazo (compártase o no la solución legal y sin perjuicio de eventual futuras modificaciones de la ley vigente) lo que trae como consecuencia que éste ni siquiera tenía legitimación activa para la presente acción.

En cuanto a los agravios asiste razón a la recurrente O. que existe una valoración errada de la prueba, ya que en ella surgen mezclado apreciaciones personales de la Magistrada con lo que establece la ley, -con la que se puede estar de acuerdo o no, pero esa valoración no le corresponde a los tribunales de instancia o de alzada, que tampoco tienen potestades para declararla inconstitucional, los Magistrados simplemente tienen que aplicarla.

Asimismo también se mal aplica la norma exigiendo a nivel judicial cosas que la misma ley no exige, por cuanto la ésta pretende la confidencialidad paciente – médico y en este caso además equipo de salud, es por esa razón tan elemental que no tienen que surgir de la historia clínica las razones que tuvo la paciente para pretender interrumpir el embarazo, no existiendo indicio alguno de que no se cumplieran los requisitos exigidos por la norma cuando inclusive el actor concurrió a la entrevista ante el equipo, debe tenerse que los motivos de la mujer de acuerdo a la ley no deben ser juzgadas ni el ginecólogo, ni el equipo multidisciplinario, y en consecuencia tampoco por la justicia, y es por ello que la ley permite la objeción de conciencia del médico –para cuando no está de acuerdo con la norma-, como también los magistrados tienen derecho a abstenerse de fallar si ello va contra sus principios morales y en tanto ello no podría aplicar la norma imparcialmente.

Consecuentemente con ello, resultan de recibo los agravios de CAMPS IAMPP, en cuanto dicha Institución ha que cumplido los requisitos exigido por la ley para la atención de su usuaria, respetando la ratio legis de la norma.

En realidad aquí como dice la Institución médica se interpuso un “recurso de amparo” contra una ley, lo que no corresponde art. 1 letra C) de ley 16.011, de entender que la misma es inconstitucional lo que se debe -hacer como se hizo- es promover la acción de inconstitucionalidad.

DRA. SUSANA KADAHDJIAN
SECRETARIA