

Gianella Bardazano Gradin ↗

Activismo judicial conservador y el caso de la Sra. O. Comentario de una sentencia sobre aborto

*Conservative Judicial Activism and the Case of Ms. O.
A Commentary on a judicial decision regarding abortion rights*

*Ativismo Judicial Conservador e o Caso da Sra. O.
Comentário sobre uma sentença de aborto*

↗ Profa. Teoría y Filosofía del Derecho, Universidad de la República.

ORCID: 0000-0002-7477-1305

✉ gianella.bardazano@fder.edu.uy

Resumen: El artículo analiza críticamente la Sentencia de Amparo 6/2017 dictada por el Juzgado Letrado de Mercedes, Uruguay, que ordenó suspender un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) autorizado por la ley. La jueza construye una laguna axiológica en la ley al interpretar que el consentimiento del hombre, no previsto en la norma, resulta jurídicamente relevante. El análisis muestra la construcción de una laguna axiológica y la discriminación de género en la decisión judicial. El artículo sugiere que el caso ilustra cómo el poder judicial puede construir obstáculos al acceso efectivo a derechos reconocidos legalmente, desafiando el compromiso legislativo con la autonomía de las mujeres, y advierte sobre la necesidad de analizar críticamente las estrategias conservadoras que buscan frenar conquistas en materia de derechos sexuales y reproductivos.

Palabras clave: laguna axiológica, estereotipos de género, discriminación de género, interpretación jurídica, decisión judicial, aborto.

Abstract: The article critically analyzes the Amparo Sentence 6/2017 issued by the Mercedes Court in Uruguay, which ordered the suspension of a voluntary abortion procedure (VAP) authorized by law. The judge constructs an axiological gap in the law by interpreting that the man's consent, not provided for in the norm, is legally relevant. The analysis highlights

the construction of an axiological gap and gender discrimination in the judicial decision. The article suggests that this case exemplifies how the judiciary can create obstacles to the effective exercise of legally recognized rights, undermining the legislative commitment to women's autonomy. It further warns of the need to critically examine conservative strategies that seek to obstruct advances in sexual and reproductive rights.

Keywords: *axiological gap, gender stereotypes, gender discrimination, legal interpretation, judicial decisión, abortion.*

Resumo: *Este artigo analisa criticamente a Sentença de Amparo 6/2017, proferida pelo Juizado de Mercedes, Uruguai, que ordenou a suspensão de um procedimento de interrupção voluntária da gravidez (TPV) autorizado por lei. A juíza cria uma lacuna axiológica na lei ao interpretar que o consentimento do homem, não previsto na norma, torna-se juridicamente relevante. A análise revela a construção de uma lacuna axiológica e a discriminação de gênero na decisão judicial. O artigo sugere que o caso ilustra como o judiciário pode construir obstáculos ao acesso efetivo a direitos legalmente reconhecidos, desafiando o compromisso legislativo com a autonomia das mulheres. Também alerta para a necessidade de analisar criticamente estratégias conservadoras que buscam dificultar conquistas em direitos sexuais e reprodutivos.*

Palavras-chave: *lacuna axiológica, estereótipos de gênero, discriminação de gênero, interpretação jurídica, decisão judicial, aborto.*

Recibido: 14/07/25

Aceptado: 09/11/25

1. Introducción. Aclaraciones metodológicas y teóricas

1.1. El contexto de la decisión judicial

El 22 de octubre de 2012, Uruguay promulgó la Ley n.º18.987 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), cuyo artículo 2 elimina la penalización de la mujer si la interrupción voluntaria del embarazo se realiza durante las primeras doce semanas de gestación y se cumplen los requisitos que establece el artículo 3.¹ El 21 de febrero de 2017, la jueza letrada de Mercedes (capital del departamento de Soriano) dictó sentencia² en un proceso de amparo. El actor alegaba su condición de «padre del hijo en común» (Sent. n.º 6/2017, fs. 2) en relación con el cual la demandada estaba llevando adelante un proceso para interrumpir voluntariamente su embarazo ante una institución del sistema de salud, conforme a la Ley 18.987.

La jueza designó de oficio defensora «al concebido hijo del Sr. B. y la Sra. O.» (Sent. n.º 6/2017, fs. 3). En definitiva, hizo lugar al amparo, ordenando detener el proceso iniciado por la mujer de acuerdo a la ley vigente de IVE.

La mujer apeló la decisión. Durante el plazo para que se expidiera el tribunal de alzada y habiendo la jueza dado trámite a la acción de inconstitucionalidad que el actor promovió junto con la de amparo, la mujer demandada sufrió un aborto espontáneo. A causa de ese hecho, tanto el Tribunal de Apelaciones como la Suprema Corte de Justicia (SCJ) consideraron, respectivamente, que el recurso y la acción carecían de objeto y no se pronunciaron sobre el fondo. La última palabra del sistema jurídico uruguayo la tuvo el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes, lo que justifica el especial interés académico en el estudio de la sentencia.

La sentencia justifica el acogimiento del amparo mediante argumentos que dejan en claro que la jueza considera que la Ley de IVE es inconstitucional.³ Así, el efecto de su decisión fue que debiera desaplicarse, sin que la declaración de inconstitucionalidad por el tribunal competente (la SCJ) hubiera tenido lugar.⁴ La justificación incluye tres construcciones jurídicas: una laguna axiológica, un conflicto de

derechos y la consiguiente ponderación entre el derecho a la vida del concebido y la autodeterminación de la mujer.

1.2. Objetivo y recorrido propuesto

El objetivo de este comentario es mostrar las deficiencias de la argumentación judicial que a través de la postulación de una supuesta laguna termina por impedir a la Sra. O el ejercicio de su derecho al aborto consagrado por la ley uruguaya. La laguna que la jueza identifica es la falta de regulación del consentimiento del hombre para el aborto. La solución es que ese consentimiento es necesario. Una interpretación extremadamente exigente de los requisitos formales del procedimiento en el sistema de salud va en el mismo sentido de obstruir el ejercicio del derecho.

Desarrollo estas cuestiones en el siguiente orden. Adelantaré, en el subapartado siguiente, la noción de activismo judicial que propongo como fundamento de la evaluación global de la sentencia (*infra* 1.3). En segundo lugar, analizo la justificación argumental de la existencia de una laguna jurídica, que constituye el elemento central en la determinación de la legitimación activa en el proceso (*infra* 2). En el tercer apartado, abordo la interpretación de la Ley de IVE que la jueza ofrece como justificación de la ilegitimidad manifiesta del procedimiento de interrupción del embarazo iniciado por la Sra. O (*infra* 3). A continuación, incluyo el análisis de los argumentos que indican estereotipos de género, en tanto presuponen una interpretación del derecho que lleva a una solución discriminatoria contra la mujer (*infra* 4). Por último, dedico el quinto apartado, a identificar los argumentos referidos a derechos constitucionales, analizar el alcance que la jueza les adjudica y criticar la solución de realizar una ponderación entre el derecho a la vida del concebido y el derecho de la mujer establecido en la Ley de IVE como objeto de un proceso de amparo. En ese sentido, analizo la creación judicial de una antinomia y de una jerarquía axiológica para resolverla (*infra* 5). A modo de conclusión, propongo una evaluación de la función ideológica de la decisión judicial, en términos de su contribución a un modelo de juez activista (*infra* 6).

1.3. El activismo judicial como elección política

En líneas generales, la noción hace referencia a un modelo de juez que se opone al modelo de la deferencia o la autorestricción (*self restraint*) judicial en la interpretación constitucional (Cover, 1982; Posner, 1983, Cox, 1987; Kennedy, 1997, Couso, 2010). Los usos de la expresión frecuentemente dan cuenta de apre-

ciaciones que descalifican o defienden decisiones judiciales concretas, tanto por conservadores como por liberales. Lo anterior no impide que pueda adoptarse una formulación del concepto que resulte valiosa para el análisis de decisiones judiciales. Especialmente, para contribuir al estudio de la incidencia de la actividad interpretativa en la tensión entre constitucionalismo y democracia. El rasgo central del concepto es que un juez activista actúa de manera *no judicial* (García y Verdugo, 2013).

Por tanto, la crítica a decisiones activistas presupone considerar la dificultad que supone que los tribunales no cuentan con la legitimidad democrática necesaria para tener la última palabra en cuestiones —el aborto es una de ellas— acerca de las cuales los ciudadanos, en sociedades democráticas, discrepamos sobre bases religiosas, morales o filosóficas. El servicio que brindan las instituciones creadoras de derecho es que nos permiten tomar cursos de acción común, a pesar de nuestros desacuerdos sustantivos (Waldron, 2005, 2016). Precisamente, la expresión activismo judicial refiere, desde su surgimiento en el ámbito jurídico norteamericano, a una concepción del proceso de toma de decisiones acerca del alcance de los derechos constitucionales que justifica que las opiniones de los jueces sobre cuestiones respecto de las que existen desacuerdos sustantivos razonables, guíen la sentencia. Ese potencial de los tribunales, particularmente de las cortes supremas, para avanzar reformas sociales que protejan a las minorías o grupos vulnerables, ha sido caracterizado como “liberalismo legal” (Kelman, 1996)⁵. El activismo judicial *liberalo progresista* se distingue por sostener una comprensión de los derechos constitucionales desligada de las fuentes sociales del derecho, una concepción del cambio social centrada en el cambio jurídico, y una visión favorable a la capacidad de los tribunales para producir ese cambio (Kaufman, 2019: p.198). En sentido contrario, cuando ese potencial de los tribunales contribuye a restringir el alcance de derechos y libertades puede ser calificado con un tipo de activismo *conservador*, es decir, coherente con fundamentos filosóficos conservadores, por oposición a los fundamentos liberales de la otra expresión del activismo judicial. Las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, tomadas en *Roe v. Wade* 1973, y en *Dobbs v. Jackson* 2022, ilustran el fenómeno al que la noción de activismo judicial refiere (Siegel, 2023; Landau y Dixon, 2023; Murray y Shaw, 2024).

En Uruguay, el desacuerdo sustantivo sobre el aborto no ha desaparecido ni va a desaparecer, pero ha sido la Ley la que ha establecido una de las posibles formas de balance entre el valor de la autonomía de las mujeres y el respeto a la vida, regulando el aborto voluntario mediante el sistema de plazos e implementándolo como prestación de salud pública universal. En el contexto del sistema jurídico uruguayo, entonces, entiendo por decisiones activistas aquellas tomadas por jueces que

siguen sus preferencias personales (morales, políticas, religiosas, filosóficas) en contra de las normas jurídicas establecidas y conocidas, con la finalidad de avanzar en reformas sociales o para defender doctrinas comprensivas particulares, desplazando la legalidad. Específicamente, en los procesos judiciales de amparo, el activismo cuando existe legislación es una elección política del juez. En base a esta definición operativa, el análisis de la justificación de la decisión me permitirá fundamentar la referencia al activismo conservador en el título de este artículo.

Una última precisión sobre la presentación de los argumentos de la sentencia que este comentario analiza: el propósito de la extensión de las citas textuales es apoyar mis afirmaciones compartiendo con el lector la lectura directa de la fuente primaria. Tratándose del comentario de una sentencia, una transcripción completa sería enojosa (son más de veinte páginas), pero resulta necesario tener a la vista pasajes extensos.

El siguiente apartado estará destinado, como anuncié (*supra*1.2), al análisis de la justificación de la existencia de una laguna en el derecho. La existencia de una laguna es, en el caso, la premisa normativa que sirve de fundamento para la intervención de la jueza en un procedimiento de IVE.

2. A propósito de las lagunas en el derecho

La construcción de lagunas es una de las actividades inferenciales que puede desarrollar la jurisprudencia. Es una actividad propia principalmente de la doctrina, pero nada impide que sea una de las formas de interpretación que llevan adelante los tribunales. La creación y resolución de lagunas supone desarrollar actividades conexas: construir excepciones implícitas para crear la laguna y construir normas implícitas para resolverla (Guastini, 2015, p.20). Hay fundamentalmente dos tipos de lagunas: las normativas y las axiológicas. Las primeras implican que un determinado supuesto de hecho (H) no está regulado en forma explícita en la ley, por lo que la identificación de una laguna requiere de una previa actividad de interpretación de las disposiciones por el tribunal. Las fuentes del derecho pueden ser interpretadas en el sentido de que H no está regulado, porque no mencionan expresamente la cuestión, pero también en el sentido de que H sí está regulado, porque la falta de su mención expresa supone su irrelevancia para el derecho (Guastini, 2015, p.32)⁶.

En el caso que nos ocupa el supuesto de hecho que considera la jueza es el consentimiento del hombre que expresa su interés de asumir las obligaciones parentales respecto de un supuesto futuro hijo en común con la mujer que iniciado un

proceso de IVE. Puede entenderse que la Ley de IVE no lo regula o bien que, en la medida en que refiere en exclusividad al consentimiento de la mujer, de modo que, al no mencionar el consentimiento del hombre, lo excluye como relevante para la decisión de interrumpir en forma voluntaria un embarazo. En tanto la ley prevé que el equipo interdisciplinario que interviene luego de que la mujer manifiesta su voluntad de interrumpir su embarazo puede entrevistarse con el progenitor «... en el caso de que se haya recabado previamente el consentimiento expreso de la mujer» (lit. b, art. 4, Ley 18.987), la laguna normativa respecto del consentimiento del hombre no resulta en general justificada. El único consentimiento relevante de acuerdo con la ley es el de la mujer.

En el caso de las lagunas axiológicas, en cambio, puede suceder que H no esté regulado por las fuentes, pero que al intérprete le resulte relevante que lo esté, o puede suceder —y esto configuraría un segundo tipo de estas lagunas— que H sí está regulado, pero, de acuerdo a la mirada del intérprete está regulado de forma axiológicamente inadecuada en la medida en que el legislador no tuvo en cuenta los derechos que le corresponden a dos clases distintas de sujetos. Las lagunas axiológicas, en definitiva, dependen de un juicio de valor del intérprete y son construidas por este de acuerdo a sus valoraciones. Del mismo modo, se resuelven por normas implícitas construidas también por el intérprete (Guastini, 2015, p.33).

En el caso en estudio, el hecho está regulado. La ley considera necesario solo el consentimiento de la mujer. Sin embargo, de acuerdo a la interpretación de la jueza, que siguió la argumentación del actor en la demanda de amparo, la ley no contempla en forma correcta los derechos del padre y de la madre del concebido en relación con el consentimiento. Esa apreciación axiológica se expresa luego en la construcción de un caso constitucional.

2.1. Creando y colmando la laguna

El presente subapartado parte de la presentación de los textos normativos centrales que constituyen objeto de interpretación para aceptar o rechazar la acción de amparo (*infra* 2.1.1). A continuación, presento la interpretación que propone la jueza y las razones que ofrece para su justificación (*infra* 2.1.2).

2.1.1. Las disposiciones de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo

Quién debe consentir la interrupción del embarazo surge de la interpretación de las siguientes disposiciones:

Artículo 2.º (Despenalización). La interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada y en consecuencia no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del Código Penal, para el caso que la mujer cumpla con los requisitos que se establecen en los artículos siguientes y se realice durante las primeras doce semanas de gestación.

Artículo 3.º (Requisitos).⁷ Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etáreas que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.

2.1.2. La interpretación judicial y su justificación en el marco del proceso de amparo

La jueza interpretó que el consentimiento del hombre es relevante y justificó su existencia en la confesión de la demandada: «Legitimación de la parte actora: surge de la declaración de la Sra. O., que admite y confiesa que el Sr. B es el padre de dicho niño» [sic]» (Considerando 4).

A partir de la determinación de la legitimación del actor, la sentencia justifica la titularidad de un derecho «reconocido expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72)» que, un «acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares», «lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta, en forma actual o inminente» (art. 1, Ley 16.011).

Luego de que en el primer considerando de la sentencia y casi en la totalidad del segundo se consignen citas textuales de los artículos de la ley que regula la acción de amparo, se afirma que la parte actora no tiene «otra acción o forma legal de obtener reconocimiento a su derecho como para evitar la lesión al derecho humano a la vida de su hijo» (Sent. n.º 6/2017, Considerando 2, fs. 5), por lo cual entiende

que la acción es procedente.

Los argumentos que se conectan, no necesariamente por proximidad, con el mencionado del considerando 2 (§ 3), que hace lugar a la acción interpuesta, refieren a la entidad de la lesión del derecho que se busca proteger:

La lesión tiene la característica de ser inminente, de poder llegar a producirse, por lo que su agresión de continuar el procedimiento ocurrirá configurándose el aspecto de actualidad e inminencia de la misma [...]. El amparo es una garantía de los derechos humanos, tendiente a la protección de hacer cesar los efectos de la amenaza o eventual lesión (Considerando 2, § 3 *in fine* y § 6).

Que se trate de un derecho «de raigambre y reconocimiento nacional, constitucional, legal e internacional que nuestro país ha ratificado e incorporado al derecho interno mediante la aprobación de leyes con el texto de dichos tratados» constituye la referencia en la justificación a la jerarquía constitucional del derecho lesionado o en riesgo de lesión que requiere la ley que regula el proceso de amparo. La jueza argumenta que continuar con el procedimiento de interrupción del embarazo iniciado por la mujer «significa un daño violatorio de los derechos de la personalidad, consagrados en los artículos 72 y 332 de la Constitución nacional, dado que se lesiona el derecho a la vida del concebido» (Considerando 6, § 1),⁸ y agrega que:

... el acto que ocasiona el daño es actual e inminente dado que la Sra. O tiene fecha cercana para la realización del procedimiento [...], el que sería letal para el niño, irreparable, por los efectos que el mismo ocasiona en su vida, en su integridad física (Considerando 6, § 2).

La justificación de la procedencia de una vía excepcional como la del amparo incluye la afirmación de que:

... la Justicia ha de intervenir en protección de los derechos individuales afectados, como medio eficaz de protección frente a un procedimiento que configura la lesión a un derecho fundamental de la persona humana, que no requeriría incluso expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico debido a que es inherente a esa misma condición humana (arts. 7, 72, 332 de la Constitución). Y esa defensa y preservación del derecho que debe ejercer la Justicia, puede efectivizarse en la vía excepcional del amparo, debido a que la continuación del procedimiento [...] sería ilegítima... (Considerando 6, § 3).

En los siguientes apartados, critico el aspecto de la decisión que tiene que ver con la justificación de la legitimación activa, la titularidad del derecho que se procura proteger en el proceso de amparo y la interpretación de las fuentes normativas que se invocan para justificar su carácter de derecho constitucional.

2.2. Críticas a la justificación judicial

La laguna que la argumentación de la sentencia presupone, pero no califica, es una laguna axiológica. Al hacer lugar a la pretensión del actor y, finalmente, fallar que debe suspenderse el proceso de interrupción del embarazo, la jueza resuelve la laguna construida a través de la creación de una norma implícita (Guastini, 2015, p.33), que es precisamente construir una norma que regula los casos no previstos, conforme lo expresado antes para construcción de la laguna axiológica.

La interpretación de la Ley de IVE que propone la jueza construye en forma valorativa una falta de regulación en la ley. Incluye una excepción implícita dentro de una norma en relación con el consentimiento relevante para iniciar el procedimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, de modo que la norma no se aplique a todos los supuestos previstos literalmente de hecho. Es decir, si bien las disposiciones de la Ley de IVE hacen referencia expresa a la mujer y a su consentimiento, la jueza incorpora como consentimiento relevante el del hombre.

La existencia de la laguna no aparece expresamente justificada y la construcción jurídica de la intérprete requiere ser, a su vez, reconstruida a partir de los argumentos de la sentencia, que no aparecen siempre conectados en razón de justificar la subsunción de las particularidades del caso a los requisitos de las disposiciones de la ley que regula la acción de amparo, de modo que la justificación es, además de insuficiente, inconexa (Wróblewski, 2001, p.59).

Abordaré, en los siguientes subapartados, las críticas a la falta de conexión entre la legitimación activa y la titularidad del derecho que la jueza considera en peligro de lesión.

2.2.1. Las fuentes de la sentencia. Su jerarquía y su interpretación

La sentencia transcribe el derecho aplicable al caso en su Considerando 3. La referencia a las leyes que culminaron el proceso de aprobación de las convenciones (CADH y CDN) me permite problematizar qué jerarquía le atribuye la jueza a los

derechos establecidos en la Convención y si, teniendo en cuenta la redacción del párrafo 1 del Considerando 6 y la inclusión del artículo 7 de la Constitución entre las disposiciones transcritas («Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida...»), puede interpretarse que la jueza considera que la CADH tiene jerarquía legal.⁹ Si ese es el caso, impediría que —aun en la muy discutible interpretación del Juzgado del artículo 4 de dicho instrumento— la protección de la vida del concebido pueda ser ventilada en un proceso de amparo. Si el artículo 7 de la Constitución se invoca porque garantiza la protección del goce del derecho a la vida, los titulares de ese derecho son los habitantes de la República, conjunto del cual está excluido el concebido por más que la jueza lo mente a lo largo de la sentencia como *niñ@*[sic]. Parece coherente con la interpretación del concebido como niño la referencia al artículo 19 de la CADH¹⁰ y al artículo 6 de la CDN.¹¹

Sin embargo, en la mera referencia al texto del Preámbulo de la CDN¹² y al artículo 1,¹³ la argumentación no tiene en cuenta la existencia de interpretaciones contrarias a las de la sentencia en los trabajos preparatorios de la propia Convención y en las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño (ONU), lo cual sería necesario para justificar parte de la base normativa invocada de la justificación.

Respecto de los trabajos preparatorios de la CDN, Filippini recuerda que la redacción propuesta por Polonia para la definición de *niño* referiría a toda persona desde el nacimiento hasta los dieciocho años de edad y que otros Estados propusieron redacciones alternativas que aludían a la personalidad desde la concepción. Ante la falta de consenso, se adoptó un texto de compromiso —el del artículo 1 de la CDN— que elimina la referencia al punto de desacuerdo. Los trabajos preparatorios muestran claramente que el propósito de la redacción del artículo 1 fue evitar la incompatibilidad de la Convención con la legislación nacional (Filippini, 2011, p.416).

En el mismo sentido, en relación con el fragmento del Preámbulo que refiere a la Declaración de 1959, el grupo de trabajo encargado de la redacción de la Convención señaló en los trabajos preparatorios:

Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 [...] Al evitar una clara referencia tanto al nacimiento como al momento de la concepción, la Convención hace suya una solución flexible y abierta, dejando a la legislación nacional la especificación del momento en que comienza la infancia o la vida (Hodgkin y Newell, 2004, p.447).

La CDN permite a cada Estado parte, por tanto, «buscar una solución equilibrada a los conflictos de derechos e intereses que originan cuestiones como el aborto y la planificación de la familia» (Hodgkin y Newell, 2004, p.4), solución que en la legislación uruguaya se encuentra en la Ley de IVE desde 2012.

Por otro lado, la sentencia transcribe el artículo 4 de la CADH y luego lo cita en varios pasajes, sin aludir a los estándares del sistema interamericano que, al igual que en el caso anterior, hubiese sido necesario descartar como opinión relevante de acuerdo a las prácticas argumentales habituales del campo dogmático y jurisprudencial en el que la jueza eligió justificar su decisión. Ello da cuenta de la ausencia de justificación externa de la construcción del sistema de derecho aplicable al caso presentado en el Considerando 3 y citado a lo largo de la sentencia como si se tratase de un texto normativo cuyo sentido no presenta disputas relevantes en el campo de la doctrina y la jurisprudencia. La ausencia de justificación externa supone que las premisas no califican como buenas de acuerdo a los estándares que emplean quienes hacen dicha calificación (Wróblewski, 2001, p.52). En ese sentido, la sentencia omite la consideración de las decisiones de los órganos de contralor de las convenciones citadas, cuya interpretación acerca del alcance de los derechos establecidos en los instrumentos, es relevante de acuerdo a su propio texto (artículos 41 y 62 de la CADH), así como cualquier referencia a los significativos desacuerdos en el campo doctrinario, además de atribuirle al artículo 4 de la CADH el sentido contrario a la interpretación histórica.

En el caso Baby Boy, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que la protección absoluta del derecho a la vida entraba en conflicto con la mayoría de las leyes de aborto y de pena de muerte de los Estados y que la expresión final del artículo 4 de la CADH constituye una fórmula compatible con la legislación de los Estados que hayan resuelto, como en el caso uruguayo, regular la IVE.¹⁴

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, en referencia a la cuestión de la titularidad por el embrión del derecho a la vida establecido en los instrumentos del sistema interamericano:

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 solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer [...], 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... (Corte IDH § 222, pp. 68-69).¹⁵

La Corte concluye, en el párrafo siguiente de la sentencia citada, que, contrariamente a lo resuelto por la jueza en el caso en estudio, 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.

La decisión contraria de la jueza del caso a los estándares consolidados del sistema interamericano justifican la designación de defensor para el embrión y la determinación de la titularidad del derecho que el proceso de amparo tiene como finalidad proteger, en tanto asigna —y así lo nombra en distintos pasajes de la sentencia—, al embrión o concebido carácter de persona, *niñ@* hijo de actor y demandada. En el apartado siguiente procuro presentar el modo en que esta opción filosófica, moral y religiosa, y contraria los estándares del sistema interamericano, se presenta entrelazada en la justificación de la legitimación activa en el proceso y, luego, en la resolución del conflicto de derechos que la sentencia presenta (*infra* 5).

2.2.2. El *niñ@* y la legitimación activa del hombre

Ante la necesidad de justificar la existencia del derecho a que el hombre exprese su consentimiento para la iniciación del procedimiento de IVE, la argumentación de la sentencia se desliza a la lesión del derecho a la vida del concebido (Castro, 2017). En efecto, no hay un derecho a la paternidad voluntaria simétrico al derecho a la maternidad voluntaria, entre otras cosas porque gestación y parto tienen que ver con el cuerpo de las mujeres. Subordinar el derecho a decidir de la mujer a la existencia de consentimiento del hombre conferirle poder de decisión sobre el cuerpo de otra persona y ello no solo violaría la libertad y la autonomía de la mujer (que sería instrumentalizada), sino la igual dignidad de las personas. Recurrir a los tribunales para vedar el goce de un derecho conquistado a través de la legislación describe, de hecho, lo que MacKinnon afirma radicalmente,

... el poder de los hombres sobre las mujeres en el hogar, en la cama, en el trabajo, en la calle, en toda la vida social. Los hombres son soberanos en la

sociedad de la forma en que Austin describe a la ley como soberana [...]. Los hombres son el grupo que ha [...] encar[nado] la «regla de reconocimiento» de Hart (1995, p.302).

Aun existiendo una ley que prevé expresamente como consentimiento relevante el de la mujer, basta que un hombre se oponga a través de un proceso sumario y que el criterio de la Justicia ponga en juego tres construcciones jurídicas (laguna axiológica, antinomia o conflicto de derechos y ponderación) para que la autonomía de la mujer sea desconocida.

2.2.3. El desacuerdo sobre la autonomía sexual y reproductiva

Precisamente, la noción de consentimiento es clave para evaluar si la autonomía sexual y reproductiva está efectivamente garantizada. En la presencia de estereotipos de género, el juicio negativo acerca de la decisión de la demandada, quien

... debe probar todo lo necesario a su carga para salir airosa de la demanda impetrada, probar que se cumplió con todo lo exigido por la ley es un imperativo de su propio interés [...] trabaja, tiene ingresos, tiene otro hijo, vive sola con su hijo en el fondo de la casa de sus padres, y no paga alquiler por dicho lugar (Considerando 6, § 17)

coloca a la mujer en una situación diametralmente opuesta al del hombre, para quien, acreditar su legitimación activa implicó como condición necesaria y suficiente —según entendió la jueza— simplemente obtener la confesión de la mujer.

La argumentación considera que la mujer debe probar en juicio, por no constar en su historia clínica, las circunstancias a que refiere el artículo 3 de la Ley de IVE cuando establece que, dentro del plazo de las primeras doce semanas de gestación,

... la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar el embarazo en curso.

La interpretación de la disposición por la jueza supone la atribución del sentido más gravoso para la mujer y más restrictivo del procedimiento establecido en la

ley, en la medida en que *poner en conocimientos* significa ‘probar’ y la expresión *a su criterio* constituye un reconocimiento de la autonomía de la mujer establecida por ley, sino que está sujeto a revisión judicial y, por tanto, a la concepción de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres que entienda el tribunal (Castro, 2017, 2022).

El argumento de apertura del juicio de ponderación que se analiza en el apartado 5 lo demuestra: a juicio del Juzgado, la mujer tiene antes del embarazo el derecho a decidir sobre su capacidad o autonomía reproductiva. Lo anterior se complementa con lo que expresa respecto de la necesidad de probar la situación que se puso en conocimiento del médico: «... si no, la ley sería un pase libre para que se aborten niños entre las primeras doce semanas, solo con pedirlo...» (Considerando 6, § 16).

2.3. La laguna axiológica como dispositivo ideológico

La noción de laguna axiológica permite comprender cómo la intérprete introduce en el derecho una valoración que desplaza la decisión legislativa. En su formulación teórica, la laguna axiológica aparece como un vacío valorativo del ordenamiento que la jueza identifica y colma de acuerdo a su propio juicio moral (Guastini, 2015, p. 33). Sin embargo, en la práctica, esta operación no revela una falta del sistema jurídico, sino que constituye una intervención activa de la intérprete, quien redefine la orientación valorativa de la norma, alterando su propósito. Desde esta perspectiva, la laguna axiológica no es un dato del ordenamiento sino un producto de la interpretación, una construcción judicial, y su invocación cumple una función ideológica: legitimar la sustitución de la norma legal aplicable por otra judicialmente creada¹⁶.

La diferencia entre una laguna normativa y una laguna axiológica radica en que refieren a una ausencia (un caso carece de solución jurídica) y a una presencia criticada (existe solución jurídica pero el intérprete la considera incorrecta), respectivamente. En esta línea, la construcción de una laguna axiológica parte de un enunciado contrafáctico: se asume que, si el legislador hubiera tomado en cuenta cierta propiedad del caso (i.e. la falta de consentimiento del hombre), habría decidido de manera distinta. Este razonamiento presupone una atribución de intenciones al legislador y la insuficiencia del texto de la ley para traducir o plasmar esas intenciones. De ahí que la apelación a la laguna axiológica funcione como una estrategia retórica de legitimación de juicios de valor personales, presentados como reconstrucción de la voluntad legislativa.

Como advierte Rodríguez (1999), la afirmación judicial de que el legislador omitió considerar un aspecto relevante, no describe un defecto real del sistema jurídico, sino que proyecta sobre él un sistema de valores hipotético que coincide con el del intérprete. Es decir, el juez atribuye al legislador un conjunto de valores que en realidad son los suyos, presentándolos como si fueran una reconstrucción objetiva del ordenamiento (p. 356). Esta operación transforma una preferencia moral en un argumento técnico y convierte la interpretación en un acto de sustitución valorativa.

El riesgo de esta operación es que la decisión judicial deje de ser una interpretación de la norma vigente y se convierta en una proyección moral de la intérprete, amparada en la imposibilidad de verificar empíricamente el contrafáctico. El término *laguna*, en este sentido, disfraza una elección valorativa como si fuera una reconstrucción descriptiva del ordenamiento (p.356). No obstante, puede admitirse que, en ciertos casos, el intérprete busca genuinamente reconstruir las propiedades relevantes conforme al sistema de valores que el propio derecho positivo presupone. La diferencia entre ambos modos de proceder, entre reconstrucción genuina y proyección ideológica, depende de la coherencia interna de la argumentación y de la consideración del marco regulatorio completo que el legislador efectivamente adoptó. En el caso analizado, sin embargo, la jueza no reconstruye el sistema axiológico de la ley, sino que lo sustituye por uno alternativo, de carácter religioso y patriarcal, que desvirtúa la decisión democrática contenida en la Ley de IVE.

En la sentencia analizada, la jueza construye una laguna axiológica al afirmar, implícitamente, que la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo omite reconocer los derechos del hombre y que esa omisión es axiológicamente inadecuada. En realidad, la ley no presenta una ausencia normativa: la exclusión del consentimiento del hombre forma parte de la decisión deliberada del legislador de reconocer la autonomía de la mujer. Al interpretar esa exclusión como una carencia valorativa, la jueza invierte la orientación normativa del texto y convierte en omisión lo que es, en rigor, una opción democráticamente adoptada.

Este tipo de operación ilustra un uso ideológico del concepto de laguna: la aparente neutralidad técnica encubre un juicio moral que reconfigura el equilibrio entre autonomía de la mujer y tutela de la vida decidido por el legislador en relación a los plazos y requisitos para la interrupción voluntaria del embarazo permitida. La jueza introduce una norma implícita que establece la necesidad del consentimiento del varón y, con ello, reestablece el orden patriarcal como criterio de corrección jurídica, como si la ley IVE no formara parte del derecho uruguayo.

La laguna axiológica se transforma así en un instrumento de restauración de jerarquías sociales y morales, que sujeta la autonomía de la mujer bajo la apariencia de una corrección valorativa del derecho.

Como advierte Wróblewski (2001), las decisiones judiciales que se presentan como razonamientos interpretativos suelen incluir elecciones axiológicas que son, en verdad, decisiones discrecionales de contenido moral. En este caso, la discreción se ejerce para resistir el propósito de la ley relativo a la protección de la autonomía en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos¹⁷ y, en su lugar, reconstruir el sentido de la norma desde un específico marco religioso y moral. De ese modo, la laguna axiológica funciona como dispositivo ideológico en el doble sentido del término: opera como un mecanismo de legitimación de la intervención judicial y, al mismo tiempo, como un medio de reproducción de las relaciones de poder.

La construcción judicial de lagunas axiológicas, en particular en materias donde el legislador ha resuelto explícitamente desacuerdos morales profundos — como el aborto, la eutanasia o el matrimonio igualitario—, reabre la controversia sustantiva en clave judicial, desplazando el eje de decisión desde la deliberación democrática hacia la conciencia individual del juez. En este sentido, la laguna axiológica se convierte en una forma de resistencia contramayoritaria que, bajo el ropaje técnico de la interpretación, cuestiona el principio de legalidad y el compromiso democrático con la ley como marco común de acción en contextos de desacuerdo.

La laguna axiológica y la norma creada para colmarla no solo tienen consecuencias epistemológicas o interpretativas, sino que cumplen también una función política en la práctica judicial. Cuando la jueza introduce como normativamente relevante un elemento para corregir lo que juzga una omisión legislativa, ejerce un tipo de activismo judicial: uno que actúa reformulando el propósito normativo de la ley, condicionando el ejercicio de la autonomía reproductiva de la mujer al cumplimiento de requisitos de la jueza y no de la ley. La construcción de la laguna axiológica le brinda, en este contexto, una apariencia técnica a una actitud de resistencia judicial frente a la decisión del legislador democrático.

Habiendo reconstruido la premisa normativa que justifica la existencia de legitimidad activa, abordaré a continuación la interpretación de la Ley de IVE que la jueza ofrece como justificación de la ilegitimidad manifiesta del procedimiento de IVE iniciado por la Sra. O.

3. La interpretación de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y la determinación de la ilegitimidad manifiesta del procedimiento iniciado por la mujer

Los argumentos vinculados a la justificación de la existencia de ilegitimidad manifiesta en el procedimiento tendiente a interrumpir en forma voluntaria el embarazo son los que mejor ilustran la interpretación que la jueza hace de la ley, sin perjuicio de lo ya expuesto (*supra* 2.2.1) sobre el derecho aplicable. Obviamente, la selección del derecho aplicable al caso y su interpretación inciden en forma directa en el alcance del derecho de la Sra. O.

Sostiene la jueza que

La ley establece que dentro del plazo de las primeras 12 semanas la mujer debe de concurrir a consulta médica ante una institución del sistema nacional integrado de salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en la que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impidan continuar con el embarazo en curso. Estos son los aspectos exigidos que no surgen cumplidos por no estar registrado dicho extremo, asentados en el formulario presentado ni por la parte codemandada Sra. O. Los requisitos exigidos por la ley en su art. 3 son formalidades que deben de cumplirse y registrarse en la historia clínica (Considerando 6, § 9).

Y agrega, recurriendo a una máxima de experiencia que toma la forma del argumento *a fortiori* para justificar el criterio que emplea para fundamentar la ilegitimidad manifiesta del procedimiento de IVE que, finalmente, el fallo ordenará suspender porque:

... hasta cuándo se va a realizar una repetición de medicamentos los médicos anotan la medicación que se repite en la historia clínica del paciente, cuanto más debe de asentarse que la paciente explicó las razones que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso (Considerando 6, § 9).

La jueza considera que es su papel controlar el cumplimiento de las situaciones que le impiden a la mujer continuar con el embarazo y que, en tanto esas situaciones debieron ponerse en conocimiento del médico, si no surgen probadas de la historia clínica o no pueden ser probadas por la mujer en el juicio, entonces el pro-

cedimiento es manifiestamente ilegítimo. En el apartado siguiente, profundizaré la crítica a esta interpretación, por considerarla discriminatoria y basada en estereotipos de género.

4. ¡Mala madre!

Los argumentos mencionados en este y el siguiente apartado incluyen una serie de aserciones que la jueza presenta como evidentes, como afirmaciones de sentido común, incluso como máximas de experiencia evidentes para cualquier aplicador. Para reconstruir el argumento a fines de poner el foco en el estereotipo de *mala madre* que la máxima le atribuye a la demandada, puede proponerse la siguiente afirmación: no cabe duda de que la autonomía de la mujer en relación con sus decisiones sobre el embarazo solo puede ser ejercida antes del embarazo, y que, una vez que se produjo —y a pesar de que exista una regulación legal para interrumpirlo voluntariamente—, su cuerpo deja de ser territorio de su autonomía. El sesgo religioso, construido a partir de un ideal de maternidad, se muestra claro en el juzgamiento de un caso y una ley que desestabilizan ese ideal de madre y mujer que lleva adelante prácticas no permitidas por el ideal que, en definitiva, no es otro que el que permitió a la jueza construir la laguna axiológica (Di Corleto, 2018, p.176).

La jueza expresa:

... con todo respeto se citan las razones que la Sra. expresa «tiene un rechazo natural al embarazo, yo no tengo ganas de estar embarazada ni soportar que me obliguen, conociendo mis derechos que me otorga la ley pude acceder al derecho de iniciar el trámite y hacerlo. Aparte de lo natural que no tengo ganas, todo lo que es ámbito social, económico, laboral, psicológico todo eso me lleva a ratificar la idea de no tenerlo» (Considerando 6, § 14).

Y luego evalúa:

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

que deben controlarse dichos extremos —requisitos— porque si no la ley sería un pase libre para que se aborten niños entre las primeras doce semanas, solo con pedirlo, y eso no es lo que dice la ley... (Considerando 6, § 15 y 17).

Ambas valoraciones exhiben estereotipos prescriptivos de género (Cook y Cusack, 1997; Hopp, 2023), es decir, cómo la jueza entiende que las mujeres —y puntualmente la demandada— deben ser y cómo deben comportarse respecto a su sexualidad y su maternidad (Gómez, 2018, p.164). En efecto, la oportunidad de ejercer los derechos sexuales y reproductivos es anterior al embarazo, luego del cual la mujer deja de ser un sujeto con autonomía y, por tanto, incluso el presunto futuro padre puede impedir que lleve adelante un procedimiento que la ley prevé que se desarrolle por su sola voluntad. Desde un lugar de enunciación que no deja de transmitir cierta irónica misericordia por las declaraciones de la mujer interrogada, la jueza cita textualmente sus palabras, *con todo respeto*. Luego, *humildemente*, la jueza contrapone a las razones de la mujer, su comprensión de la *ratio legis*, construida sobre la base de un argumento *a contrario*: *porque si no la ley sería un pase libre para que se aborten niños*.

Sin embargo, el efecto de las aseveraciones de la jueza es desacreditar y minusvalorar a la demandada, banalizando los motivos que la llevaron a decidir el inicio del procedimiento de interrupción del embarazo y restando importancia a su voluntad (Gimeno Presa, 2020, p.111). La sintaxis de la transcripción textual da pistas, por el contrario, de una declarante agobiada, desconcertada por la indagatoria¹⁸ a la que está siendo sometida por haber pretendido interrumpir un embarazo de acuerdo a la ley uruguaya. Finalmente, en la valoración de la insuficiencia de los dichos de la mujer, por no estar acreditados (probados) en la historia clínica, la jueza infiere que, de seguir adelante con el procedimiento, la ley se estaría utilizando para algo que no es parte de su finalidad (proteger a las mujeres de abortos clandestinos y evitar la mortalidad y morbilidad por abortos): un sistema de aborto *fast track* que una mala madre emplearía para enmendar el uso irresponsable de su autonomía previa al embarazo.

Estos argumentos, con calificaciones estereotipadas de los comportamientos y decisiones de la mujer, incidirán en lo que la sentencia presenta como ponderación de los derechos en conflicto (Gimeno Presa, 2020, p.34).

Sin embargo, el alcance de la autonomía reproductiva de la mujer ya está establecida en la ley¹⁹, precisamente, en el sistema de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo y en el tiempo de reflexión que se le impone a la mujer una vez que ha expresado su intención de interrumpir el embarazo²⁰.

En el siguiente apartado, me detendré en el análisis de la proyección de los estereotipos prescriptivos de género en la construcción de un conflicto de derechos y una jerarquía entre normas para resolverlo.

5. Ponderación y alcance de los derechos en conflicto

5.1. La construcción de la antinomia y la jerarquía axiológica

La construcción judicial de una laguna (*supra* 2) está acompañada de la construcción de una antinomia o conflicto normativo²¹. La jueza no se enfrenta a una antinomia preexistente, sino que la construye. En el caso, la tensión no surge del ordenamiento jurídico, sino de la lectura que realiza la jueza y que se conecta a la atribución de personalidad al concebido (*supra* 2.2.1). En efecto, el concepto de *persona* es normativo; emplearlo en este caso implica que se decidió previamente qué alcance tiene la autonomía reproductiva de la mujer, y esa decisión previa se proyecta en la construcción del conflicto de derechos que permite desplazar la ley para presentar lo debatido en el proceso como un caso constitucional.

La jueza crea un conflicto normativo que la ley había resuelto expresamente mediante el sistema de plazos de la IVE. La antinomia, por tanto, es un efecto de la interpretación, una consecuencia normativa que habilita la introducción de una *ponderación* en la justificación de la decisión, con miras a determinar el peso de cada derecho en el caso concreto.

La jueza considera en este caso que el concebido es persona y, en tanto tal, titular de derechos:

... claramente el orden jurídico uruguayo interpretado lógico-sistemáticamente consagra por sobre todo el derecho a la vida (...). Desde la concepción existe una persona en toda su realidad e individualidad que necesita ser alimentado, y respetado en su derecho a la vida y a su integridad (Considerando 6 § 16).

El derecho a la vida del concebido es considerado por la jueza un derecho humano que, además, tiene primacía sobre los demás derechos. También considera que la mujer es titular de un derecho a decidir, con el siguiente alcance:

... la mujer tiene derecho a decidir sobre su capacidad o autonomía reproductiva, como planear su familia, a estar libre de interferencias al tomar esas decisiones. Y todos esos derechos pueden ser ejercidos en plenitud antes del embarazo, al tener la mujer a su disposición cada vez con mayor amplitud y más trabajando la Sra. O. en un centro de salud, información sobre prevención del embarazo, utilización de métodos anticonceptivos, planificación familiar, ejercicio de una sexualidad responsable, y los riesgos de la actividad sexual sin adoptar previamente las medidas preventivas al alcance de todas las mujeres. Una vez producido el embarazo la situación es otra porque al haber un ser humano nuevo con derechos inherentes a su condición de tal protegidos legalmente, la decisión de interrumpir el embarazo no atañe solo a su cuerpo, sino que realmente también afecta a otro ser humano... (Considerando 8, § 4).

La planificación de la familia es, básicamente, el alcance de la autonomía reproductiva de la mujer, mentada en términos de libertad negativa por la jueza, es decir, aquella que puede ejercerse sin interferencias. Ello supone, sin embargo, ejercer una sexualidad responsable, lo cual implica que esa libertad sin interferencias conlleva un deber de procrear, en todos los casos, por no haber ejercido con diligencia la sexualidad. El embarazo constituye entonces el cese de esa autonomía, que solo puede ejercerse previamente y que toma la forma de la planificación de la familia. El juicio de reproche se intensifica en relación a la Sra. O, por tratarse de una trabajadora en un centro de salud.

De la presentación del alcance absoluto y restringido, respectivamente, de los derechos mencionados, la jueza pasa a justificar lo que entiende una actuación fuera de la protección de la Ley de IVE y a construir un conflicto de derechos:

...las normas que consagran derechos humanos pueden entrar en conflicto, situación que debe superarse mediante un juicio que aplique criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad considerando las circunstancias de cada caso concreto, concediendo a uno de ellos la primacía. Encarar con ligereza la procedencia de estos procedimientos destinados a interrumpir la vida de un ser protegido legalmente, sin cumplir con los requisitos señalados, o

dando razones no probadas de ellos, implicaría prácticamente entender al aborto como un medio interruptivo de la vida humana, de fácil y rápido acceso, en contra de toda la normativa nacional sobre el tema de acuerdo a la interpretación lógico-sistemática del orden jurídico (Considerando 8, § 5 al 7).

El conflicto de derechos, sostiene la jueza, requiere del juicio de ponderación elaborado argumentativamente en los términos expresados. La ausencia de prueba de la situación que llevó a la mujer a la consulta médica para iniciar el procedimiento de IVE es, a la vez, justificación de la ilegitimidad manifiesta para la procedencia de la acción de amparo y uno de los argumentos que forman parte de la justificación del alcance de los derechos en conflicto:

...en el conflicto entre el derecho a la autodeterminación de la mujer (...), valorando la situación concreta con criterio de razonabilidad o proporcionalidad, frente al derecho a la vida del concebido, (...) debe primar el derecho a la vida consagrado en nuestro [orden] jurídico (Considerando 8, § 8).

La jueza construye, por tanto, un conflicto entre el derecho a la vida del concebido y el derecho de la mujer regulado en la Ley de IVE, para establecer luego un juicio de ponderación.

Se dejó asentado en la justificación el deslizamiento a la lesión del derecho a la vida del concebido desde el reconocimiento de la legitimación activa del hombre. La laguna axiológica (*supra*2) permitió la construcción de la premisa normativa. La construcción de la antinomia, entonces, comienza con la selección y el modo de presentación del derecho aplicable: la norma implícita que la jueza crea para colmar la laguna es luego uno de los derechos en conflicto. La sentencia construye un caso constitucional, en la medida en que, al establecer entre las premisas normativas la personalidad del concebido y su titularidad del derecho a la vida (de fuente constitucional); y ya adelanta que la resolución tendrá «como argumento normativo primario y esencial [...] la norma fundamental que recoge el derecho concernido» (García Amado, 2019, p.63). A su vez, el alcance del derecho a la vida del concebido es construido como absoluto, tal que la situación de la Sra. O no es alcanzada por la ley de IVE:

Hoy por hoy, permitirse por la suscrita continuar con el proceso implicaría una infracción a la ley vigente y aplicable al caso, porque no se cumplen los requisitos formales previstos en el art. 3 inc. 1°, no hay prueba registrada en la historia clínica de su cumplimiento... (Considerando 6, § 18);

Asimismo, advierte:

Por eso debe existir seriedad en la aplicación e interpretación de esta ley junto a todo el sistema jurídico nacional, so pena de quienes son directamente perjudicados queden en estado de auténtico desamparo, de indefensión (Considerando 6, § 19);

Finalmente:

... en el caso es imprescindible un actuar sin tardanza [...] estando en juego el derecho a la vida [...] del concebido (Considerando 6, § 21).

El alcance del derecho de la mujer de acuerdo a la Ley de IVE es restringido por la interpretación judicial: a) deben probarse los extremos del inciso 1 del artículo 3

«porque son circunstancias de la entidad que realmente si se justifican permiten que la mujer pueda interrumpir voluntariamente su embarazo; no son razones de ganas, de momentos, de razones psicológicas no comprobables...» (Considerando 6, § 19); b) «... la decisión de interrumpir el embarazo no atañe solo a su cuerpo, sino que realmente afecta a otro ser humano, con vida...» (Considerando 8, § 3).

La referencia a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para la valoración del conflicto entre la autonomía de la mujer y el derecho a la vida del concebido, y la solución a ese conflicto, dependen de las decisiones interpretativas de los textos normativos (los citados por la jueza en el Considerando 3 de la sentencia, *supra* 2.2.1).

En definitiva, cuando la jueza dice que *pondera*, interpreta los materiales normativos por ella seleccionados, flexibilizando el rigor de la justificación de la argumentación interpretativa al abrir el discurso a la valoración, encubierta en términos como *razonabilidad y proporcionalidad*, combinadas con *prudencia*:

...el amparo [...] debe ser usado en forma cuidadosa [...] los jueces deben de actuar con ponderación y fundamentalmente con prudencia...» (Considerando 2, § 4 y § 5). «Encarar con ligereza la procedencia de [la IVE] implicaría [actuar] en contra de toda la normativa nacional sobre el tema de acuerdo a la interpretación lógico sistemática del orden jurídico (Considerando 8, § 6).

En otras palabras, omite argumentar sobre sus decisiones interpretativas que presentan como razonablemente apoyada en una interpretación lógico sistemática una severa restricción de los supuestos de hecho alcanzados por la ley IVE.

La ponderación expresa, en definitiva, un desacuerdo moral como un problema jurídico, y se convierte en el vehículo del desplazamiento de la legalidad. En el siguiente subapartado, desarrollaré algo más esta afirmación.

5.2.Razonabilidad, proporcionalidad y desplazamiento de la legalidad

El juicio de valor comparativo que resuelve la antinomia construida es expresado a través de un enunciado de preferencia:

“el orden jurídico uruguayo interpretado lógico-sistemáticamente consagra por sobre todo el derecho a la vida...” (Considerando 6, § 15); “en el conflicto entre el derecho a la autodeterminación de la mujer (...) frente al derecho a la vida del concebido (...) debe primar el derecho a la vida” (Considerando 8, § 7).

Su justificación se encuentra en otro juicio de valor comparativo relativo a la justicia o corrección de las soluciones opuestas que se seguirían de asignarle más valor a uno u otro derecho en el caso concreto. Ese otro juicio de valor se expresa en la jerarquía axiológica que construye la jueza.

La razonabilidad y la proporcionalidad como pautas para evaluar la compatibilidad de la limitación de un derecho por la legislación han sido conectadas por doctrina y jurisprudencia con la referencia a las “razones de interés general” por el artículo 7 del texto constitucional. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia tradicionalmente ha sostenido que, en el juicio de compatibilidad de la Ley con la Constitución, le corresponde emplear el criterio de razonabilidad al evaluar si la restricción de un derecho constitucional fue dispuesta en una ley establecida por razones de interés general²². Sin embargo, en el caso, *razonabilidad y proporcionalidad* operan como examen de la compatibilidad de la conducta de la mujer con la doctrina comprensiva que sostiene la jueza. En esa operación, no cumplen la función de límite en el control de constitucionalidad de las leyes que la jurisprudencia de la Corte les atribuye, sino que encubren el desplazamiento de la relevancia de la legislación en la decisión de la jueza.

6. A modo de conclusión: la función ideológica de la decisión judicial

En la controversia moral sobre el aborto, tanto los prohibicionistas como los que promueven el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos aceptan que hay vida desde la concepción y comparten que preservar la vida es algo valioso, pero, para el prohibicionismo, el valor de la preservación de la vida es absoluto y, por tanto, obturan la autodeterminación de la mujer. En Uruguay, es la ley la que ha contemplado el posible conflicto entre la protección del valor de la vida y la autonomía de la mujer y, en atención a ello, ha establecido plazos en los cuales es legal el aborto, procedimientos, intervención de profesionales con distintos fines, entre otras cuestiones que regulan en forma exhaustiva un procedimiento que requiere solo la voluntad de la mujer, y que, cuando requiere otros consentimientos (otro progenitor, representantes legales), lo establece expresamente. Parte del texto del artículo 1 de la Ley de IVE es citada por la jueza al establecer los límites de la autonomía de la mujer:

... la propia Ley 18.987 en sus principios generales establece la garantía que brinda el Estado al derecho de procreación responsable y consciente, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana, y que su normativa no constituye un instrumento de control de los nacimientos (Considerando 6 § 10).

La jueza omite lo otro que, respecto de una cuestión sobre la que los ciudadanos tenemos desacuerdos profundos y razonables, recoge la solución de compromiso que refleja la redacción del artículo 1 de la ley.²³ Dicha disposición también establece que el Estado «promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población, de acuerdo a lo establecido en el capítulo I de la Ley n.º 18.426, de 1.º de diciembre de 2008».²⁴

En la omisión hay una opción interpretativa sin justificar, y una presuposición de coherencia interna en la fundamentación del alcance restrictivo que la jueza asigna a la autonomía de la mujer. La argumentación omite, por tanto, fragmentos de la disposición que expresarían una contradicción en el razonamiento. Esto es: considerar, como hace la sentencia, que la ley establece la tutela de la vida humana como derecho absoluto y el derecho a la procreación responsable y consciente como un derecho que se ejerce antes del embarazo es incompatible con sostener que la ley promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos y que regula la interrupción voluntaria del embarazo (Castro, 2017). Las opciones interpretativas

sin justificar eluden la visibilización de la contradicción normativa que la propia sentencia produce.

La jueza asume que el embrión tiene dignidad de persona y que el derecho a la vida constituye un derecho absoluto. Eso no es algo que pueda asumirse de acuerdo al derecho uruguayo, sino que refleja una comprensión sesgada de nuestros compromisos constitucionales (Bergallo, 2011, p.39; Castro, 2022, p.10). Esa es la posición de la Iglesia católica relativa a la CDN.²⁵

Señala O'Donnell (2001) que la inclusión en el Preámbulo de la CDN de una cita del preámbulo de la Declaración de la Asamblea General de 1959²⁶

... fue una solución de compromiso entre partidarios de posiciones opuestas relativas al alcance del derecho a la vida; un grupo, compuesto esencialmente por países católicos e islámicos, que apoyaba el reconocimiento del derecho a la vida a partir de la concepción y otro grupo, compuesto por países que reconocen la legalidad del aborto, entre ellos los socialistas, nórdicos y asiáticos [...] El valor jurídico de este párrafo preambular es limitado, pues, si bien las disposiciones del preámbulo pueden ser empleadas en la interpretación de un tratado, carecen de valor dispositivo. A la hora de interpretar el primer artículo de la Convención, la no aceptación por el Grupo de Trabajo de la propuesta que reconocía los derechos del niño desde la concepción es más determinante que cualquier disposición del preámbulo que pudiera sustentar una interpretación diferente (p.16-17).

En ese sentido, en el caso estudiado se argumenta y juzga desde la moral religiosa de la jueza y no de acuerdo al derecho uruguayo.

Mostrando el perfil activista de la decisión, sostiene la jueza en el Considerando 6 (§ 9), entre los argumentos que propone para justificar la ilegitimidad manifiesta del procedimiento de IVE iniciado:

... la suscrita interroga a la Sra. O., a efectos de verificar si se expusieron esas razones frente al médico y en su caso cuáles fueron, porque la ley²⁷ no puede entenderse e interpretarse como una operación matemática que con todo respeto parece que se pretende: vio al médico, vio al equipo, expresó razones —etapa que no fue asentada—, está dentro de las doce semanas = corresponde la interrupción del embarazo.²⁸

El párrafo propone una parodia del silogismo judicial como forma de parafrasear el argumento de la demandada acerca de la interpretación de la ley, que entiende que en el caso son relevantes, por un lado, que el embarazo transcurría en el plazo contemplado por la ley y, por otro, que la mujer había puesto en conocimiento del médico que a su criterio se encontraba en alguna de las situaciones de las mencionadas en el artículo 3 de la Ley de IVE.

Entre las principales estrategias del activismo conservador se encuentra atribuir a las fuentes normativas el sentido de sus creencias y posicionamientos religiosos, enlazándolos con el derecho de modo de legitimarlos. De tal modo, el derecho quedará presentado (como lo hace la sentencia en estudio) como imbricado en la moral religiosa que se vincula a la forma de comprender la maternidad, la reproducción, la familia y, en ese sentido, legitimar esa comprensión (Vaggione, 2018, p.327). El uso del derecho para controlar el cuerpo de las mujeres sigue siendo una estrategia conservadora, aun en países (como Uruguay) que han aprobado leyes que regulan la IVE, avanzando estrategias judiciales activistas que entorpezcan o impidan el acceso concreto de las mujeres a su práctica (Vaggione, 2018, p.330).

Nota de editor: el Editor responsable de la aprobación del artículo es Horacio Rau.

Nota de contribución autoral: Gianella Bardazano conceptualización.

Nota de disponibilidad de datos: el conjunto de datos no se encuentra disponible.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin (1971). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Avilés Palacios, Lucía y otros (2018). *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Tirant lo Blanch.
- Bardazano, Gianella (2018). Los derechos y la interpretación constitucional: la mutación en construcción. *Anuario del Área Socio Jurídica*, 10 (1), 1-15.
- Bergallo, Paola (comp.) (2011). *Aborto y justicia reproductiva*. Del Puerto.
- y otros (comps.) (2018). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo XXI Editores.
- Castro, Alicia (2017). ¿Está permitido a los jueces decidir los casos según su propia moral? Aplicación de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en un caso reciente. *Revista de Derecho Penal*, 25, 273-279.
- (2022). Estereotipos de género y práctica jurídica. *Revista de Facultad de Derecho* (Esp. Perspectiva de Género y Derecho), 1-21.
- Clérico, Laura (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Cook, Rebecca y Simone Cusack (1997). *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Profamilia Colombia.
- Couso, Javier (2010). The Transformation of the Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. Couso, Alexandra Hunneus, Rachel Seider (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge University Press, 141-160.
- Cover, R. M. (1982). The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *Yale Law Journal*, 91(7), 1287–1316.

- Cox, Archibald (1987). The role of the Supreme Court: judicial activism or self-restraint. *Maryland Law Review* 47(1), 118-138.
- Di Corleto, Julieta (2018). *Malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*. Didot.
- Easterbrook, Frank H. (2002). Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? *University of Colorado Law Review* 73 (4), 1401-1416.
- Ely, John (1973). The Wages of Crying Wolf: A comment on *Roe v. Wade*. *Yale Law Journal* (82), 920-949.
- Filippini, Leonardo (2011). Los abortos no punibles en la reforma constitucional. Bergallo, P. (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*. Del Puerto, 399-417.
- Fiss, Owen (1997). The Unruly Character of Politics. *McGeorge Law Review* (29), 1-16.
- García Amado, Juan Antonio (2019). *Ponderación judicial. Estudios críticos*. Zela.
- García, José Francisco y Sergio Verdugo (2013). *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Ediciones Libertad y Desarrollo.
- Gimeno Presa, Ma. Concepción (2020). *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* Aranzadi.
- Gómez, Rocío (2018). Los estereotipos de género en la toma de resoluciones judiciales. Avilés Palacios, Lucía y otros, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Tirant lo Blanch, 161-174.
- González Prado, Patricia (2018). *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*. Didot.
- Guastini, Riccardo. (2006). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Análisis filosófico*, 26(2), 277-293.
- Guastini, Riccardo (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, 11-48.

- Guastini, Riccardo (2018). *Filosofía del Derecho Positivo*. Palestra.
- Hodgkin, Rachel y Peter Newell (2004). *Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño*. UNICEF.
- Hopp, Cecilia Marcela (2023). *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión. Estudio crítico sobre la aplicación de la dogmática penal a las “malas madres”*. Didot.
- Kalman, Laura (1996). *The Strange Career of Legal Liberalism*. Yale University Press.
- Kaufman, Emma (2019). The New Legal Liberalism. *University of Chicago Law Review* (86), 187-215.
- Kennedy, Duncan (1997). *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press.
- Landau, David y Rosalind Dixon (2023). Dobbs, Democracy, and Dysfunction. *Wisconsin Law Review*, 2023 (5), 1569-1614.
- MacKinnon, Catherine (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Cátedra.
- Murray, Melissa y Katherine Shaw (2024). Dobbs and Democracy. *Harvard Law Review* 137 (3), 730-807.
- O'Donnell, Daniel (2001). La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido». González Oviedo, Mauricio y Elieth Vargas (comps.), *Derechos de la niñez y la Adolescencia. Antología*. Conamaj-Escuela Judicial-UNICEF, 15-30.
- Posner, Richard (1983). The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal* 59 (1), 1-24.
- Prieto Sanchís, Luis (2000). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. *Cuadernos de Derecho Público* (11), 9-30.
- Rodríguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (22), 349–369.

Rawls, John (1993). *Liberalismo Político*. FCE.

Siegel, Reva (2023). Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism-and Some Pathways for Resistance. *Texas Law Review*, 101, 1127-1204.

Vaggione, Juan (2018). (Re)acciones conservadoras, Bergallo, Paola y otros (comps.). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo XXI Editores, 327-333.

Waldron, Jeremy (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.

Waldron, Jeremy (2016). *Political political theory*. Harvard University Press.

Wróblewski, Jerzy (2001). *Sentido y hecho en el derecho*. Fontamara.

Notas

¹ «Artículo 3.º (Requisitos). Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.

El médico dispondrá para el mismo día o para el inmediato siguiente, la consulta con un equipo interdisciplinario que podrá ser el previsto en el artículo 9 del Decreto 293/010 Reglamentario de la Ley n.º 18.426, de 1º de diciembre de 2008, el que a estos efectos estará integrado al menos por tres profesionales, de los cuales uno deberá ser médico ginecólogo, otro deberá tener especialización en el área de la salud psíquica y el restante en el área social.

El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.

En particular, el equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducir a la interrupción del embarazo y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable.

A partir de la reunión con el equipo interdisciplinario, la mujer dispondrá de un período de reflexión mínimo de cinco días, transcurrido el cual, si la mujer ratificara su voluntad de interrumpir su embarazo ante el médico ginecólogo tratante, se coordinará de inmediato el procedimiento, que en atención a la evidencia científica disponible, se oriente a la disminución de riesgos y daños. La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley n.º 18.335, de 15 de agosto de 2008, e incorporada a su historia clínica.

Cualquiera fuera la decisión que la mujer adopte, el equipo interdisciplinario y el médico ginecólogo dejarán constancia de todo lo actuado en la historia clínica de la paciente.» (Disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18987-2012> [Consulta: 9/7/2021])

² Sent. n.º 6/2017. IUE 431-86/2017. B.D, M. c/ O.N, C.M, ASSE. Acción de Amparo y recurso de inconstitucionalidad. Mercedes, 21 de febrero de 2017.

³ El sistema jurídico uruguayo es uno de control concentrado de constitucionalidad en la SCJ y no de control difuso. Asimismo, la ley que regula la acción de amparo (Ley n.º 16.011) establece expresamente en el literal C del segundo inciso del artículo 1 que la acción no procede contra las leyes. No incluiré en el análisis del presente texto si la acción promovida por el progenitor puede entenderse como un amparo contra la ley (situación que implicaría que la jueza haya cometido un error inexcusable, causando daño a la demanda al no rechazar in limine la acción), ni me referiré a en qué medida se actúa fuera de la competencia del juez constitucional. Lo primero, en el entendido de que habiendo tenido lugar una denuncia ante la SCJ por la actuación de la jueza, la Corte consideró que había actuado dentro del marco de su independencia técnica, excluyendo la posibilidad de ejercer su poder disciplinario (SCJ, Res. n.º 124 de 30.10.2017 y Res. n.º 16 de 19.03.2018, la segunda dictada en oportunidad de resolver el recurso de revocación interpuesto por la demandada en el proceso de amparo, cuya denuncia ante la Corte por la actuación de la jueza ocasionó el dictado de la Resolución n.º 124). Lo segundo, en el entendido de que si el amparo está previsto para casos de lesión de derechos constitucionales y la argumentación judicial coloca en esa jerarquía la vida del concebido, desde cuya comprensión hace el juicio de pon-

deración, necesariamente la decisión del amparo se torna un juicio acerca de la constitucionalidad de la solución legislativa (infra 5).

⁴ Los efectos de la sentencia dictada en procesos de declaración de inconstitucionalidad son válidas para el caso concreto y, por tanto, no afectan la validez de la norma considerada inconstitucional, sino que la vuelven inaplicable en los procedimientos sobre los que se haya pronunciado (artículos 258 y 259 de la Constitución nacional).

⁵ Uno de los ejemplos canónicos del tipo de decisiones alcanzadas por el concepto es la Corte Warren. Decisiones como *Brown v. Board of Education* (1954), *Baker v. Carr* (1962), *New York Times v. Sullivan* (1964), *Griswold v. Connecticut* (1965), *Miranda v. Arizona* (1966), entre otras, suelen ser evocadas para ilustrar el papel de los tribunales en la expansión de los derechos y libertades. Decisiones de períodos posteriores a la presidencia de Warren en la Corte Suprema de Estados Unidos, como *Roe v. Wade* (1973), también integran el canon de decisiones que siguen el modelo del activismo judicial (Fiss, 1997). Como a ese activismo se contraponía al modelo de autorrestricción judicial, y eran los conservadores quienes se oponían a esas decisiones de la Corte Warren, que tuvo una agenda evidentemente liberal, a medida que la integración de la corte fue ganando en presencia de jueces conservadores, fueron los liberales los que criticaban el activismo judicial (Easterbrook, 2002).

⁶ De acuerdo con Alchourrón y Bulygin (1971), existe una laguna normativa cuando a un caso genérico establecido por el derecho no se le ha correlacionado una solución normativa. En cambio, se produciría una laguna axiológica cuando, a pesar de la existencia en el derecho de una solución para cierto caso genérico, es considerada inadecuada porque, a juicio del intérprete, al configurar el caso genérico el legislador no ha considerado relevante cierta distinción que el intérprete considera que debería haber tomado en cuenta (p. 100-101).

⁷ Véase nota al pie 1 de este texto.

⁸ El Considerando 3 de la sentencia lleva por título «Derecho aplicable al caso» y en su desarrollo transcribe el texto de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución uruguaya, que son las disposiciones que tradicionalmente doctrina y jurisprudencia emplean como fundamento textual de la existencia de derechos implícitos (Bardazano, 2018, p.7). A esas disposiciones constitucionales agrega la Ley N° 15.737, que aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de la que transcribe los artículos 1, 4, 5, 19 y 25; la Ley N° 16.137, que aprueba la Convención sobre Dere-

chos del Niño (CDN), de la cual cita un fragmento del Preámbulo y los artículos 1, 3 y 6, y disposiciones previstas en la Ley n.º 18.987.

⁹ La cuestión de la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no está expresamente resuelta en el derecho positivo uruguayo. La doctrina y la jurisprudencia han oscilado entre: a) considerar que la expresión del artículo 72 de la Constitución (cláusula de derechos implícitos) «derechos inherentes a la personalidad humana» permite afirmar la jerarquía constitucional de ciertos derechos que no están establecidos en forma expresa en la Constitución sin recurrir a la elaboración de la justificación externa de ese argumento interpretativo que apele a la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones de derechos humanos (en el sentido de que esa sería la definición por extensión de la expresión del artículo 72); y b) considerar la doctrina del bloque de constitucionalidad (Bardazano, 2018).

¹⁰ «Art. 19 (Derechos del niño). Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. La sentencia estudiada se inclina por la primera de las opciones.»

¹¹ «Art. 6. 1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño.»

¹² El Preámbulo de la CDN hace una referencia a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959: «Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”».

¹³ «Art. 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.»

¹⁴ En ese sentido, la CIDH ha sostenido acerca del sentido del artículo 4: «Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención. En primer término la frase “En general”. En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados parte en una futura Convención incluyeran

en su legislación nacional “los casos más diversos de aborto”». (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 159). Segundo, la última expresión enfoca las privaciones arbitrarias de la vida. Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del artículo 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto “arbitrario”? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4» (CIDH, Caso 2141, Baby Boy, 25/OEA. Res. 23/81 de 06.03.1981. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>). La cursiva nos pertenece.

¹⁵ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, Sentencia de 28.11.2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

¹⁶ Las lagunas axiológicas son doblemente dependientes de la interpretación. Quien invoca la existencia de una laguna parte de una interpretación, en principio restrictiva del texto legal, que correlaciona unas intenciones (o ratio legis) con el producto textual. Es decir, una interpretación restrictiva constituye una interpretación alternativa a la interpretación literal reduciendo el alcance de la norma. El intérprete rechaza la interpretación literal porque, por un lado, asume que existe una discrepancia entre lo que el parlamento ha dicho y lo que quería decir; por otro lado, porque el intérprete adopta una directiva interpretativa que considera que la intención del legislador debe prevalecer sobre el texto de la ley. En el derecho uruguayo, la directiva interpretativa es la opuesta. En efecto, la propia legislación dispone que los jueces no deben fundar sus argumentos interpretativos en la intención del legislador si es el caso que la ley puede ser interpretada por su tenor literal (arts. 17 y siguientes del Código Civil). Luego, calificar esa laguna como axiológica, y no normativa, requiere una interpretación distinta del mismo texto. Lo anterior implica, sostiene Guastini (2006), que la distinción entre lagunas normativas y axiológicas no obedece a la consideración de una propiedad objetiva del derecho, sino que depende de la perspectiva interpretativa (p.286-287).

¹⁷ “El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población...” (Ley 18.987, art. 1).

¹⁸ En el mismo sentido, para establecer la legitimación de la parte actora, del Considerando 4 surge que la mujer «confiesa que el Sr. B es el padre de dicho niño@ [sic]», de modo que se empleó el interrogatorio estereotipado y la confesión para determinar una legitimación que iba a resultar perjudicial para la mujer.

¹⁹ Cómo trate la cuestión del aborto el derecho de una sociedad en la que los ciudadanos suscriben doctrinas comprensivas (religiosas, filosóficas y morales) razonables pero incompatibles entre sí, sostiene Rawls (1993), debe ser producto del balance o equilibrio razonable de los valores políticos involucrados. Considera que cualquier equilibrio razonable del respeto a la vida humana y la autonomía de las mujeres, daría a las mujeres el derecho a decidir sobre la interrupción de su embarazo durante el primer semestre de gestación, en la medida que el valor político de la igualdad de la mujer respecto del hombre es el que prevalece en ese período (p.231). En ese sentido, que la legislación regule el ejercicio de ese derecho es necesario para fortalecer la igualdad ante la ley. A la vez, se sigue que el peso de la autonomía como valor político disminuye luego de ese período y, por tanto, aumenta el peso del valor político del respeto a la vida. El balance entre la vida y la autonomía que presenta Rawls sigue la doctrina de *Roe v. Wade*, a partir del diferente peso de cada uno en los distintos trimestres del embarazo (Ely, 1973).

²⁰ A propósito de los períodos de reflexión se ha denunciado su inconsistencia, en tanto la reflexión es un proceso interno que no puede ser impuesto: «su cercanía con la penitencia religiosa, su carácter dilatorio, violento y la reproducción de los estereotipos de género en relación con las mujeres que asume» (González Prado, 2018, p.308).

²¹ Cuando los supuestos de hecho abstractos descritos por dos normas conceptualmente se superponen de forma tal que, al querer aplicar una de esas normas surgirá la contradicción o el conflicto con la otra, estamos ante una antinomia interna o en abstracto y, por tanto, o una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción constante a la primera. Es posible, por tanto, constatar la antinomia en el marco de la interpretación textual, y adelantar su solución sin necesidad de representarse un supuesto de hecho concreto (Prieto Sanchís, 2000: p. 10; Guastini, 2018: p.132). A diferencia de las anteriores, una antinomia externa, contingente o en concreto tiene lugar cuando un supuesto de hecho concreto está alcanzado simultáneamente por dos supuestos de hecho abstractos, conceptualmente independientes, a los cuales el ordenamiento jurídico asigna consecuencias normativas incompatibles (Guastini, 2018: p. 132).

²² Una cita reiterada en la jurisprudencia de la Corte corresponde a *The Constitutional Law of the United States*, de W. Willoughby (1910): “un acto de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser declarado inconstitucional si, mediante una interpretación razonable de la Constitución o de la misma Ley, ambos pueden ser armonizados”. Entre 1994 y 2018 la Base de Jurisprudencia Nacional contiene más de setenta sentencias

que incluyen la misma cita. La sentencia No. 744/1994, citada a partir de 1996 para señalar la existencia de jurisprudencia constante de la Corte, a su vez, establecía la referencia a la existencia de ese criterio citando la Sentencia No. 12/1960. Otra referencia de doctrina comparada citada por la Corte corresponde a La Razonabilidad de las Leyes de Juan F. Linares (1970), que reconstruye el examen de razonabilidad en Argentina en base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1930 a 1970 (Clérico, 2018: p.150). En cuanto a la doctrina nacional, la jurisprudencia de la Corte cita la expresión de Jiménez de Aréchaga en su análisis del artículo 7 de la Constitución que refiere a “la posibilidad de que la Suprema Corte (...) revise la razonabilidad [del] juicio formulado por el legislador acerca de las conveniencias del interés general (La Constitución Nacional, edición de la Cámara de Senadores, 1992, T. I, pág. 226)” (entre otras: Sent. No. 519/2000, 319/2004, 112/2007, 564/2012, 527/2014, 79/2016, 264/2022, 136/2023, 377/2023, 161/2025, todas ellas refiriendo como antecedente de la cita a la Sent. No. 42/1993). Las citas a la doctrina constitucional de Risso refieren al vínculo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad con la noción de “razones de interés general como criterio válido para limitar derechos fundamentales” (entre otras: Sent. No. 122/2007, 43/2008, 696/2014, 104/2015, 79/2016, 356/2017, 271/2018, 1432/2019, 8/2020, 415/2021, 264/2022, 136/2023, 776/2025).

²³ «Artículo 1 (Deberes del Estado). El Estado garantizará condiciones para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población. A tal efecto, promoverá políticas nacionales de salud sexual y reproductiva, diseñará programas y organizará los servicios para desarrollarlos, de conformidad con los principios y normas que se establecen en los artículos siguientes.»

²⁴ La Ley 18.246 (Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva).

²⁵ La Declaración de la Santa Sede relativa a la CDN «considera la presente Convención un instrumento digno y laudable, encaminado a proteger los derechos e intereses de los niños, que son “ese precioso tesoro confiado a cada generación como reto a su inteligencia y humanidad” (Papa Juan Pablo II, 26 de abril de 1984). La Santa Sede reconoce que la Convención representa una promulgación de principios anteriormente adoptados por las Naciones Unidas y, una vez que tenga efectividad como instrumento ratificado, salvaguardará los derechos del niño tanto antes como después del nacimiento, como se afirmó expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño [resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1959] y se reafirmó en el párrafo noveno del preámbulo de la Convención. La Santa Sede

confía en que el párrafo noveno del preámbulo ofrecerá la perspectiva desde la que se interpretará el resto de la Convención, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Adhiriéndose a la Convención sobre los Derechos del Niño, la Santa Sede se propone dar renovada expresión de su constante preocupación por el bienestar de los niños y las familias. A la luz de su naturaleza y posición singulares, la Santa Sede, al adherirse a esta Convención, no se propone prescindir en modo alguno de su misión específica que es de carácter moral y religioso» (CRC/C/2/Rev. 7, <https://digitallibrary.un.org/record/256952>).

²⁶ Ver supra nota 25.

²⁷ Asumo que se refiere a la aplicación de la ley y que los defectos de sintaxis no impiden la comprensión de lo que quiere expresar la jueza.

²⁸ El subrayado y el signo de la igualdad fueron tomados textualmente.