

1

PUBLICUM

¿Pasa el test de convencionalidad el Art. 85.2 del código penal argentino que sanciona la interrupción del embarazo aún si la mujer lo decide voluntariamente en los tres primeros meses de gestación? (Una sentencia brasileña con visión de género)

Aída Kemelmajer de Carlucci

Doctora en Derecho por la Universidad de Mendoza (Argentina). Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba. Miembro de la Real Academia de Derecho y legislación de Madrid (España). Profesora titular de Derecho Civil (Facultad de Derecho) y Derecho Privado (Facultad de Ciencias Económicas) de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesora contratada Universidades San Marcos e San Martín de Porres (Perú). Integrante del Comité de Ética en la Ciencia y la Tecnología dependiente del Ministerio de Educación de la Nación. Integra el Comité Nacional de Ética en Ciencia y Tecnología que depende del Ministerio de Educación de la Nación. Profesora del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Miembro del Observatório de Bioética y Derecho (OBD) de la Universidad de Barcelona.

Resumo

El comentario tiene por objetivo analizar los argumentos de la sentencia del 29/11/2016, de la sala I del Tribunal Supremo de Brasil, que decidió que penalizar la interrupción del embarazo, consentida por la mujer, practicada en los tres primeros meses de gestación, viola derechos fundamentales establecidos en la Constitución del Brasil y en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Cada uno de los argumentos se compara con los expuestos en la Argentina en casos similares con el fin de avanzar en la construcción de un "Derecho Constitucional común para América Latina"

El análisis comparativo de la sentencia se estructura sobre los siguientes pilares: los antecedentes fácticos del caso; los requisitos constitucionales para que una conducta contraria a derecho merezca la respuesta penal del Estado; los derechos fundamentales de la mujer violados con la penalización en los tres primeros meses de gestación

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 3, n.1, 2017, p. 1-59

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2017.29961

(autonomía, salud, derechos reproductivos, igualdad de género, igualdad en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales)

El trabajo concluye con una exhortación para que los tribunales constitucionales de América Latina sigan el camino abierto por la sentencia brasileña mientras el legislador no se decida a despenalizar el aborto y a proveer asistencia médica a la mujer, tal como ha acontecido en la República del Uruguay

Palabras-chave

Aborto; Derecho Constitucional; Derechos Humanos; Mujer; Igualdad Real; Derecho Penal.

Does it pass the test of conventionality article 85.2 of the Argentine penal code sanctioning the interruption of pregnancy even if the woman chooses it voluntarily in the first three months of pregnancy? (a Brazilian decision with vision of gender)

Abstract

The aim of this comment is to analyze the arguments of the judgment dated 29/11/2016, of the Chamber I of the Supreme Court of Brazil, that decided that penalize the interruption of pregnancy, consented by women, in the first three months of gestation, violates fundamental rights established in the Constitution of Brazil and the International Human Rights Conventions.

Each argument is compared with arguments exposed in Argentina in similar cases, to make progress in the construction of a "Common Constitutional Law for Latin America"

The comparative analysis of the decision is structured on the following pillars: the factual background of the case; the constitutional requirements to deserve the State's criminal response; the fundamental rights of women violated with the penalty in the first three months of gestation (autonomy, health, reproductive rights, gender equality, equality in the exercise of economic, social and cultural rights).

The article concludes with an exhortation to the Constitutional Courts of Latin America to follow the path opened by the Brazilian decision while the legislator omit to decide to decriminalize abortion and to provide medical care to women, as it has happened in the Republic of Uruguay

Keywords

Abortion; Constitutional Law; Human Rights; Woman; Real Equality; Criminal Law.

Sumário

1. Objetivo de estas reflexiones; 2. Breves antecedentes de la sentencia brasileña comentada; 3. Puntos de partida del voto mayoritario; 4. Razones por las cuales la sentencia brasileña estima que la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, en los primeros meses de gestación, es contraria a los derechos fundamentales de la mujer; 5. Paralelismo entre la sentencia brasileña y la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F.A.L, el 13/3/2012; 6. ¿Hay signos de avances hacia la despenalización en la jurisprudencia nacional?; 7. Palabras de cierre; Bibliografía

Las opiniones que la gente tiene acerca del aborto no aparecen sólo en dos versiones, una conservadora y otra liberal. En ambos lados existen diversos grados de opinión que van desde una posición extrema hasta otra moderada.¹

1. Objetivo de estas reflexiones

El aborto voluntario ha generado, en casi todos los países, un debate “apasionado, implacable e inagotable”; “enraizado en creencias, parece oponer visiones del mundo irreconciliables entre sí”, por lo que la discusión “reporta el despliegue de la artillería más pesada que tenemos al alcance de la mano”².

El tema es ríspido aún si se lo encierra en el ámbito jurídico. Su tratamiento desde la perspectiva constitucional y de los derechos humanos no es nuevo³, pero, claro está, cada autor lee la Constitución con su propio techo ideológico; de allí que no faltan quienes, con pretendido apoyo constitucional, sostienen la inconstitucionalidad de las eximentes de punibilidad, aun la que contempla el riesgo para la vida y la salud de la mujer⁴.

Recientemente, algunos tratados de Derechos Humanos relativos a la mujer han proporcionado fundamentos más precisos. Más aún, se comienza a hablar de “*justicia reproductiva*”⁵. Se afirma que cuando el juez afronta este tipo de temas “debe tener en cuenta la visión de género”, porque así se lo imponen los tratados que integran el bloque de constitucionalidad⁶.

¹ DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 45.

² VANELLA, Carolina, *Aborto no punible: pedagogía de la autonomía personal*, Rev. Derecho Penal y Criminología, año II, n° 3, abril 2012, pág. 72 y ss AR/DOC/1209/2012.

³ Entre otras obras, ver, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Ediar, Bs As., 2000; el autor ha seguido desarrollando el tema en artículos posteriores, entre otros, *Estado constitucional de derecho y aborto voluntario*, en GARAY, Oscar (coordinador) *Bioética en medicina*, ed. Ad. Hoc. Bs. As., 2008, pág. 99; FAERMAN, Romina, *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, ed. A. Perrot, 2008, t. II, pág.658. En España, MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.

⁴ Ver, por ej., STRUBBIA, Mario, *Aspectos constitucionales del aborto*, Nova Tesis, Bs As, 2006; IZQUIERDO, Florentino, *Aborto y constitución nacional. Necesidad de modificar el código penal argentino*, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, pág.157).

⁵ FLETCHER, Ruth, *La justicia reproductiva y la Constitución irlandesa (art. 40.3.3.)*, JA 2011-II-1255; BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 13.

⁶ Diversos Superiores Tribunales –nacionales y provinciales– han creado “oficinas de la mujer”, u organismos similares. Precisamente, el 6 de diciembre de 2016, participé en un coloquio para jueces, organizado por la Corte Suprema de Chile, bajo el título “Juzgar con perspectiva de género”. La bibliografía que analiza la interrupción del embarazo desde la perspectiva de género también es muy extensa; ver, entre otros, MANCINI, Susanna, *Un affare di donne. L’aborto tra libertà eguale e*

Ese mandato lo cumple con creces el voto de Luis Roberto Barroso, fechado el 29/11/2016, al que adhirieron, alcanzando mayoría, otros dos magistrados de la sala I del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Rosa Weber y Edson Fachin), al decidir que penalizar la interrupción del embarazo, consentida por la mujer, practicada en los tres primeros meses de gestación, viola derechos fundamentales establecidos en la Constitución del Brasil y en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Estas líneas no tienen por misión –imposible– agotar el debate jurídico; ni siquiera, reseñar la situación en la jurisprudencia argentina⁷. Me propongo, tan solo, dar información sobre esa sentencia brasileña y analizar sus argumentos en paralelo con los que se han esgrimido en la República Argentina, para verificar si el camino recorrido en Brasil puede servir para dar respuesta jurídica a uno de los problemas graves que el legislador de mi país no se anima a afrontar con valentía. El método no implica entrar en la polémica sobre los “préstamos del derecho extranjero”⁸, sino reflexionar sobre un tema que, muy probablemente, integre el llamado “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*” (ICCAL)⁹ y, de este modo, avanzar en su tratamiento.

Obviamente, estas reflexiones tampoco alcanzan a temas conexos, como el aborto contra la voluntad de la mujer y la consiguiente responsabilidad de quien lo causó; la venta de medicamentos que algunos califican de abortivos (lo sean o no); las intervenciones

controllo sociale, Cedam, Padova, 2012; BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010; ZURBRIGGER, R y ANZORENA C. (compiladoras), *El aborto como derecho de las mujeres. Otra historia es posible*, ed. Herramienta, 2013; CARBAJAL, Mariana, *El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente*, Paidós, Bs As, 2009.

⁷ Paola Bergallo sostiene que la lectura de sentencias recientes muestra una dinámica ambivalente, por lo que el Poder Judicial resulta un actor “poco promisorio para erradicar las injusticias que experimentan muchas personas en el ejercicio de sus derechos en el plazo de la sexualidad y reproducción” (BERGALLO, Paola, *A propósito de un caso formoseño. Las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto*, en Rev. Derecho de Familia, n° 54, mayo 2012, pág. 310). No niego el aserto; pero en lo que a mí me afecta, como ex jueza de un tribunal provincial, señalo que la sala I de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza, que integré, el 22/8/2006, negó legitimación a una asociación para recurrir una decisión judicial que había autorizado la interrupción del embarazo de una persona con capacidad restringida y, consecuentemente, dejó sin efecto la suspensión de la medida dispuesta cautelarmente por la Cámara de Apelaciones (Ver comentario de ARAZI, Roland, *Una sentencia ejemplar*, JA 2006-IV-221).

⁸ Me refiero al polémico artículo de ROSENKRANTZ, Carlos, *En contra de los préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero*, en Rev. Jurídica de la Universidad de Palermo, año 6 n° 1, 2005 y a la réplica de BÖHMER, Martín, *Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional*, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, ed. A. Perrot, Bs. As, 2008, t. II, pág. 1085.

⁹ Utilizo la expresión, abreviada con la sigla ICCAL, en el mismo sentido que lo hace el juez del tribunal constitucional peruano, Eloy Espinoza en su artículo “*Ser juez(a) constitucional en América Latina en un contexto de crisis y el aporte del ius commune constitutionale para incidir a nivel jurisdiccional - sobre todo- en la "sala de máquinas"*”, en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/585d95d80a7f4-eloy-espinoza-saldae-ser-juez-constitucional-en-america.pdf>.

médicas que previenen el embarazo, como la ligadura de trompas; la situación de los embriones in vitro; los tratamientos médicos en mujeres embarazadas en contra de su voluntad¹⁰, y tantos otros.

Aun así delimitado, sé que el tema —y ni qué hablar, la posición que asumo— encuentra resistencia en importante cantidad de jueces, pero creo que lo peor que le puede pasar a quien debe resolver asuntos de esta índole es ignorar lo que ocurre en la sociedad y, peor aún, negarse a procesar la información que está a su disposición; estoy convencida que esa actitud, no sólo perjudica al litigante, sino que profundiza el desprestigio del sistema de Justicia.

2. Breves antecedentes de la sentencia brasileña comentada

El caso llegó al Superior tribunal de Justicia del Brasil en un proceso de *habeas corpus*. En marzo de 2013, el Ministerio público del Estado federal de Río de Janeiro denunció a varias personas (pacientes, enfermeros y médicos) que trabajaban en una clínica donde, presuntamente, se practicaban abortos clandestinos. La Cámara del Crimen dispuso la prisión preventiva de los procesados, decisión que éstos recurrieron al Superior Tribunal de Justicia. Sostuvieron que los requisitos necesarios para decretar la prisión preventiva no estaban cumplidos porque: (i) eran primarios, con buenos antecedentes, trabajo y residencia fija; (ii) la prisión preventiva era desproporcionada, dado que una eventual condena podría cumplirse en régimen abierto; y (iii) cuando fueron sorprendidos en flagrancia no intentaron fugarse.

El juez preopinante, Ministro Marco Aurélio, con la adhesión de uno de sus colegas, sostuvo que el *habeas corpus* debía acogerse porque la decisión que ordenó la prisión preventiva no reunía el requisito legal de motivación suficiente. La solución no satisfizo plenamente al juez Luís Roberto Barroso quien, con la adhesión de los dos magistrados antes nombrados, fue más lejos y sostuvo que la prisión preventiva era ilegítima porque la norma que prevé el delito imputado es inconstitucional.

¹⁰Para este último tema ver SEYMOUR, John, *Childbirth and the Law*, Oxford University Press, 2000; LAMM, Eleonora, *Cesárea compulsiva. Otro claro ejemplo de que las posiciones absolutistas sólo conducen a soluciones injustas*, Rev. derecho de Familia 2011-IV-127 (en ese caso, la paciente tenía once hijos, 40 años de edad, cursaba un embarazo de 35 semanas, presentaba un cuadro de desnutrición, vivía en situación de extrema vulnerabilidad social y económica, y no obstante el consejo médico, con grave riesgo para su salud y la del bebé próximo a nacer, se negaba rotundamente a una operación cesárea).

3. Puntos de partida del voto mayoritario

El juez Barroso admite que la protección de la vida del feto tiene alta significación. Afirma que el aborto es una práctica que debe ser evitada por las complejidades físicas, psíquicas, y morales que involucra; que la mujer se encuentra ante una decisión trágica, y que no practica un aborto “por placer o diletantismo”. Por lo tanto, aclara que no está haciendo una defensa de ese procedimiento médico que, por el contrario, pretende que sea infrecuente y seguro.

Iguals razones se esgrimen en la Argentina y en los países a los que estamos unidos por una tradición común. Nadie sostiene que abortar sea “bueno” ni que las mujeres aborten con felicidad. “Quien creyera esto, propondría maximizar el número de abortos y nadie sostiene tal cosa. El aborto es malo y en esto todos coinciden. La discrepancia radica en que algunos creemos que en ciertos casos hay alternativas peores, por lo que, en tales casos, el aborto debe permitirse”, porque el derecho “no legisla ni para santos ni para héroes”¹¹. En el mismo sentido, se afirma: “La palabra *zugzwang* se usa en ajedrez para denominar la situación en la que uno de los jugadores tiene la obligación de realizar una jugada y cualquier movimiento provocará un empeoramiento de su situación, pero permanecer inmóvil no es una opción. Puede establecerse una analogía entre el ajedrecista acorralado y las opciones que afronta una mujer que queda embarazada tras ser violada”¹². En suma, como señala María Casado, el “aborto es el desenlace no deseado de un problema previo: el embarazo no deseado”¹³; por lo demás, “el reconocimiento del *derecho* al aborto no implica nunca la *obligación* de abortar”¹⁴.

Por eso, es absolutamente injusto calificar como “propagandistas del aborto”¹⁵ a quienes bregamos por su despenalización.

Pues bien, el juez Barroso sostiene que la criminalización constitucional de una determinada conducta exige que:

- (a) esté en juego la protección de un bien relevante;
- (b) el comportamiento incriminado no configure el ejercicio legítimo de un derecho fundamental;

¹¹ FARRELL, Martín, *La decisión sobre el aborto desde una perspectiva moral*, JA 2012-II-341.

¹² MORGENSTERN, Federico, *Zugzwang: La Corte Suprema y el aborto no punible*, JA 2012-II-356.

¹³ CASADO María, *¿Es la maternidad lo que hace auténticamente mujeres a las mujeres? (Can women be defined by the freedom of motherhood choice?)*, Gaceta Sanitaria 2012; 26(3):201–202; conf. CARPIZO, Jorge, *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y Eutanasia*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 49.

¹⁴ CASADO, María, *A propósito del aborto*, Revista de Bioética y Derecho. N° 12, enero 2008. pág. 17.

¹⁵ Se utiliza esta cínica expresión en el prólogo de Carlos Ignacio Massini Correas, al libro de STRUBBIA, Mario, *Aspectos constitucionales del aborto*, Nova Tesis, Bs As, 2006.

(c) haya proporcionalidad entre la conducta atribuida al imputado y la reacción estatal.

Este punto de partida es plenamente aplicable al derecho argentino. Explicaré por qué:

(a) La protección de un bien relevante.

La doctrina más prestigiosa afirma que el derecho penal es la última *ratio*¹⁶, es decir, “la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por efectos lesivos; sólo ellos pueden justificar el coste de pena y prohibiciones; no se puede ni debe pedir más al derecho penal”¹⁷. El prestigioso penalista mexicano Sergio García Ramírez, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coincide con este aserto¹⁸. Por lo tanto, cuando una conducta se incrimina penalmente, es porque está en juego un bien relevante. La protección del feto es un bien relevante. Este punto está fuera de discusión.

(b) El ejercicio de derechos fundamentales y su penalización.

Con gran fuerza argumentativa, la sentencia brasileña dice:

La historia de la humanidad es la historia de la afirmación de la persona frente al poder político, económico y religioso. Los derechos fundamentales son el producto de este embate milenario, y se incluyen en la Constitución como derechos humanos. Esos derechos fundamentales son oponibles a las mayorías políticas ocasionales; por eso, funcionan como un límite al legislador e incluso al poder constituyente reformador. En consecuencia, la regla es que el Estado no puede limitar la libertad de las personas de un modo arbitrario o caprichoso, y mucho menos imponer una sanción penal, sin alguna razón, para promover algún objetivo que deba legítimamente perseguir.

Estos conceptos se trasladan sin dificultad al derecho argentino. Las leyes responden a las mayorías ocasionales; de allí que, según se pase por períodos más o menos autoritarios, se adoptan normas que penalizan lo que en otras épocas eran conductas lícitas. La tipificación del adulterio como delito es un ejemplo claro.

¹⁶ Ciertamente, a nivel social, la teoría no es fácil de explicar; toda persona que ha sufrido un daño pretende encontrar solución a través del derecho penal; el resultado es no solo una creciente intromisión del aparato represivo estatal en la vida cotidiana de la sociedad. (LARROUDÉ, Ariel, *Las reglas del orden*, DPyC, 03/11/2016, pág. 106, Cita Online: AR/DOC/3205/2016), sino múltiples frustraciones, desde que no existe sistema en el mundo que pueda dar respuesta penal eficiente a cualquier daño.

¹⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Ediar, Bs As., 2000, pág. 39.

¹⁸ Caso *Albán Cornejo y otros vs/ Ecuador*, del 22/11/2007. El voto señala que no se viola la Convención interamericana por el hecho de que la mala praxis médica no sea sancionada penalmente con un tipo especial.

Por eso, los derechos que tienen base en el bloque de constitucionalidad sirven, cual las cadenas de Ulises¹⁹, para no ceder a los clamores de las mayorías ocasionales en los tiempos de locura.

(c) Proporcionalidad entre la conducta y la reacción del Estado.

La sentencia bajo comentario afirma: “La proporcionalidad, hermanada con la idea de ponderación, no es capaz, por sí sola, de dar solución material a los problemas. Pero una y otra ayudan a estructurar la argumentación de una manera racional, permitiendo la comprensión del itinerario lógico recorrido y, consecuentemente, el control intersubjetivo de las decisiones”.

Este punto de partida tampoco es ajeno al sistema jurídico argentino. Si el derecho penal es la *última ratio*, no hay dudas que, como mínimo, una sanción de tipo penal debe estar fuertemente motivada y ser proporcional a la conducta cometida.

4. Razones por las cuales la sentencia brasileña estima que la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, en los primeros meses de gestación, es contraria a los derechos fundamentales de la mujer

El parágrafo 20 del voto dice: “Pasando de la teoría a la práctica, se observa que, en el mundo democrático y desarrollado, domina la idea de que la criminalización de la interrupción voluntaria de la gestación ataca gravemente diversos derechos fundamentales de las mujeres, con consecuencias sobre la dignidad humana”. De allí en más, avanza sobre los derechos y garantías que estima vulnerados y se introduce, claramente, en la cuestión de género.

a) Derecho a la autonomía personal de la mujer.

¹⁹ “Ulises, temiendo el canto de las sirenas que seducía a los marinos llevándolos a la muerte, ordenó que lo ataran al mástil de su barco para protegerse de la tentación. Sus marinos taponaron sus oídos con cera para ser inmunes al canto de las sirenas mientras Ulises atado al mástil escuchó el canto que no podía tener consecuencias para él. A pesar de los pedidos descarnados que Ulises hacía pidiendo su liberación, sus marinos, siguiendo sus instrucciones anteriores, lo dejaron atado e incapaz de reaccionar al canto de las sirenas. Su vida y la de sus marinos fueron salvadas porque él reconoció su debilidad y se protegió de la misma. La Constitución es el intento de la sociedad de atar sus propias manos, de limitar su habilidad para ser víctima de la debilidad que puede limitar sus valores más deseados. La experiencia histórica señala que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse de sí misma” (SOLA, Juan Vicente, *Derecho constitucional*, ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2006, pág. 47).

Martín Lutero decía en el siglo XVII: “Aun cuando ellas se cansen y se gasten con los embarazos y dando a luz, no importa; déjenlas que continúen dando a luz hasta que mueran, que para eso están”²⁰. Hay que reconocer que en el siglo XXI, nadie lo dice con esa crudeza, pero algunos siguen pensando en el cuerpo de la mujer como un mero instrumento de reproducción humana²¹.

El juez Barroso ataca de plano esa instrumentalización. Toda persona, dice, debe ser tratada como un fin en sí mismo, y no como un medio para satisfacer intereses de otros, o intereses colectivos. Dignidad significa, desde el punto de vista subjetivo, que todo individuo tiene valor intrínseco y autonomía. El cuerpo de la persona es un aspecto central de la autonomía y, consecuentemente, de su dignidad. Siendo así, penalizar el aborto en una etapa en la que el feto es incipiente y depende absolutamente del cuerpo de la mujer es tratar a la mujer como si ella sólo fuese un útero al servicio de la sociedad, y no una persona autónoma en el goce pleno de su capacidad de ser, pensar, vivir su propia vida.

El juez Barroso no está solo.

En el mismo sentido, la sentencia C-355 de 2006 de la Corte colombiana dice: “La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y, por lo tanto, debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”.

En la Argentina, en el caso “F.A.L.” (ver infra 5), con cita de Nino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo dice con todas las letras: “La pretensión de exigir a toda otra víctima de un delito sexual llevar a término un embarazo que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos*

²⁰ Recordado por YAMIN, Alicia Ely y MAINE, Deborah, *La mortalidad materna como una cuestión de derechos humanos: evaluando el cumplimiento de las obligaciones de tratados internacionales*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 135.

²¹ Ver FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013. En esta obra se publican 17 artículos, de autores que sostienen diversas posiciones

Humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.)”.

En España, el voto del recordado magistrado Francisco Tomás y Valiente en la sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional afirma: “Frente a tan abstractas consideraciones de la vida como valor, llama la atención que la sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, se deriva quizás la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada”²².

No desconozco los grandes debates sobre las nociones de autonomía y dignidad²³. No obstante, independientemente de esta cuestión, tengo para mí que ambos conceptos están íntimamente ligados al problema del embarazo, como lo muestra palmariamente el recordado caso del violista secuestrado a quien se le requiere permanezca unido a otra persona, por medio de un instrumental médico, durante nueve meses, para salvarle la vida. A la mujer, al igual que al violinista, no puede exigírsele que tenga solidaridad con el feto²⁴.

Los derechos individuales deben ser protegidos, aún en contra de “metas colectivas” que el Estado puede formular, si el instrumento buscado implica que la persona se convierte en un simple instrumento de otra²⁵. Como dice Dworkin, es necesario que el Estado garantice una serie de libertades contra imposiciones de “preferencias externas” de la sociedad²⁶. No se toma “en serio” a las mujeres, si constituyen un mero instrumento que carga en su cuerpo un embarazo con el solo fin de proteger en forma absoluta otra “vida”. “Prohibir a una mujer interrumpir un embarazo no deseado implica colocarla en la posición

²² Citado por TOMAS VALIENTE, Carmen, *La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto*, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, *La suprema Corte de EEUU y el aborto*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pág. 94. En una sentencia anterior, la 75/1984, el magistrado se había negado a considerar que el feto era “vida española” que estableciese la competencia de un hecho acaecido en Gran Bretaña. “No hay fetos dotados de nacionalidad española, ni embriones ingleses o uruguayos. No puede hablarse de vida española, salvo que sustituyamos el lenguaje jurídico por el metafórico” (Recordado por MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 287).

²³ Para la cuestión de la dignidad, ver, de mi autoría, conjuntamente con Nora Lloveras, “*Dignidad humana y consentimiento de personas carentes de competencia (Art. 7 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos)*”, en CASADO, María (coordinadora), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters, Barcelona, 2009, pág. 219.

²⁴ Recordado por FARRELL, Martín D. *La ética del aborto y la eutanasia*, A. Perrot, Bs As, 1985, pág. 18/19 y por ALONSO, Juan Pablo, *Violación, aborto y las palabras de la ley*, en Pensar en Derecho, año 1, n° 0, Facultad de Derecho, Universidad de Bs As, 2012, pág. 326.

²⁵ OSORIO, Miguel A., *Derecho al aborto o el derecho de las personas a no ser tratadas como un medio para fines colectivos*, JA 2012-III-464.

²⁶ DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 139, citado críticamente por ZAMBRANO, Pilar, *El liberalismo político y la interpretación constitucional*, JA 2011-III-1223.

de medio para llevar adelante la gestación y refuerza el estereotipo de la mujer como encargada natural de la reproducción e incapaz de tomar decisiones autónomas sobre su salud”²⁷. Por eso, crear barreras para el acceso a métodos anticonceptivos o al aborto cuando es legal, puede ser calificado de violencia contra la libertad reproductiva, en tanto implica gobernar ilegítimamente el cuerpo de las mujeres²⁸.

En suma, “Si la mujer quiere ser medio para la aparición de una nueva vida, puede serlo; pero si no lo desea, un tratamiento digno implica garantizar el derecho a interrumpir ese embarazo”²⁹. En este sentido se lee en la sentencia brasileña: “Todos tienen derecho a expresar y defender sus dogmas, valores y convicciones. Lo que no debe permitirse desde lo público es criminalizar la posición del otro. En temas moralmente controvertidos, el Estado no debe inclinarse por una u otra posición, sino permitir que se pueda optar con autonomía. El Estado debe ponerse del lado de las mujeres que desean tener un hijo y de las que no desean tener un hijo. En suma, el Estado debe estar de los dos lados; el Estado no puede escoger uno solo”.

Es verdad que, a nivel de opinión pública, según diversos estudios, la aceptación del aborto como expresión de la autonomía de la mujer se concentra en las causales asociadas al orden de “lo traumático”, como el embarazo que es producto de una violación, cuando está en peligro la vida de la mujer, o el feto tiene malformaciones³⁰, pero debe avanzarse en el sentido del respeto de esa voluntad cuando la gestación es incipiente³¹. La sentencia brasileña se pregunta: ¿Cuál es la situación del embrión en la primera etapa de la gestación? Contesta: “No hay una solución jurídica para la controversia (desde el momento de la fecundación, o cuando se forma el cerebro, etc.). Depende de la opción religiosa, filosófica o ideológica de lo que se entienda por respeto a la vida. Pero algo es incontestable; en esa

²⁷ RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

²⁸ DEZA, Soledad *Las mujeres muertas por violencia en Salta*, LLNOA 2015 (noviembre), pág. 1041, Cita Online: AR/DOC/3800/2015.

²⁹ CAMELO, Gustavo, *Aborto no punible y autonomía de la víctima*, JA 2012-II-301.

³⁰ RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

³¹ También en Chile se escuchan voces en este sentido, aunque en ese país todavía se está discutiendo la eximente del peligro para la vida y salud de la mujer (BULLEMORE, Vivian R. G., *Una perspectiva sobre el aborto en el ordenamiento jurídico chileno*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2013 (marzo), 01/03/2013, pág. 3, AR/DOC/564/2013). En contra DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *La liberté de la femme chilienne sur son corps : une autonomie restreinte par la protection du nasciturus*, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine. Approche internationale*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013, pág. 259.

primera etapa, el embrión no puede desarrollarse sin el cuerpo de la mujer; o sea, depende íntegramente de ella”.

La autonomía presenta caracteres específicos en el caso de interrupción del embarazo de las adolescentes, desde que entra en juego la noción de “autonomía progresiva”³². Las situaciones que la realidad presenta muestran qué cierta es la frase “las tragedias de la vida cotidiana hacen que, en un instante, cambie para siempre la vida de una persona”³³. Lamentablemente, el tema es poco comprendido por algunos sectores que detentan el poder, a punto tal de incumplir las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como aconteció en Paraguay, con la orden cautelar n° 178/15, emitida el 8/6/2015 respecto de la niña Mainumby, embarazada a los 10 años; la interrupción del embarazo no se realizó y hoy esa niña ni siquiera puede completar su instrucción primaria, acosada en el ambiente escolar, por el hecho de haber tenido un hijo. Lo único cierto es que “Encarcelarse en un solo argumento –la afirmación lineal según la cual el feto es un niño y la Convención Internacional sobre los derechos del niño protege su interés superior por lo que la vida potencial no puede ser nunca afectada– y negar el conflicto que implica el embarazo de una menor de edad, producto generalmente de una violación intrafamiliar, importa ignorar la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y aquellas con posibilidades económicas, pues cierra los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que, en definitiva, el sistema penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo”³⁴.

b) Derecho a la salud, o sea, a la integridad física y psíquica de la mujer.

Se lee en la sentencia bajo comentario: “El embarazo afecta la integridad física, porque el cuerpo de la mujer sufre cambios, e incluso riesgos. Ese embarazo, bendición cuando es deseado, se convierte en un tormento cuando es indeseado. Adviértase que continuar con el embarazo implica asumir una obligación para toda la vida, exige renunciaciones y compromisos

³² Me he referido a este tema en “*Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?*”, en Revista de la Facultad de Derecho, Bioética y Desarrollo, Lima, Perú, N° 69-2012, págs. 169/199 y Rev. Derecho de Familia 57-2012, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 31. Me remito a la doctrina allí citada, a la que cabe agregar, especialmente, el importante trabajo de LAMA AYMA. Alejandra, *Menores y aborto: el fin de una situación discriminatoria*, en NAVAS NAVARRO, Susana (directora) *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 577/606.

³³ CAMELO, Gustavo, *Aborto no punible y autonomía de la víctima*, JA 2012-II-309.

³⁴ Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 8/3/2010, Rev. Derecho de Familia 2010-III pág. 157, con nota de FORTUNA, Sebastián, *Lamentablemente, una vez más, crónica de un aborto permitido, un recorrido judicial innecesario y una sentencia definitivamente justa*. Compulsar especialmente DEZA, Soledad, *Autonomía progresiva y aborto permitido por la ley con enfoque de género en salud*, en ZAFFARONI, E.R. y HERRERA, Marisa, *El código civil y comercial y su incidencia en el derecho penal*, Hammurabi, Bs As, 2016, pág. 177.

muy profundos respecto del otro ser. Tener un hijo por imposición del derecho penal y no por la voluntad libre configura, entonces, un ataque a la integridad física y psíquica”.

En el mismo sentido, desde el Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona se sostiene: “El Estado no debe obligar a las mujeres a tener hijos no deseados y menos recurriendo al Derecho penal”³⁵.

También aquí hay coincidencias con la sentencia C-355 de 2006 del Tribunal constitucional colombiano: “Las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte, la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias, inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte, la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros”.

No ignoro que algún autor sostiene que “el derecho a la salud no está involucrado porque la mujer embarazada no está enferma, desde que el embarazo no es una enfermedad; por el contrario, es signo de salud” y que el nacimiento del concebido no provoca enfermedad alguna en la mujer³⁶. Estas afirmaciones cierran los ojos a los tremendos problemas de salud física y mental vinculados a los embarazos, no sólo cuando la mujer está enferma y requiere medicamentos que perjudican la salud del feto, colocándola en una situación de salvar su vida o la del feto³⁷, sino casos frecuentes, que motivan que en la mayoría de los países civilizados la mujer no tiene por qué ceder su propia vida, si ella no lo quiere así³⁸. Cualquier embarazo tiene efectos sobre la salud; un embarazo

³⁵ Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, Barcelona, abril de 2008, www.bioeticayderecho.ub.edu.

³⁶ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, ed. UNAM y otros, México, 2008, t. VI pág. 386.

³⁷ La República Argentina fue denunciada al sistema interamericano de Derechos Humanos, precisamente, porque un médico se negó a proveer a una mujer embarazada, que tenía cáncer, un medicamento que podría haberle salvado la vida, pero causaría daños del feto. La mujer murió (y con ella también el feto), y el médico fue acusado penalmente por mala praxis.

³⁸ Ver, entre otros, GONZÁLEZ, Ana y DURAN, Juanita, *La causal salud en el marco de los derechos humanos*, JA 2012-III-408.

no querido, no deseado, que se sienta como imposible, puede afectar la salud psíquica si, de algún modo, se fuerza a continuarlo³⁹.

Hasta el propio juez Rehnquist, en su disidencia en *Roe c/Wade* (ver infra n° 4.g) aceptó que podía ser inconstitucional una ley que prohíba el aborto cuando sea necesario para salvar la vida de la mujer⁴⁰.

c) Violación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

La sentencia que se comenta argumenta que la sexualidad femenina, al lado de los derechos reproductivos, atravesó milenios de opresión; que el derecho de la mujer a una vida sexual activa todavía es objeto de tabúes, discriminación y preconceptos y que parte de esas disfunciones se ha fundado, históricamente en el papel que la naturaleza reservó a las mujeres en el proceso reproductivo. Concluye en que justamente, porque a la mujer le cabe la carga de la gravidez, su voluntad y sus derechos deberían estar protegidos con mayor intensidad. El Estado debería proteger a la mujer que quiere tener un hijo y también a la que no lo quiere tener; en ambos casos, custodiar su salud.

El planteo recuerda la historia descrita por Linda Gordon⁴¹; en las movilizaciones iniciales, dice, las mujeres reclamaban el control de su fertilidad a través de la posibilidad de negarse al sexo. Demandaban su derecho a decir “no” a las exigencias sexuales de su pareja. El reclamo perseguía la defensa de la maternidad deseada⁴², o como dice Laurence Tribe, las primeras feministas luchaban para “no morir en el parto”⁴³. Sólo posteriormente comenzó a surgir un nuevo ideal de liberación sexual, el acceso a la anticoncepción se convirtió en el presupuesto para el goce sexual de las mujeres y operó con claridad la separación de la sexualidad y la reproducción⁴⁴.

d) Violación de la igualdad de género.

Se lee en la sentencia bajo comentario: La igualdad prohíbe la jerarquización de los individuos y la des-equiparación infundada, impuestas por injusticias históricas, económicas

³⁹RAMÓN MICHEL, Agustina, *¿Hay derecho a la custodia? Las mujeres y el aborto*, JA 2012-III-445.

⁴⁰ Recordado por DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 140.

⁴¹ El libro de Linda Gordon se publicó, inicialmente, bajo el título *Woman's Body, Woman's Right*, en 1976; en 2002 la autora lo modificó y pasó a denominarse “*The Moral Property of Women. A History of Birth Control Politics in America*” (Compulsar BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 13.

⁴² Ver GORDON, Linda, *La lucha por la libertad reproductiva: tres etapas del feminismo*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 28.

⁴³TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjewic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 152.

⁴⁴ Ver GORDON, Linda, *La lucha por la libertad reproductiva: tres etapas del feminismo*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 28.

y sociales. La histórica posición de subordinación de las mujeres en relación con los hombres institucionalizó la desigualdad socioeconómica entre los géneros y promovió visiones excluyentes, discriminatorias y estereotipadas de identidad femenina y de su papel social. Existe una visión idealizada en la experiencia de la maternidad que, en la práctica, puede ser una carga para algunas mujeres. De cualquier modo, en la medida que todo el peso del embarazo lo soporta la mujer, desde que el hombre no queda embarazado, sólo habrá plena igualdad si se le reconoce el derecho a decidir sobre si se quiere continuar o no con ese embarazo. Como bien observó el Ministro Britto, valiéndose de la frase histórica del movimiento feminista, “si los hombres se embarazaran, seguramente el aborto sería descriminalizado inmediatamente”.

El argumento es certero. La desigualdad viene desde antiguo. Al parecer, en el antiguo derecho romano, como regla, el aborto no era condenado; pero cuando se lo sancionaba era, precisamente, para marcar la discriminación por cuanto el argumento era que ese aborto era un atentado a la patria potestad del padre⁴⁵; en efecto, el feto era una *pars viscerum matris*, por lo que el *pater familias* disponía de la vida de sus descendientes a su antojo y la mujer no participaba en la decisión de abortar⁴⁶.

La desigualdad debe concluir. Bien se ha dicho que “Más allá de las diferencias en los roles sexuales y en las relaciones íntimas y familiares que pueda crear la costumbre, el Gobierno no puede afianzarlas o agravarlas usando las leyes para restringir la autonomía de las mujeres sobre su cuerpo. Desde esta perspectiva, desde el punto de vista constitucional, resultarían sospechosas las leyes que imponen a las mujeres cargas específicas del género sobre sus relaciones sexuales y maternas. La larga tradición de imponer estas cargas a las mujeres no fortalece la aspiración del derecho a la legitimidad constitucional, sino que más bien puede haberlas debilitado”⁴⁷.

e) Discriminación social e impacto desproporcionado sobre las mujeres pobres.

El juez Barroso señala, con razón, que la criminalización no afecta a la mujer que tiene posibilidades económicas. Las mujeres pobres son las que no tienen acceso a las clínicas privadas; en consecuencia, sólo a ellas el Estado priva de un aborto seguro; en su situación de especial vulnerabilidad, no tienen más remedio que recorrer establecimientos

⁴⁵ Compulsar, MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción y SIEIRA MUCIENTES, Sara, *El delito de aborto*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 19.

⁴⁶ MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 19. El autor subraya que los casos de aborto sin consentimiento de la mujer rara vez aparecen en los textos.

⁴⁷ SIEGEL, Reva, *Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 47.

clandestinos, sin infraestructura médica, con procedimientos precarios y elevados riesgos de lesiones, mutilaciones y muerte.

Nadie discute ese aserto. En la Argentina se repite: “la penalización constituye un grave problema social que afecta de manera desproporcionada a todas las mujeres y, en particular, a las mujeres pobres”⁴⁸; “el aborto es un delito que castiga sólo a una cierta clase social”⁴⁹; “el aborto es una realidad. Estar a favor o en contra es una falacia, se está a favor o en contra del aborto legal o del aborto clandestino. Los discursos políticos y religiosos en contra del aborto han perdido virtualidad en gran parte del mundo. Lejos están de proteger el derecho a la vida, sino más bien de tolerar los abortos clandestinos”⁵⁰.

En los EEUU, Shapiro recuerda que “la idea de que el gobierno debería regular o limitar el acceso de las mujeres al aborto para proteger al feto es relativamente reciente en el derecho y en la política estadounidense. Históricamente, su aparición parece haber estado ligada al incremento de abortos practicados por mujeres blancas, protestantes, casadas de clase media y alta (opuestas a las mujeres de otras razas, de bajos ingresos y solteras) entre mediados y fines del siglo XIX y a la amenaza al orden social existente que estos nuevos acontecimientos implicaban”⁵¹. Laurence Tribe, por su parte, dice con gran crudeza que todos aquellos que se oponen a la práctica segura del aborto mostrando fotos de embriones abortados, también deberían imaginar la destrucción y muerte causadas por la carnicería del aborto clandestino en el mercado negro; muchas de las mujeres pobres que sufrieron no fueron anestesiadas; tampoco deberíamos estarlo nosotros”⁵².

La situación de pobreza incide aun en los países donde la interrupción está legalmente autorizada, como muestra, entre tantos otros, el caso mexicano de la niña Paulina, violada el 31/7/1999, a los trece años, que había decidido abortar, el Ministerio Público lo autorizó y, con base en engaños, después de haber sido internada dos veces (la primera durante una semana y la segunda por tres días) funcionarios del sector salud – vinculados a religiosos fundamentalistas– lograron el desistimiento forzado de la solicitud e impusieron a Paulina lo que ella nunca había decidido; ser madre adolescente a

⁴⁸ RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

⁴⁹ GIMÉNEZ, Oscar Marcelo, *Despenalización del aborto: entre la religión y el Estado*, ed. Lerner, Córdoba, 2006, pág. 32.

⁵⁰ VANELLA, Carolina A. *La Corte Suprema mexicana frente al derecho a la vida*, Sup. Act. 27/06/2013, 27/06/2013, pág. 1, AR/DOC/2183/2013.

⁵¹ SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 441.

⁵² TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág.163.

consecuencia de la violación que sufrió⁵³.

El Comité de Derechos Humanos ha mostrado gran preocupación por el tema: “El Comité expresa su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado”⁵⁴.

Lamentablemente, las barreras no solo las ponen los médicos; también los jueces, dilatando los procedimientos judiciales para tornar imposible la práctica; una muestra clara, para no mencionar jueces de Latinoamérica, la da el tribunal de Spoleto, que planteó a la Corte Constitucional la cuestión relativa a la presunta contradicción existente entre la ley italiana n°194 de 1978, que autoriza el aborto en determinadas condiciones, y la decisión de la Corte de Justicia de la Unión Europea, de 18/10/2011, que dispuso el no patentamiento de inventos que implican destrucción de embriones in vitro⁵⁵. El 19/7/2012, la Corte Constitucional italiana sostuvo que la consulta era manifiestamente inadmisibile, desde que aquella decisión del tribunal comunitario dejó en claro que se refería, con exclusividad, a individualizar qué constituye una invención biotecnológica patentable a los términos de la directiva 98/44, por lo que no cabía contradicción alguna entre la ley interna –aun cuando lo discutible era si bastaba el consentimiento de la mujer menor de edad– y el derecho comunitario⁵⁶.

f) Violación de la regla de la proporcionalidad.

La sentencia bajo comentario recuerda que, aunque el código penal del Brasil es de 1940 y ha tenido muchas reformas, el artículo referido a la interrupción del embarazo mantiene la misma redacción, generándose así un gran desfasaje entre la ley y las nuevas realidades sociales.

En la Argentina, el régimen se remonta más atrás. El código penal entró en vigencia el 2/9/1922. Desde entonces, el art. 86 de ese ordenamiento, que regula las eximentes de punibilidad, tuvo cuatro reformas, pero ninguna en manifiesto beneficio de la mujer. En 1968, durante un régimen militar, entró en vigencia el Decreto Ley N° 17.567, que (i) requirió que el peligro para la vida o la salud de la mujer fuese grave; (ii) extendió la eximente a cualquier caso de violación, siempre que estuviere judicializado, y (iii) exigió el consentimiento de un representante legal si la mujer fuere menor, idiota o demente. En

⁵³Paulina, *en el nombre de la ley*, ed. Grupo de información en reproducción elegida, México, 2010.

⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG (2000), pár. 14.

⁵⁵ LL 2012-B-39, cita on line EU/JUR/2/2011, con nota de BERGEL, Salvador Darío, *De embriones, patentes y dignidad humana*.

⁵⁶ Ver decisión n° 196 de 19/7/2012, con nota de SCALERA, Antonio, *La legge 194 ancora una volta al vaglio della consulta*, en *Famiglia e diritto*, Ipsoa, 11/2012, pág. 977.

1973, estas modificaciones fueron dejadas sin efecto a través de la sanción de la Ley Nº 20.509. En 1976, durante otro gobierno militar, se sancionó el Decreto Ley Nº 21.338, que reincorporó las modificaciones introducidas en 1968; en 1984, se sancionó la Ley Nº 23.077, que retrotrajo la situación a lo sancionado en 1921⁵⁷.

Barroso señala, entre los avances positivos, la sentencia del Supremo Tribunal Federal ADPF nº 54, del 11/12 de abril de 2012, que despenalizó el caso del anencefálico⁵⁸; ese hito importante para mostrar la falta de realidad del código penal, dice, muestra que “la interrupción del embarazo en los primeros tres primeros meses también necesita ser adecuada a los cambios generados por la Constitución en 1988, las transformaciones de las costumbres y una visión más cosmopolita”.

Una afirmación semejante puede hacerse en la Argentina. El caso del anencefálico llegó a la Corte Suprema, por primera vez, el 11/1/2001⁵⁹, y fue resuelto en el mismo sentido que en Brasil. En realidad, el tema no debería seguir siendo discutido después de lo decidido por la Corte IDH el 29/5/2013⁶⁰. Recuérdese, además, que ya en 2005, en el caso *K.L v/Perú*, el Comité de los Derechos Humanos declaró que el Estado denunciado había violado el Tratado al no haber permitido interrumpir el embarazo a Karen L, una adolescente de 16 años, que se encontraba en extrema situación de vulnerabilidad económica y social⁶¹. Por eso, creo que ningún retroceso puede haber en la Corte argentina, pese a la incorporación

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Gustavo Ariel *La desuetudo del delito de aborto. ¿En miras de una legislación despenalizadora del aborto?*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (octubre), 02/10/2015, pág. 10, Cita Online: AR/DOC/3024/2015. Ver también ANDÍA, María Gracia *Sobre el protocolo para la atención de abortos no punibles en la provincia de Buenos Aires*, Derecho de Familia y de las Personas, 2016 (diciembre), 07/12/2016, pág. 213, Cita Online: AR/DOC/3655/2016.

⁵⁸ La doctrina aplaude la decisión; ver, entre otros, CRESPO-BRAUNER, Maria C., *Changement e résistance du droit face à l'autonomie de la femme sur son corps: le cadre brésilien*, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale*, ed. Bruylant, 2013, pág. 254. El voto preopinante de esa decisión correspondió al juez Marco Aurelio, que también votó en primer término en la sentencia que comento.

⁵⁹ JA 2001-II-356. Ver los antecedentes en MASSAGLIA, María V., *Aborto. Embarazos incompatibles con la vida*, ed. Lajouane, Bs As, 2005, pág. 40 y ss; también en BRUBALLA, Sandra M, *La reglamentación del aborto legal en la Ciudad de Buenos Aires: contiendas judiciales a partir del precedente "F. A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (diciembre), 02/12/2015, pág. 49. Cita Online: AR/DOC/3931/2015, y en SIVERINO BAVIO, Paula, *Anencefalia, aborto e diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Suprema de Giustizia della Argentina*, en D'ALOIA, Antonio (a cura di) *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, ed. Giappichelli, Torino, 2005, pág.553.

⁶⁰ En contra, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, *Anencefalia, aborto y parto inducido en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, LL 2013-F-541. El autor sostiene el derecho absoluto del feto y, por lo tanto, no justifica, ni siquiera, el adelantamiento del parto.

⁶¹ Ver estos antecedentes en MANCINI, Susanna, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012, pág. 90.

del juez Rosatti, quien ha manifestado su opinión contraria, o sea, él no justifica la interrupción ni siquiera en esos supuestos⁶².

Ciertamente, modificar el código penal no será fácil. Zaffaroni ha confesado en medios periodísticos que en uno de los últimos proyectos en los que trabajó no introdujeron reformas en materia de aborto para que la reforma no naufragara. No le faltaba razón; la doctrina constitucionalista más conservadora del país sostiene que la despenalización es inconstitucional; para esa posición, no existe el principio de ponderación; los derechos del feto son absolutos y, por lo tanto, siempre “vencen” a los de la mujer⁶³.

Lo expuesto no significa que no haya habido ningún avance legislativo en materia de derechos a la salud sexual y reproductiva⁶⁴, pero ninguno ha podido trasponer el muro de la despenalización del aborto.

El juez brasileño insiste en que toda sentencia debe responder al principio de proporcionalidad, que tiene por fin asegurar la razonabilidad sustantiva de los actos estatales, su equilibrio o justa medida. En una palabra: su justicia. Tal principio contiene tres sub-principios:

(i) la *adecuación*, que identifica la idoneidad de la medida con el fin buscado; (ii) la *necesidad*, que expresa la prohibición del exceso y

(iii) la *proporcionalidad en sentido estricto*, que consiste en el análisis de costo beneficio de la medida pretendida para determinar si lo que se gana es más valioso que lo que se pierde.

(i) El sub principio de *adecuación* exige analizar en qué medida la criminalización protege la vida del feto para ver si es tan fuerte que logra desequilibrar las consecuencias negativas que causa en la salud de las mujeres.

Dice el voto en análisis que, en la práctica, la prohibición es ineficaz para proteger al feto. Según estudios realizados por el *Guttmacher Institute* y por la *Organización Mundial de la Salud* (OMS) las tasas de aborto en los países en los que está prohibido son muy semejantes a las de los países en los que está criminalizado. Más aún, la tasa es más baja

⁶² ROSATTI, Horacio, *El código civil y comercial desde el derecho constitucional*, ed. Rubinzal, Bs. AS., 2016, pág. 174/176. Lamentablemente, no es el único; otros autores ubicados en esta guerra de absolutos también están en contra de la jurisprudencia de la Corte (Ver BACH DE CHAZAL, Ricardo, *El aborto en el derecho positivo argentino*, ed. El Derecho, Bs. As., 2009, pág. 350).

⁶³ Entre otros, VÍTOLO, Alfredo M., *Despenalizar el aborto es inconstitucional. Anteproyecto de reformas del código penal*, LL, 2006-C-1404, AR/DOC/2062/2006.

⁶⁴ Compulsar CASAS, Laura J. *Impacto de las leyes dictadas en la última década en la Argentina respecto a la salud sexual y la salud reproductiva*, en Doc. Jud. 16/09/2015, pág. 12, Cita Online: AR/DOC/1614/2015; ver también SCHWARTZ, Pedro, *Prácticas de interrupción del embarazo a partir del fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en Rev. Derecho de Familia, n° 61 pág. 159.

en los primeros (34 de cada 1000 mujeres en edad reproductiva, contra 37 de cada 1000 donde está criminalizado) ⁶⁵. La prohibición también es ineficaz porque se venden medicamentos abortivos sin que el poder público tenga control alguno sobre ellos. En cambio, sí puede tenerlo sobre intervenciones que se realizan en los hospitales, bajo protección médica. Desde la perspectiva del derecho penal constituye una reprobación “simbólica”, pero desde la de la salud tiene un efecto perverso sobre la salud de las mujeres pobres privadas de asistencia

Idénticos argumentos son reiteradamente expuestos en la Argentina. Se citan, incluso, los mismos institutos internacionales proveedores de datos⁶⁶.

Parece mentira que después de tantos años de experiencia se insista en el derecho penal como solución al problema. Recordaba un grande del Derecho Penal: “La ingenua concepción de que la penalidad severa disminuiría los abortos, tiene remotos antecedentes legales. Ya en febrero de 1556, el Rey Enrique II de Francia trató de luchar contra infanticidios e interrupciones del embarazo, por lo que dictó un famoso edicto en que se conminaba con la más grave pena a las mujeres que hubiesen ocultado su gravidez. La feroz represión nada aminoró las prácticas abortivas”⁶⁷.

Siguiendo el razonamiento de la sentencia comentada cabría preguntarse si la reprobación penal también es simbólica en la Argentina.

Es verdad que los casos de punibilidad no son cuantitativamente alarmantes, pero no dejan de tener importancia: “durante el período 1993-2009, en la Ciudad de Buenos Aires se registraron cerca de 1130 causas por el delito de aborto, 809 de las cuales fueron por aborto propio. Entre 2002 y 2008, 22 mujeres fueron condenadas en todo el país por el delito de aborto. Aunque las cifras indican que los números son, año a año, cada vez más bajos, hay cientos de mujeres que deben enfrentar largos procesos penales, con el claro impacto sobre la vida personal, familiar y económica que ello implica, que se suma al trauma padecido por el embarazo no deseado y el aborto practicado”⁶⁸.

⁶⁵Los estudios que comprueban este dato son numerosos (Véase también World Health Organization. *Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003*. 5ta ed. Ginebra, World Health Organization, 2007) Por ejemplo, la tasa de aborto en 2008 fue de 29 por 1,000 mujeres en edad reproductiva en África, y 32 por 1,000 en América Latina, regiones en donde el aborto está altamente restringido en casi todos los países. En contraste, Europa Occidental, en donde el aborto es generalmente permitido por amplias causales, la tasa fue de 12.

⁶⁶BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 11.

⁶⁷JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis *El aborto y su impunidad*, LA LEY t. 26, pág. 977, reproducido en Rev. Derecho Penal y Criminología, 2016 (mayo), 05/05/2016, pág. 209, AR/DOC/1814/2010.

⁶⁸BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 12; conf. FERNÁNDEZ, Gustavo Ariel *La desuetud del delito de aborto. ¿En*

Por otro lado, no hay que descartar que la buena doctrina sentada en el viejo plenario *Natividad Frías* del 26/8/1966⁶⁹ ha colaborado para la disminución del número de condenas. En efecto, son numerosas las sentencias conforme las cuales “Por aplicación de la doctrina del plenario Natividad Frías, no cabe instruir sumario en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión. En el caso de que otras personas hayan tenido participación en el hecho, estos también resultarían impunes, ya que el fundamento de tal impunidad para la mujer es la necesidad de salvación frente a la auto acusación forzada, argumento que debe extenderse a terceros intervinientes, quienes se ven de igual modo expuestos a la denuncia del médico”⁷⁰. Es imposible no recordar a Germán Bidart Campos, quien al criticar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe del 12 agosto 1998⁷¹ que priorizó a la obligación de denunciar, argumentó: “la vida en gestación que se había destruido con el aborto ya no podía protegerse en el caso, porque el *nasciturus* no existía. Ergo, el conflicto verdadero que con realismo tenía que resolverse no incluía la protección a la vida en gestación de un ser al que el aborto había eliminado. Un criterio de eficacia, unido a un juicio de previsibilidad sobre las consecuencias del fallo parece decirnos que, desde el plano del derecho constitucional, la política criminal y la legislación penal consecuente, no han de trasladarse a las mujeres pobres el riesgo de la persecución penal por el delito de aborto ya consumado, porque el secreto médico y la vida o salud de la madre colocan en un nivel más alto y más valioso la obligación (también constitucional) del Estado (incluidos los jueces) y de los profesionales del arte de curar, de promover la igualdad real de oportunidades y de trato mediante las prestaciones de salud a favor de todas las mujeres, incluidas las que han abortado. No nos olvidemos que el art. 75 inc. 23, después de instar a la igualdad, particulariza cuatro grupos humanos en especial, y dentro de ellos, menciona a las mujeres”.

miras de una legislación despenalizadora del aborto?, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (octubre), 02/10/2015, pág. 10, Cita Online: AR/DOC/3024/2015.

⁶⁹ CNCrim.Corr. en pleno, LL123-842 y JA, 1966-V-69.

⁷⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 1, 8/3/2004, Id Infojus: SUG0021760; sala VI, 23/10/2007, LL 2008-D-568, con nota de TODARELLO, Guillermo, *El secreto profesional como instrumento garantizados del derecho constitucional a la intimidad*. Para una crítica a la posición contraria, sostenida por la Corte Suprema de Santa Fe en 1998, ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, ed. Ediar, Bs As., 2000, pág. 45 y doctrina allí citada.

⁷¹ LL 1998-F-545, con nota desaprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán, *Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico. Entre medio: aborto, vida, salud, igualdad*. La sentencia también se publica en ED 179-191 y en Foro de Córdoba 54-179.

La doctrina de este viejo y sabio fallo se ha consolidado con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 18/11/2004, en “De La Cruz Flores Vs. Perú”, fallado el 18/11/2004. En el caso, se cuestionaba el accionar de una médica que había atendido “terroristas” sin denunciarlos. La sentencia afirmó: “Perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el terrorismo, vulnera el artículo nueve de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica”. En consecuencia, los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos⁷².

(ii) El sub-principio de la *necesidad*, explica el voto de Barroso, exige verificar si hay un medio alternativo a la criminalización que proteja igualmente el derecho a la vida del *nasciturus*, pero que produzca menor restricción a los derechos de las mujeres. Aunque se pudiese atribuir al derecho penal ser un medio de eficacia mínima para proteger al feto, debe reconocerse que hay otros instrumentos para esa protección que son menos lesivos para los derechos de la mujer. Así, por ej., muchos países que aceptan la interrupción en esa primera etapa, establecen un período de reflexión (3, 4 días desde que se brindó información). Además, el Estado debe actuar sobre las *causas* económicas y culturales que provocan los embarazos no deseados. Las dos razones que usualmente se invocan para abortar son: la falta de medios económicos y el drástico cambio en la vida de la mujer que, por ej., le harían perder oportunidades en su carrera. En estos casos, el Estado y la sociedad deben proveer apoyos a la mujer y a su familia. No puede desconocerse que muchos embarazos no deseados provienen de la falta de información (educación sexual) y de acceso a los métodos anticonceptivos.

Efectivamente, como dice la sentencia, la falta de educación sexual es una de las causas principales de embarazos no deseados, al menos, en las adolescentes; la lucha ha sido intensa, a punto que se ha debido batallar, incluso, contra decisiones que impedían esa educación sexual a personas menores de 16 años si no se contaba con la autorización de los

⁷² El voto razonado del juez García Ramírez explicita: “El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante --o delator-- de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión”. “En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también -y quizás ante todo- para bien público.”

padres⁷³. En mi opinión, estas decisiones cierran los ojos a la terrible realidad latinoamericana⁷⁴.

(iii) El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, dice la sentencia brasileña, requiere verificar si las restricciones a los derechos fundamentales de las mujeres provenientes de la criminalización son o no compensadas por la protección de la vida del feto. La respuesta es negativa. Por un lado, como se dijo, la criminalización provoca: una restricción gravísima en los derechos de la mujer; escasa protección a los derechos reproductivos; ataque a la autonomía y a la integridad psíquica y física y a la salud de la mujer; impacto en la igualdad de género; impacto desproporcionado sobre las mujeres más pobres; costos sociales, porque las mujeres se someten a procedimientos inseguros con aumento de muertes y lesiones. Por otro lado, la protección del feto es mínima, porque la criminalización no ha disminuido el número de abortos. De cualquier modo, hay que reconocer que el peso de esa protección depende del *desarrollo* del feto. La protección constitucional se amplía a medida que la gestación avanza y que el feto adquiere viabilidad extrauterina, adquiriendo entonces progresivamente mayor peso concreto. Sopesando, entonces, costos y beneficios, se torna evidente la ilegitimidad constitucional de la criminalización. En consecuencia, si la conducta de la mujer es legítima, no tiene sentido incriminar a quien la permite o viabiliza.

La argumentación es aplicable en la Argentina. El principio de proporcionalidad es defendido por la doctrina constitucionalista del país que descarta los fundamentalismos y sostiene que no hay derechos absolutos⁷⁵, ni los del feto, ni los de la mujer; por eso, pondera el estado de gestación, tal como lo admitió la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo*, cuando dijo:

N° 258. 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 ese 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. 259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de

⁷³ Compulsar especialmente, FAMÁ, M.V., HERRERA, M. y REVSIN, M. *¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?*, en LL 2003-A-237.

⁷⁴ Ver RHODE, Deborah, *El embarazo adolescente y la política pública*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 71.

⁷⁵ Compulsar, entre muchos, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario y estado constitucional de derecho*, LL 2006-D-1429.

restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

g) El derecho comparado. La jurisprudencia de tribunales constitucionales de países desarrollados.

La sentencia que se reseña recuerda importantes precedentes del derecho comparado, entre otros, *Roe vs. Wade*, de la Corte norteamericana; *R. v. Morgentaler*, de la Corte canadiense y concluye: "prácticamente ningún país democrático y desarrollado del mundo trata como delito la interrupción de la gestación durante su fase inicial, incluyendo Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Canadá, Francia, Italia, España, Portugal, Holanda y Australia"⁷⁶.

Ciertamente, el análisis de la jurisprudencia constitucional de otros países es importante, aunque obviamente, tratándose de un tema tan sensible, normalmente, las decisiones no se hayan alcanzado por unanimidad⁷⁷ y el planeamiento de los casos no siempre guarde identidad en todos los países⁷⁸.

⁷⁶Un cuadro completo de derecho comparado, hasta el año 2009, puede compulsarse en CARPIZO, Jorge, *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y Eutanasia*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 55.

⁷⁷Un autor decididamente contrario a lo resuelto por la Corte Federal en el caso F.,A.L, que se analiza más adelante, dice: "Llama la atención, de modo inicial, que ninguno de los siete jueces que integran la Corte haya sido "pro vida", tal como acontece en otras latitudes. Hasta la Corte chubutense aquí "a quo" registró una disidencia. Será tal vez consecuencia de la manera oblicua y pícaro que algunos constituyentes lograron un reconocimiento a la vida en el art. 75.23 en el año 1994. La vida, otrora primer derecho según todas las Cortes (incluso la actual), como eminente valor, merecía algún defensor vocal. Como sea, aquí ese escenario no se produjo" (CARNOTA, Walter, *La interpretación del art. 86 inc 2 por la CSJA*, LL 2012-B-249, AR/DOC/1204/2012).

⁷⁸Para el análisis comparativo entre: (a) USA y España, SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, *La suprema Corte de EEUU y el aborto*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009; (b) USA y Alemania, resumen del artículo de LEVY, Richard y SOMEK, Alexander, *Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions*, en Rev. Investigaciones, Bs As, CSN, 2000 n° 3, pág. 751; (c) entre Italia y USA, BARBISAN, Benedetta, *La tutela dei diritti fondamentali negli Stati Uniti: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti*, en MALFATTI, Elena (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, ed. Giappichelli, Torino, 2002, pág. 369 (la autora analiza el caso apuntando al valor del *stare decisis* en uno y otro país); (d) USA y Francia, TURENNE, Sophie, *Le juge face à la désobéissance civile en droit américain et français comparé*, LGDJ, Paris, 2007, págs.203/240; (e) USA y México, Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 27 y ss; (f) España e Italia, D'ALOIA, Antonio (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Jovene ed., Napoli, 2011 (en este libro se publican tres artículos de autores españoles sobre el aborto); IADICICCO, Maria Pia, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola alla complessa definizione di una ragionevole disciplina sull'aborto*, en PÉREZ MIRAS y otros (directores) *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pág. 209.

No pretendo hacer un estudio exhaustivo de derecho comparado; me limito a completar algunas de las referencias contenidas en la sentencia que comento.

– Evidentemente, la experiencia norteamericana es la más conocida. En el *leading case* *Roe v/Wade* de 1973⁷⁹, la Corte declaró inconstitucional una ley del Estado de Texas que había transformado en un delito practicar un aborto, a menos que la vida de la mujer estuviese amenazada por la continuación del embarazo. Recuérdese que, por entonces, en Inglaterra ya existía la *Abortion Act* de 1967, que entró en vigor el 27/4/1968, ley muy liberal, que había causado efectos sociales positivos, en tanto desde su vigencia había caído abruptamente el porcentaje de muertes de mujeres sucedidas en abortos clandestinos⁸⁰.

Dworkin dijo: “Ninguna decisión judicial en nuestros días ha suscitado tanta indignación, pasión y violencia física por parte del público o tanta intemperante crítica profesional”⁸¹. Según ese autor⁸², *Roe v/Wade* estableció tres cuestiones básicas: (a) Por un lado, el *derecho* constitucional de la mujer embarazada a la autonomía procreativa, por lo que los Estados locales no tienen el poder de prohibir el aborto en cualquier sentido que lo deseen; ningún Estado tiene la facultad de adoptar una teoría de la vida que nulifique la libertad de las mujeres; b) Por el otro, el legítimo *interés* de los Estados en regular el aborto; (c) Ese derecho y ese interés deben armonizar, del siguiente modo: (i) En el primer trimestre del embarazo el gobierno no puede interferir en la decisión de una mujer, salvo insistir en que la práctica sea realizada por un médico con licencia; (ii) En el segundo trimestre el gobierno tiene la facultad de regular el aborto únicamente en lo relativo a preservar y proteger la salud de la mujer (o sea, las únicas regulaciones permitidas son las que están

⁷⁹ La sentencia se transcribe íntegramente, en español, en TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 483 y ss. Un resumen puede compulsarse en SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, A.Perrot, Bs As, 2001, págs. 596/603. Obviamente, la sentencia dio lugar a infinidad de comentarios, a favor y en contra; Ver LOCKHART W., and Others, *Constitutional Law. Cases-comments-questions*, 7° ed., West Publishing Co., 1991, págs. 429/510; ZOLLER, Elisabeth, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, ed. Puf, Paris, 2000, págs. 745/757. Para las circunstancias históricas que rodearon los casos, ver PADILLA, Miguel, *La Corte Suprema de Justicia argentina y la Suprema Corte de justicia norteamericana, Historia de dos tribunales constitucionales*, ed. Ad Hoc., 2004, pág. 523 (capítulo XXXIII). Señalo que el caso llegó incluso a la cinematografía (Ver RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en Derecho de Familia y de las Personas, 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016). Recuérdese que el mismo día, el tribunal norteamericano dictó sentencia en el caso *Doe vs Bolton*, interpuesto por temor a que la Corte declarara abstracto el caso *Roe*.

⁸⁰ RIZZIERI, Alessandro, *L'aborto nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, en La Nuova giurisprudenza civile commentata, anno XVII, 2001, parte seconda, pag. 233.

⁸¹ DWORKIN, R., *The Great Abortion Case*, artículo periodístico citado por SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 438 y en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, *La suprema Corte de EEUU y el aborto*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, pág.12.

⁸² DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 219.

diseñadas para garantizar que el procedimiento sea realizado de manera segura) (iii) en el último trimestre, ya que el feto es viable fuera del útero materno, la protección de su vida se convierte en una razón apremiante o compulsiva (*compelling reason*) para el aparato gubernamental, por lo que se encuentra justificada su intervención; en este último período, el gobierno puede prohibir el aborto, excepto que la práctica sea necesaria para preservar *la vida o la salud* de la madre.

A partir de 1973, diversas decisiones abordaron la cuestión de la constitucionalidad de las *restricciones* al derecho constitucional de la mujer⁸³. Esas restricciones tuvieron causa en distintas razones⁸⁴, tales como: (a) el financiamiento de las intervenciones; así, por ej., *Maheer v/Roe*, de 1977, estableció que los Estados no tenían la obligación constitucional de pagar por abortos no terapéuticos; tres años más tarde, en 1980, en *Harris c/Mc Rae*, dijo que esa obligación estatal no existía aun cuando el aborto se practicara “por el bienestar” de la mujer⁸⁵. (b) La edad de la mujer; así, en 1979, en *Belloti v/Baird* sostuvo que los Estados pueden exigir que una embarazada menor de edad y soltera tenga el consentimiento de sus padres siempre y cuando esa ley estadual establezca un procedimiento alternativo a la obtención de ese consentimiento, como sería el judicial; en 1981, en *HL v/Matheson* dijo que los Estados pueden requerir, en el caso de menores “demasiado inmaduras” que traten de dar noticia a los padres; en 1990, otras dos decisiones (*Hodgson c/Minnesota* y *Ohio c/Akron*) desarrollaron los requisitos de esas notificaciones; (c) Los requisitos previos a practicar el servicio médico; así, en 1986, en *Thornburg v/American College of Obstetricians*, se pronunció sobre el requisito de los plazos para informar antes de obtener el

⁸³ Ver SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 438 y ss. El artículo relata también las distintas composiciones del tribunal después del *leading case* *Roe v Wade*, que explican algunas de las variantes posteriores. La cita relativa al *stare decisis* que transcribo en el texto aparece en pág. 447. La mayoría de las decisiones que cito en el texto se encuentran incorporadas, en inglés, en el material entregado a los asistentes del seminario *Sex discrimination*, a cargo de los profesores Wharton y Frietsche, en la School of Law de Universidad de Pennsylvania.

⁸⁴ Una autora señala que desde 1973, en los distintos estados norteamericanos, se han dictado 487 leyes para restringir los alcances de *Roe c/Wade*; 33 Estados exigen la notificación a los padres si la mujer es menor de edad; el juez Alito preconizó, incluso, la notificación al marido. Por todas estas restricciones, incontables establecimientos médicos que practicaban abortos han cerrado, y hay Estados, como Missouri en los que, directamente, la mujer que quiere interrumpir el embarazo no tiene clínicas y debe ir a otro Estado (ORFALI, Kristina, *Biomédecine, corps de femme et corps social aux États-Unis*, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale*, ed. Bruylant, 2013, pág. 308). Para una de esas tantas leyes, ver LAMM, Eleonora, *La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres*. Rev. Derecho de Familia, n° 55, pág. 25, AP/DOC/2181/2012.

⁸⁵ Esta decisión puede compulsarse en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/448/297>.

consentimiento de la mujer⁸⁶; en 1989, en *Webster v/Reproductive Health Service*, se planteó si antes de practicar el aborto el médico podía verificar si el feto era o no viable⁸⁷; en *Planned Parenthood v/Casey* de 1992, no obstante todas las presiones del presidente de la Corte (Rehnquist), la mayoría mantuvo el núcleo duro de *Roe vs Wade*, pero vinculó la validez de las restricciones, en forma más decidida, a la denominadas “*cargas indebidas a la mujer*”. Posteriormente, otras decisiones, pese a todo, también mantuvieron ese núcleo duro, como *Stenberg v/Carhart*, de 2000 y *Gonzalez v/ Carhart* de 2007, aunque esta última declarara la constitucionalidad de la prohibición de un método específico (dilatación y evacuación, denominado “*partial-birth*”) ⁸⁸.

No desconozco otros retrocesos de la Corte norteamericana fundamentados en el peso desmedido dado al derecho a la libre expresión y a la libertad religiosa; en efecto, el 26/6/2013, en *McCullen v Massachusetts*, estimó inconstitucional una ley de Massachusetts de 2007 que tipificaba como delito estar parado en una calle o vereda dentro de los 35 pies de la entrada de cualquier servicio de salud reproductiva, con excepción de los empleados

⁸⁶Ver referencias de este caso en AJA ESPIL, Jorge, *La doctrina de la Corte de los EEUU en materia de aborto*, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Bs. As., año XXXI, n° 24, 1986, pag.219 y ss. (El autor es contrario a la doctrina sentada en *Roe v/Wade*)

⁸⁷Según los autores, el caso *Webster* inició un “patrón” de litigio basado en la reacción de las “legislaturas estatales antiaborto” que buscaron limitar los alcances de *Roe*, partiendo del reconocimiento de que el gobierno puede regular el aborto desde el inicio del embarazo (Ver estudio preliminar de J.R Cossío Díaz, L.H. Orozco y Villa y L Conesa Labastida, al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 9).

⁸⁸Los jueces Thomas y Scalia, aunque adhirieron al voto de Kennedy, que resultó mayoritario por cinco contra cuatro, reafirmaron su posición en el sentido que *Roe v/Wade* no tiene fundamento en la constitución de EEUU y que debía abandonarse definitivamente. Por el contrario, las tres integrantes mujeres (Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor y Elena Kagan) votaron en minoría, acompañadas, parcialmente, por el juez Stephen Breyer. La sentencia de 2000 se analiza en (Sin autor) *The science, lae and politics of fetal pain legislation* en Harvard Law Review, vol. 115, May 2002 n° 7, pág. 2010; ambas sentencias se analizan en el Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 20/27. La segunda, del 28/4/2007 se reseña en SCHERMAN, Ida, *Reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU declara la constitucionalidad de la prohibición del método de “nacimiento parcial” (Partial-Birth Abortion Ban Act*, en Rev. Derecho de Familia n° 37, pág. 189 y en Rev. Investigaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006, pág.1/6. Rodolfo Barra ha utilizado el caso *González* para criticar a la jurisprudencia de la Corte norteamericana y a la argentina por haber autorizado el adelantamiento del parto en el caso del anencefálico (Ver BARRA, Rodolfo, *La “banalidad del aborto. A propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de USA en la causa Gonzalez, Attorney General v/Carhart*, en DELPIAZZO, Carlos (coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Mariano R. Brito*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pág. 33. La expresión “banalidad del aborto”, conforme lo expresa el propio Barra, rememora el título de la obra de Hanna Arendt, “La vanidad del mal; Eichmann en Jerusalem”, y es suficientemente ilustrativa para mostrar al lector el contenido del artículo. Otros autores, en cambio, han criticado a la Corte en el caso *Gonzalez* en cuanto implica un retroceso respecto a la autonomía de la mujer; ver MANCINI, Susanna, *Un affare di donne. L’aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012, pág.44 (la autora señala que la mayoría de los integrantes del tribunal eran católicos).

de las clínicas⁸⁹. El tema del derecho a la libre expresión había sido abordado en casos anteriores. Así, por ej., *Madsen vs Women's Health Center*, se pronunció a favor de la constitucionalidad de la medida de la Corte estatal de Florida consistente en mantener una distancia de 15 metros de la entrada de las clínicas, ya que la restricción a la libertad de expresión era necesaria para servir al interés significativo de permitir el ejercicio legítimo de un derecho, y declaró inconstitucional el resto de las medidas; en *Schenck vs Pro-Choice Network* declaró la validez constitucional de zonas de protección "fijas" para salvaguardar la entrada a los centros médicos; en *Hill vs Colorado*, dijo que la ley que requería 2.5. metros de separación entre los manifestantes "Pro-vida" y la entrada de las clínicas de salud con la finalidad de que distribuyeran folletos sin el consentimiento de las personas que ingresaban a estas instalaciones era constitucional. Asimismo, el 30/6/2014, en *Sylvia Burwell* y acumulados, por 5 votos contra 4 decretó la inconstitucionalidad de un decreto del Departamento de Salud y Servicios humanos que obligaba a empresas con fines de lucro, pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto, a financiar cuatro métodos que, según esas empresas, tienen efecto abortivo⁹⁰.

Reconozco que el fantasma del cambio de jurisprudencia sigue pendiente, y que desde hace años los autores alertan sobre las modificaciones que pueden traer los cambios de integración del tribunal según quién gane las elecciones⁹¹. De cualquier modo, en *Casey*, la mayoría recordó que "La libertad no encuentra protección en una jurisprudencia errática" razón por la cual, debe respetarse el *stare decisis*, doctrina que descansa en la idea de que ningún sistema judicial puede hacer su trabajo en la sociedad si considera desde cero cada cuestión en todos y cada uno de los casos en que aparece y, consecuentemente, una vez que una decisión pasa a formar parte del derecho en el cual la gente ha llegado a confiar, no debería ser derribada a la ligera. El *stare decisis* no es un mandato inexorable que obliga a ver como vinculante todo precedente, y podría ser razonablemente ignorado si una regla se ha presentado como intolerable; si los hechos han cambiado tanto o llegan a ser vistos de modo tan diferente como para haberlo quitado de modo significativo a la antigua regla, pero nada de esto ha sucedido con el derecho constitucional de la mujer a interrumpir el

⁸⁹Ver estos antecedentes en el Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 18 y ss.

⁹⁰Aprueban estos dos últimos antecedentes, LAFERRIÈRE, J.N. y DE GUADALUPE ROMERO RIVERO, D., *Las sentencia de la Corte Suprema de los EEUU a favor de la libertad religiosa y la consejería pró-vida en el debate judicial del aborto*, en ED 258-955; LAFERRIÈRE, J.N., *Hobby lobby": la Corte Suprema de los Estados Unidos resguarda la libertad religiosa ante mandato abortivo*, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, 2015 (febrero), pág. 214, AR/DOC/2693/2014.

⁹¹Ver, por ej., LOW BLOCH, Susan, *El rol de la Corte Suprema en los Estados Unidos*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, ed. Konrad-Adenauer/Ciela, 2000, pág. 107.

embarazo”. Por eso, al parecer, la Corte mantendrá los tres núcleos duros del razonamiento: (i) existe un derecho constitucional de la mujer a interrumpir el embarazo; (ii) el interés estatal en proteger la vida potencial es legítimo; (iii) los Estados pueden reivindicar ese interés, siempre que el modo no sea indebidamente gravoso para las mujeres.

–El caso canadiense recordado por el juez Barroso, tuvo estos antecedentes; Henry Mongentaler era un médico de Quebec; fue acusado varias veces de violar la ley por practicar abortos; en una de las sentencias condenatorias llegadas a la Corte Suprema, en 1988, el tribunal de Canadá citó lo decidido por su par norteamericano en *Roe v Wade*. La jueza Wilson, una de las tres mujeres de ese tribunal, recordó, como lo hace Barroso, que la historia de la lucha por los derechos humanos ha sido la historia de quienes luchan por afirmar su dignidad contra un aparato estatal autoritario, y completó la idea diciendo que la historia más reciente es la de los derechos de las mujeres por conseguir colocarse en la misma posición, en un mundo de hombres⁹².

– En algunos países europeos, la cuestión se ha planteado jurisprudencialmente con visiones parcialmente diferentes.

Así, en España, una autora afirma que los tribunales no se han pronunciado sobre las normas penalizadoras del aborto sino, precisamente, sobre las reformas despenalizadoras (o sea, se han limitado a decir que las leyes despenalizadoras no son inconstitucionales) porque en la tradición constitucional de ese país falta el reconocimiento expreso de un derecho a la autonomía “per se”, por lo que la cuestión es la vulneración de otros derechos de la mujer que se verían violados con esta “maternidad estatalmente impuesta”, tales como el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, la salud, la intimidad⁹³. La primera decisión del Tribunal Constitucional sobre el tema data del 27/6/1984 y consideró la cuestión del aborto practicado en el Reino Unido por médico y pacientes españoles. A diferencia del Tribunal Supremo, el Constitucional entendió que, en el caso, no existía fraude a la ley, por lo que correspondía aplicar la ley extranjera del lugar de los hechos, que no penalizaba⁹⁴. De allí en adelante, el tema versó sobre la

⁹²Relatado por Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjivic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 208

⁹³TOMAS VALIENTE, Carmen, *La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto*, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, *La suprema Corte de EEUU y el aborto*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pág. 94. Para las decisiones del Tribunal Constitucional español ver MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción y SIEIRA MUCIENTES, Sara, *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 19 y ss.

⁹⁴Ver estos antecedentes en MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 282 y ss.

constitucionalidad de la ley que despenaliza en determinadas circunstancias, aplicando el principio de proporcionalidad y ponderación: tal lo que acontece con las sentencias 53/1985, del 11/3/1985⁹⁵, y 37/1989 del 15/2/1989.

En Alemania, el tema llegó al tribunal constitucional más de una vez, debido a cambios legislativos en las leyes que despenalizan⁹⁶, al igual que en Italia⁹⁷ y en Francia⁹⁸.

Así, en Francia, la decisión del 15/1/1975 n° 74-54, declaró la validez constitucional de la ley del 17/1/1975, sancionada a propuesta de la ministra Simone Veil; varias modificaciones fueron también sometidas al Tribunal constitucional, entre otras, la del 27/6/2001, que decidió que “es legítimo alargar de diez a doce semanas del período inicial de gestación durante el cual es posible practicar la intervención de interrupción del embarazo, desde que esa ampliación no altera el equilibrio constitucionalmente tutelado entre la salvaguardia de la dignidad humana y la libertad de autodeterminación de la mujer ni constituye una amenaza para la salud de la mujer, conforme los conocimientos de la ciencia y del arte de la medicina actual que garantizan suficientemente de las condiciones de seguridad de esta intervención tardía”⁹⁹.

– En América Latina otros tribunales encargados de las cuestiones constitucionales se han pronunciado sobre el tema

En México, el planteamiento constitucional comenzó en el año 2000. Algunos autores señalan tres momentos en los que la Corte Suprema debió responder diversas preguntas, entre otras: ¿Es constitucional la despenalización del aborto en caso de malformaciones genéticas? ¿Es válido constitucionalmente despenalizar la interrupción del

⁹⁵ Transcripta en GOMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (a cargo de) *Las decisiones básicas del Tribunal constitucional*, ed. Civitas, 2006, pág. 227. Recuérdese que la sentencia fue emitida un año y cinco meses después de que estaba en condiciones de ser resuelta y la mayoría sólo pudo lograrse con el voto del presidente, que desempató (BON, Pierre, *Rapport*, en LENOIR, Noëlle et autres (direction de), *Constitution et Éthique biomédicale*, ed. La documentation française Paris, 1998, pág. 73).

⁹⁶Resúmenes muy completos de esas decisiones alemanas traducidas al español se encuentran en ALAEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs.727/886. Para un resumen de la primera decisión del 25/2/1975, ver CRUZ, Luis, *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, ed. Comares, Granada, 2005, pág. 42/46. Para una visión histórica de la situación general del aborto en Alemania, ver GROSSMANN, Atina, *Reforming Sex, The German Movement for Birth Control and Abortion Reform 1920-1950*, Oxford University Press, 1995.

⁹⁷Ver antecedentes en MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 328 y ss.

⁹⁸ MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 339.

⁹⁹Conseil Constitutionnel de France, 27/6/2001, en Il Foro Italiano 2001-445, con nota sin título de PASSAGLIA, P., quien relata las distintas intervenciones del Consejo Constitucional desde la sanción de la ley hasta 2001; la decisión transcrita en el texto está resumida, con comentario favorable de GUYLÈNE, Nicolás, *Constitutionnalité de la loi allongeant le délai légal d'interruption volontaire de grossesse*, Le Dalloz, 2002, n° 24, pág. 1948; también en TURENNE, Sophie, *Le juge face à la désobéissance civile en droit américain et français comparé*, LGDJ, Paris, 2007, págs. 229.

embarazo dentro de las 12 primeras semanas de gestación? ¿Es constitucional que las Constituciones locales protejan la vida desde el momento de la concepción?¹⁰⁰ La primera pregunta se contestó afirmativamente al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, el día 29/30 de 2002¹⁰¹. La segunda tuvo igual respuesta al decidir las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007; el argumento central fue: la Constitución no protege el derecho a la vida como tal, sino su privación arbitraria; no puede obligarse al legislador a penalizar la interrupción del embarazo pues el orden constitucional no contiene un mandato en este sentido. La tercera también fue respondida afirmativamente¹⁰².

En Colombia, al igual que en otros países de Latinoamérica, originalmente, el aborto fue penalizado con escasas eximentes; la legislación fue controlada por el tribunal constitucional en diversas ocasiones. El cambio de timón lo produjo la sentencia C-355/2006¹⁰³; la causa tuvo origen en una petición de una mujer embarazada, de 34 años, que padecía de cáncer de útero, a quien los médicos le habían denegado el tratamiento de quimioterapia por afectar la vida del feto, por lo que ella solicitó la interrupción del embarazo. Al igual que en otros países la decisión provocó reacciones encontradas¹⁰⁴. En el mismo sentido que la sentencia brasileña que comento, el tribunal colombiano dijo que “De las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en

¹⁰⁰ Compulsar Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjec, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 27 y ss.

¹⁰¹ La respuesta ha sido aprobada por prestigiosa doctrina, entre otros, CARPIZO, Jorge, *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y Eutanasia*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 1/51. Un autor menciona esta sentencia entre aquellas que convirtieron a la Corte Suprema mexicana de un tribunal de casación en un verdadero tribunal constitucional (AZUELA GÜITRÓN, Mariano, *La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional*, en *Derecho Constitucional Latinoamericano*, ed. Konrad-Adenauer/Ciela, 2002, pág. 48). Otros señalan los avances procesales de la acción de inconstitucionalidad deducida (ORDÓÑEZ, Jorge, *El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México*, en CARBONELL, Miguel (coordinador) *Derechos fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, pág. 859. Un resumen de la sentencia se publica en MEDINA, Graciela y WINOGRAD, Carolina, *Informe sobre el aborto en México y su tratamiento judicial más reciente*, en *Rev. de Derecho privado y comunitario* 2002-1-779.

¹⁰² Ver VANELLA, Carolina A. *La Corte Suprema mexicana frente al derecho a la vida*, Sup. Act. 27/06/2013, pág. 1, AR/DOC/2183/2013.

¹⁰³ Señalo que, con anterioridad, votos disidentes en sentencias de 1994 y 1997 habían hecho prevalecer los derechos de la mujer en los casos de violación, incesto, mala formación del feto y amenaza para la vida o la salud de la mujer. Un sector de la doctrina criticó estas opiniones, hasta entonces minoritarias (ver HOYOS CASTAÑEDA, Ilva, *La persona y sus derechos*, ed. Universidad de la Sabana, Bogotá, 2000, pág. 113).

¹⁰⁴ Para la fuerte reacción de la Iglesia Católica, ver ORREGO HOYOS, Gloria, *La militancia conservadora contra el aborto no punible en Colombia: Constitución laica versus poder católico*, en JA 2011-II-1271.

este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que, al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última *ratio*".

En el 2007, el mismo tribunal intervino en un caso en el cual la empresa aseguradora de servicios de salud se negó a cubrir la intervención quirúrgica de aborto en una mujer de 24 años, que padecía de limitaciones de orden psíquico, sensorial y físico (parálisis motriz que la obligaba a trasladarse en silla de ruedas); el argumento era que no se había probado que el acto sexual fuese en contra de la voluntad de la mujer, pues no se había denunciado penalmente el hecho; la madre interpuso una acción de tutela que, rechazada por los jueces inferiores, fue finalmente acogida por el Tribunal constitucional. Poco más tarde, la sentencia T-388-2009, autorizó el adelantamiento del parto de un anencefálico obligando a la aseguradora de prestaciones de salud que cubriese los costos¹⁰⁵.

El Consejo de Estado colombiano ha puesto algunas barreras a la despenalización; en decisión del 13/3/2013, sostuvo que siendo que la sentencia C 355-2006 tuvo por finalizar despenalizar la práctica del aborto sólo en determinados casos (peligro para la vida o la salud de la mujer, grave malformación del feto o embarazo resultante de acto sexual sin consentimiento, o incesto) es inconstitucional el decreto de la presidencia de la Nación que impuso a todas las entidades prestadoras del servicio de salud tener disponibles servicios de este tipo para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al sistema general de seguridad social en salud, sin poner barreras administrativas para postergar la prestación de ese servicio; argumentó que la facultad reglamentaria no puede ejercerse en abstracto, ni frente a actos jurídicos distintos de las leyes o decretos leyes por lo que, ante la carencia de ley, la reglamentación de la sentencia judicial configuraba una indebida injerencia en la autonomía de la rama judicial¹⁰⁶.

En Bolivia, aunque el tribunal termina declarando la constitucionalidad de la penalización¹⁰⁷, en su sentencia del 5/2/2014 flexibiliza el aserto, por ej., cuando menciona

¹⁰⁵ Ver todos estos antecedentes en MUÑIZ, Javier, *La interrupción del embarazo en Colombia. El largo camino hacia su progresiva liberalización*, en Rev. Derecho de Familia, n° 55, Julio 2012, pág. 249.

¹⁰⁶ La decisión se publica en ED 252-197, con nota favorable de LAFFERRIÈRE, Jorge, *Una sentencia en Colombia anulando un reglamento de abortos no punibles, con resonancias en la Argentina*.

¹⁰⁷ En esto aciertan LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás - DE JESÚS, Ligia M. - FRANCK, María Inés *El derecho a*

a la Corte Interamericana en el caso Artavia referido al mayor o menor desarrollo del feto. El tribunal boliviano afirma que la protección de la vida del feto es una protección "gradual y se va incrementando desde la conjugación primaria del óvulo y espermatozoide denominado huevo o cigoto hasta el nacimiento"; por lo que "este Tribunal Constitucional Plurinacional concluye que un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión"; en apoyo de esta distinción (mayor o menor desarrollo del feto) cita los principios de "intervención mínima", "idoneidad", "proporcionalidad" y "subsidiariedad".

Perú también lucha por el acceso a los derechos reproductivos de la mujer¹⁰⁸.

5. Paralelismo entre la sentencia brasileña y la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F. A. L. el 13/3/2012¹⁰⁹

la vida en una sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, LL 2014-C- 286, AR/DOC/1302/2014, al comentar la sentencia boliviana que reseño en el texto.

¹⁰⁸Compulsar DADOR, María, *Barreras para el acceso a los derechos reproductivos. La penalización del aborto en casos de embarazo por violación*, JA 2011-II-1227.

¹⁰⁹ La sentencia fue ampliamente comentada, obviamente, a favor y en contra; con y sin reservas. Resulta imposible enumerar a todos; muchos comentarios están citados en otras notas de este trabajo. A favor, más allá de algunas críticas puntuales, entre otros GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La CSJN establece que el aborto voluntario es constitucional y convencional*, LL 2012-B-259 y en Rev. Derecho Penal y Criminología, año II, n° 3, Abril 2012, pág. 60; y *Aborto no punible, justicia constitucional y mundos jurídicos posibles*, LL 2012-F-6; EDWARDS, Carlos E., *La impunidad del aborto sentimental en la interpretación de la CSJA*, LL 2012-B-255, AR/DOC/1194/2012; GRISSETTI, Ricardo, *Aborto derivado de violación*, LL 2012-B-264, AR/DOC/1193/2012; NIÑO, Luis F., *La interrupción voluntaria del embarazo y el derecho penal. A propósito del fallo de la CSN en el caso F.A.L.*, en Rev. Pensar en Derecho, año 1, n° 0, UBA, pág. 283; SPAVENTA, Verónica, *Aborto no punible: con FAL, un paso más en el camino hacia el reconocimiento pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres*, en HERRERA-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LLOVERAS, *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia*, ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. IV pág. 421; AMETTE ESTRADA, Roberto, *Comentario a la sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva de la Corte Suprema*, JA 2012-III-399; GUIDI, Sebastián, *La verborragia y el silencio. Lo que faltó y sobró en el fallo F.A.L.*, JA 2010-III-414; LAMM, Eleonora, *El aborto ante la Corte Suprema. Una restricción menos, un paso más*, JA 2012-III-423; ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, *Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso FAL sobre aborto no punible*, en JA 2012-III-469; SANDOVAL, Omar, *El derecho a una buena administración del servicio de salud: la Corte ante una difícil decisión sobre el aborto*, JA 2012-III-477; CLERICO, Laura y RONCONI, Liliana, *Aborto no punible en caso de violación: una aclaración esperada. La tesis de la interpretación amplia a partir del fallo F.A.L.*, en JA 2012-II-319; FARRELL, Martín, *La decisión sobre el aborto desde*

No obstante, presenta rasgos muy interesantes. No me propongo hacer un análisis completo de esta sentencia, que tanta bibliografía ha generado, sino resaltar los aspectos más significativos relativos a la función del juez.

(a) Las cuestiones abstractas y el deber de pronunciarse.

El caso había devenido abstracto, pues la interrupción del embarazo ya se había producido, incluso, cuando el recurso extraordinario se interpuso. No obstante, la Corte asumió el caso¹¹⁰. Entre otros argumentos, dijo: “Dada la rapidez con que se produce el desenlace de estas situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer *todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos*, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos *susceptibles de repetición*, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U.S. 113-1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo –o su eventual interrupción– jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En

una perspectiva moral, JA 2012-II-328. En contra, GELLI, María A., *Efectos regresivos de una sentencia en punto a la protección del derecho a la vida*, JA 2012-II-349; ZAMBRANO, Pilar y SACRISTÁN, Estela, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.A.L. y la relativización de los derechos fundamentales*, en JA 2012-II-385. Lamentablemente, los contradictores de la sentencia no siempre guardan el estilo, acusando al tribunal, como mínimo, de falaz; ver, entre otros, LANZ, Federico, *Dos interpretaciones en pugna en torno al aborto no punible por causa de violación*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2013 (octubre), 01/10/2013, pág. 163, AR/DOC/2362/2013; PASTORE, Analía G. *El costo de los protocolos de abortos no punibles*, Derecho de Familia y de las Personas 2014 (marzo) pág. 252, AR/DOC/4757/2013; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto *Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)*, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 30/04/2013, 30/04/2013, LL 2013-C-717; VÍTOLO, Alfredo, *Una sentencia arbitraria: el fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en JA 2012-II-403; CHIAPPINI, Julio, *Una interpretación amplia de la CSJN respecto del aborto no punible*, LL 2012-B-250, AR/DOC/1192/2012; LAFERRIERE, Jorge N., *Retroceso del derecho humano a la vida en un fallo de la CSJN sobre aborto*, LL 2012-B-271, AR/DOC/1205/2012; SAMBRIZZI, Eduardo, *El fallo de la CSJN sobre aborto*, LL 2012-B-277, AR/DOC/1203/2012. La revista El Derecho publicó en el t. 247, en págs. 835 a 956, bajo el acápite “Política Criminal”, 11 artículos, de diferentes autores, en contra de lo resuelto, precedidos de una convocatoria de la editorial a no cumplir con lo decidido en la sentencia. Entre los críticos a la sentencia está el nuevo integrante de la Corte Suprema, Horacio Rosatti, por lo que, al igual que en USA, las nuevas integraciones hacen temer retrocesos en la materia (Ver ROSATTI, Horacio, *Derecho a la vida e integridad personal*, en SABSAY, Daniel (director) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias*, Bs. As., ed. Hammurabi, 2016, t. 5 pág. 136 y ss.

¹¹⁰ Compulsar BONGIOVANNI SERVERA, José G., *Aunque la Corte debió callar, ha sido un gusto escucharla (A propósito de la admisibilidad del recurso extraordinario federal en el caso de aborto)* JA 2012-II-292.

consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”¹¹¹.

(b) La cuestión abstracta y los derechos de la mujer, como integrante de un grupo que exige constitucionalmente acciones positivas, por tratarse de un supuesto de desigualdad estructural.

No declarar el caso abstracto implica que la Corte, con visión de género, consideró que estaban involucrados derechos e intereses de todas las mujeres. Así lo entendieron también, al presentarse como *amicus curiae*, organizaciones de derechos humanos y prestigiosos expertos de Latinoamérica, Estados Unidos, Canadá y Europa, entre otros, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, Católicas por el derecho a decidir, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro de Pesquisas em Saúde reproductiva (CEMICAMP) (Brasil), la Comisión de la Mujer de la Universidad Nacional de Salta, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), el Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro (CLACAI) — Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Human Rights Watch (Estados Unidos), el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR), el Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva, Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (Canadá), la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, The Irish Family Planning Association (Irlanda) y Women's Link Worldwide (Colombia). Obviamente, también, se presentaron varias organizaciones solicitando se revocara la sentencia del Superior Tribunal provincial.

Un autor critica severamente a la Corte Federal: “Una vez más, la Corte ha elegido un caso extremo y en lugar de adoptar una solución singular y muy circunstanciada, ha emprendido una cabalgata constitucional —favorecida además por la libertad de escribir que dan los casos abstractos— que se extiende hasta los confines de una solución universal, comprensiva de todos los casos imaginables, no importa cuán distintos sean del que motivó la decisión. La solución es la misma para una niña soltera de quince años que para una mujer adulta y casada”¹¹².

No comparto la crítica. La Corte Suprema de la Nación reconoce en el caso planteado un supuesto de *desigualdad estructural* que le permite decidirlo no sólo para las personas

¹¹¹Las cursivas me pertenecen.

¹¹² BIANCHI, Alberto B., *Un avance preocupante en la legalización del aborto*, LL 2012-B-241, [AR/DOC/1207/2012](http://www.ar/doc/1207/2012).

directamente involucradas, sino para todo el colectivo, a la manera de la Corte estadounidense, que cuando se pronunció en *Brown c/Board of Education*, no decidió sólo para Brown, sino para todos los niños negros¹¹³.

(c) La judicialización como instrumento de desprotección de derechos.

La Corte reconoce que, en determinados asuntos, la judicialización perjudica el ejercicio real de los derechos. “La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”; “se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y *convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales*, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación”¹¹⁴.

(d) La palabra concepción en la Convención interamericana de Derechos Humanos y la constitucionalidad de las eximentes

La Corte se hace cargo del art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica que, como es bien sabido, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

No es del caso repetir todos los antecedentes de esta norma, pero la doctrina más autorizada reconoce que la expresión “en general” fue incorporada, justamente, para afirmar que no violan la convención las disposiciones existentes en los diferentes países que establecen eximentes o razones de no punibilidad¹¹⁵.

¹¹³ Para el tema de la desigualdad estructural y el rol de los jueces ver SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, ed. Siglo veintiuno, Bs. As., 2016.

¹¹⁴ Las cursivas me pertenecen. Para el tema, ver MIGNON, Belén, *Los derechos sexuales y reproductivos: la judicialización como estrategia obturadora en su efectivo ejercicio y reconocimiento*, en Herrera-Kemelmajer de Carlucci-Lloveras, *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia*, ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. IV pág. 539.

¹¹⁵ Compulsar FAERMAN, Romina, *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, ed. A. Perrot, 2008, t. II, pág. 658.

Nadie discute que hay vida desde la concepción, pero esa vida incrementa gradualmente su valor, desde la concepción hasta el nacimiento. Hay casos en los que está justificado sacrificar una vida temprana¹¹⁶.

En definitiva, la Corte sostiene que el Tratado no sólo no prohíbe la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impide castigarlos respecto de toda víctima de violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y legalidad.

Es la misma posición que asumió la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-355-2006: “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”.

Esta interpretación ha sido convalidada por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo v Costa Rica*, no sólo en los párrafos citados supra n°4.f) sino cuando específicamente cita el caso *F.A.L.* “La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, “por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto” como el previsto en el Código Penal argentino”.

(e) La responsabilidad internacional del Estado por el defectuoso funcionamiento del sistema de salud y el de justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló la responsabilidad internacional del Estado en diversos párrafos.

Lo dijo para justificar su intervención, aunque la cuestión había devenido abstracta; en este aspecto, parecería que el argumento era innecesario, pues la sentencia recurrida

¹¹⁶ FARRELL, Martín O., *La decisión sobre el aborto desde una perspectiva moral*, JA 2012-II, 23/5/2012 pág. 59.

era acorde con lo resuelto por los organismos internacionales¹¹⁷. En cambio, es relevante cuando lo esgrimió para indicar que varios organismos internacionales se han pronunciado *censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales* (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente).

Dos autoras afirman que la sentencia confunde el pretendido derecho de libertad a la no penalización del aborto con el derecho de prestación positiva a recibir ayuda médica para abortar¹¹⁸. En el mismo sentido, otro autor incita a distinguir entre eximentes de punibilidad y concesión de derechos¹¹⁹.

La crítica se responde con lo decidido por el T.E.D.H., el 20/3/2007, *Tysiack v/ Poland* y el 30/10/2012, en el caso *P. and S. v. Poland*. De nada sirve la despenalización si no se acompaña de acciones positivas para que las mujeres realmente puedan abortar en los casos legalmente permitidos¹²⁰. Como dice Noam Chomsky “Una libertad sin una opción real para ejercerla es un regalo del diablo”.

(f) La exhortación a los sistemas locales de salud y su eficacia en los hechos.

En línea con otras decisiones calificadas de “exhortativas”¹²¹, la Corte Suprema de la Nación recomendó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos

¹¹⁷ BONGIOVANNI SERVERA, José G., *Aunque la Corte debió callar, ha sido un gusto escucharla (A propósito de la admisibilidad del recurso extraordinario federal en el caso de aborto)* JA 2012-II-298.

¹¹⁸ ZAMBRANO, Pilar y SACRISTÁN, Estela, *El derecho a la vida y el aborto*, en RIVERA, J.C (h) y otros (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, 2014, t. I, pág. 655.

¹¹⁹ BENÍTEZ, Juan José, *¿Puede una eximente de punibilidad dar derechos?*, LL 2012-E-145.

¹²⁰ Ver mi comentario a la primera sentencia mencionada en el texto en *El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino*, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 2007, pág. 256 y libro Homenaje a Cecilia Grosman, Rubinzal Culzoni, 2009, t. II, pág. 363. Para la situación en Polonia, ver BODNAR, Adam, *Revisión de fallos referida a la falta de disponibilidad de los accesos a los servicios de interrupción de embarazos en Polonia*, JA 2011-II-1239.

¹²¹ La doctrina ha señalado los riesgos para la credibilidad del Poder Judicial de este tipo de sentencias. Ver MAURINO, Gustavo, *El aborto ante los estrados de la justicia: el desafío de la Corte Suprema como poder configurador del derecho (real)* Apuestas y herramientas, en JA 2012-III-439; BÖHMER, Martín, *Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas*, JA 2012-II-285; dice este autor: “Si las exhortaciones tienen eco, si las políticas públicas reciben estas propuestas, si la legislación se modifica, o si las prácticas sociales se encaminan dentro de los límites sugeridos por la sentencia, entonces podremos decir que la sentencia ha tenido toda la eficacia que se puede esperar de ella”; JALIL, Julián Emil - VAN DOMSELAAR, Carolina *Protocolo de procedimientos para la atención integral de los casos de aborto no punibles. La legitimación procesal activa en las acciones de amparo ante su falta de implementación*, Derecho de Familia y de las Personas, 2014 (diciembre), 03/12/2014, pág. 185, AR/DOC/3540/2014 (los autores critican, con razón, a la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza que negó legitimación a una asociación que reclamaba el dictado del protocolo en la

Aires implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles que permitan: remover todas las barreras administrativas o fácticas; garantizar información y confidencialidad; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; articular mecanismos que permitan resolver sin dilaciones ni consecuencias para la salud los desacuerdos que pudieran existir entre la mujer encinta y el profesional interviniente; disponer de un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia, sin derivaciones o demoras, manifestándola al momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud para que la institución siempre cuente con recursos humanos suficientes para garantizar el permanente ejercicio de los derechos de las víctimas de violencia sexual; brindar asistencia a las víctimas en forma inmediata y expeditiva resguardando la salud, la integridad física, psíquica, sexual y reproductiva en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática; otorgar tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; obtener y conservar las pruebas vinculadas con el delito; brindar asistencia psicológica inmediata y prolongada, y brindar asesoramiento legal del caso.

Lamentablemente, no todas las provincias han respondido al llamado¹²² y la Corte ha descartado hacer seguimiento para verificar en qué medida su exhortación ha sido cumplida; en efecto, el 3/6/2014 rechazó el pedido a una audiencia pública a tal fin, solicitada por la Asociación de Derechos civiles, otras organizaciones civiles y la propia

provincia). Para una visión aún más crítica, ver THURY CORNEJO, Valentín, *Atajos constitucionales o la paradoja de saltarse vallas para derribarlas*, JA 2012-II-365.

¹²² Un estado actualizado de la cuestión en las diversas provincias puede verse en ANDÍA, María Gracia *Sobre el protocolo para la atención de abortos no punibles en la provincia de Buenos Aires*, DFyP 2016 (diciembre), 07/12/2016, pág. 213, Cita Online: AR/DOC/3655/2016; ver también, DEZA, Soledad: *Protocolos para abortos no punibles*, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, 2015 (agosto), 20/08/2015, pág. 224, AR/DOC/2157/2015. Para la situación en Córdoba, GARCÍA GILARDONI, Virginia E. *El aborto en la Argentina. Divergencia de criterios interpretativos del artículo 86 a nivel nacional y provincial*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (mayo), 07/05/2015, pág. 36, AR/DOC/2659/2014; en la CABA, GOLDSZTERN DE REMPEL, Noemí *Hacia una correcta interpretación de los protocolos para la atención de los abortos no punibles*, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (octubre), 07/10/2013, pág. 227, AR/DOC/3412/2013; SÁ ZEICHEN, Gustavo, *De frenos y contrapesos. Derecho a la vida. Comentario al fallo Rachid*, en Rev. Derecho Penal y Criminología, año IV, n° 6, julio 2014, pág. 122 y ss AR/DOC/3079/2013; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo o paleoconstitucionalismo: notas sobre aborto voluntario, control de constitucionalidad y convencionalidad y veto*, LLCABA, 2013 (agosto), pág. 347, AR/DOC/3076/2013. Algunos autores han apoyado la resistencia de la justicia cordobesa, en mi opinión, no sin cierto fundamentalismo o, como mínimo, acordándose tardíamente del federalismo, (Ver, entre otros, FLEMING CÁNEPA, Eugenia - RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Aborto no punible. Réplicas locales a propósito de la causa "F.A.L" de la Corte Suprema*, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (septiembre), 05/09/2013, pág. 209, AR/DOC/3084/2013; CARNOTA, Walter F. *Los pronunciamientos de la Corte Suprema y el federalismo argentino*, LL 2013-D-265, AR/DOC/2486/2013).

Defensora General de la Nación. La Corte sostuvo que su jurisdicción había concluido con el dictado de la sentencia¹²³.

De cualquier modo, cuando la resistencia judicial frenó los alcances de lo decidido en FAL, la Corte se encargó de darle eficacia. Así, en la causa "Pro Familia Asociación Civil c. GCBA s/impugnación de actos administrativos", en el marco de un conflicto positivo de competencia, resolvió que hasta tanto se dilucidara esa cuestión formal, suspendía la medida cautelar dictada por uno de los fueros intervinientes (la justicia nacional civil) y notificó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, ante el pedido de realizarse un aborto no punible de una mujer víctima de trata de personas, múltiplemente violada y embarazada, debía proceder a garantizar dicha práctica en un hospital público, prescindiendo de la resolución judicial que había dispuesto suspenderla¹²⁴.

Algunos superiores tribunales de provincia han prestado su apoyo incondicional al caso F.A.L., revocando con fundadas razones, decisiones de primera instancia que negaron autorización para interrumpir el embarazo aún en el caso de adolescentes en claras condiciones de vulnerabilidad¹²⁵.

No obstante, esa posición no es unánime.

En suma, quizás haya que recordar que "dado que las Cortes carecen de todo poder político para comandar lealtades, la efectividad de sus sentencias depende del respeto por el Poder Judicial y el imperio de la ley; este es su capital institucional, un recurso valioso que debe ser protegido y usado de modo inteligente"¹²⁶.

g) Conclusiones provisorias sobre el caso "F.A.L."

Algunos autores, lamentándose, afirman que Argentina recorre un camino inexorable hacia la legalización del aborto¹²⁷ y que "la interrupción del embarazo fruto de una violación no es una medida apta para restablecer los derechos vulnerados por el acto atroz. Si la asistencia del Estado frente a una víctima de violencia sexual se limitará a practicarle un aborto rápido, gratuito y seguro, nada estarán haciendo las autoridades en protección de esa mujer, niña, adolescente o adulta, capaz o no, que ha sido violada. El aborto en caso de violación es una política de bajo costo, porque es mucho más económico suprimir una vida

¹²³ Doc. Jud. Año XXX n° 18, 30/4/2014, pág. 29 y JA 2014-I-617.

¹²⁴ CSN, 11/10/2012, LL 2012-F1, AR/JUR/51349/2012, con notas de GIL DOMÍNGUEZ, *Aborto no punible, justicia constitucional y mundos jurídicos posibles*, AR/DOC/5320/2012 y de IBARLUCÍA, Emilio, *¿Tienen legitimación las ONG para pedir la suspensión de su aborto?* AR/DOC/5319/2012.

¹²⁵ Para el tema en Salta, ver TAZZA, Alejandro O, *El delito de aborto y la obligatoriedad de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia*, Doc. Jud. 28/05/2014, pág.19, AR/DOC/1337/2014.

¹²⁶ RICHARD y SOMEK, *Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions*, en Rev. Investigaciones, Bs As, ed. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2000 n° 3, pág. 751. Se refieren a las cortes de USA y de Alemania.

¹²⁷ BASSET, Úrsula C. *¿Legalizar el aborto?*, LL 2012-F, pág.111, AR/DOC/5377/2012.

y dejar expuesta a la víctima a futuras violaciones —sobre todo en los casos de abuso intrafamiliar— que brindarle una protección integral y favorecer la supervivencia del concebido¹²⁸. En esta línea, algunos calificaron la sentencia de “terrible”¹²⁹.

Otros señalan que la sentencia FAL *ratifica la constitucionalidad y convencionalidad* del artículo 86 del Código Penal¹³⁰, e implica un progreso al realizar una serie de recomendaciones para remover los obstáculos que restringen el acceso al aborto no punible en el país.

En mi opinión, la decisión es un importante paso adelante: “a partir de este fallo, los caminos posibles para las mujeres o niñas que sufran ese calvario va a ser menos tortuoso. Se avanza hacia un cambio de paradigma: de un Estado obstructor y revictimizador, a un Estado compasivo y facilitador”¹³¹.

6. ¿Hay signos de avances hacia la despenalización en la jurisprudencia nacional?

Un señor denunció a una mujer, su pareja, que estaba embarazada, y a dos médicas que le proporcionaron la medicación necesaria para que la gestante pudiera interrumpir el embarazo¹³². La jueza interviniente reconoció que el accionar de las tres coimputadas estuvo dirigido a interrumpir el curso del embarazo. No obstante, rechazó la solicitud de llamar a indagatoria del titular de la Fiscalía de Instrucción y sobreseyó a las tres personas imputadas; entendió que el hecho objeto del proceso se encontraba justificado al verificarse los tres requisitos para encuadrar las conductas como un caso de “aborto

¹²⁸ GALLI FIANI, María Magdalena *Efectos de la jurisprudencia de la corte suprema en materia de abortos no punibles*, LL 2014-E -366, AR/DOC/3278/2014.

¹²⁹ GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, *El aborto no punible en caso de violación* LLC 2012 (noviembre) pág. 1056, AR/DOC/5603/2012.

¹³⁰ LEONARDI, María Celeste. *La exigibilidad judicial de los derechos reproductivos*, UNLP 2015, 20/11/2015, pág. 266, AR/DOC/3678/2015.

¹³¹ MORGENSTERN, Federico, *Zugzwang: La Corte Suprema y el aborto no punible*, JA 2012-II-356

¹³² Juz. Nac. 1° instancia en lo Criminal de Instrucción n° 16, 28/6/2016, Derecho Penal y Procesal Penal, 2016, n° 12, diciembre, pág. 2403; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *El derecho a la interrupción legal del embarazo y la violencia de género*, LLCABA2016 (octubre), pág. 6, AR/DOC/3098/2016; YAHIA, Julieta, *La violencia de género en los abortos no punibles. A propósito de una correcta decisión judicial*, en DPYC 2016 (noviembre), 03/11/2016, pág. 116, AR/DOC/3312/2016 (La tesis doctoral de la autora lleva por título *Los abortos no punibles en el código penal argentino*; ha sido publicada por la facultad de derecho de la UBA con cooperación con editorial La Ley). En contra de lo decidido, GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, *Crítica a una sentencia pro-aborto*, LLCABA, 2016 (octubre), pág. 6, AR/DOC/2951/2016 (el autor critica, incluso, que se llame interrupción del embarazo al aborto).

terapéutico", previsto en el art. 86, inc. 1, del CP, en razón (i) del peligro para la salud de la mujer embarazada (dados los hechos de violencia de su marido), (ii) su consentimiento sin vicio alguno, y (iii) la calidad de médicas matriculadas de las otras dos imputadas.

Dejo al lector el relato del caso para que responda, a su gusto, la pregunta del epígrafe.

7. Palabras de cierre

Alguien podrá pensar que los tres jueces brasileños que hicieron mayoría pensaron que este sería "el caso" que les permitiría pasar a la historia del derecho judicial de su país. Sería una visión muy mezquina, que parte de una presunción que no cuenta, ni siquiera, con indicios en los cuales apoyarse.

Por mi parte, creo que ellos abrieron un camino que debe ser recorrido. En definitiva, se alinearon en la posición que debería tomar el legislador, tal como lo hizo el uruguayo en octubre de 2012, al despenalizar el aborto en los primeros tres meses de gestación, proveyendo de cobertura médica a la mujer, si se respetan las pautas razonables fijadas¹³³.

Ojalá el legislador de otros países de América Latina tome el mismo rumbo. Mientras ello no ocurra, parece que los jueces deben tomar la posta, aunque hayan sido designados por gobiernos no tan liberales, como ocurrió con la jueza Sandra O'Connors, primera mujer que llegó a la Corte de los Estados Unidos que, pese a haber sido nominada por el presidente Reagan, impidió, al menos dos veces, que ese tribunal abandonara la doctrina sentada en *Roe v/Wade*.

De otro modo, se incumplen las recomendaciones de organismos internacionales, con las consiguientes responsabilidades: "El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. *El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal*"¹³⁴.

¹³³ No comparto, pues, ninguna de las críticas a esa legislación que formula ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Comentario a la Ley y Decreto reglamentario sobre Aborto en Uruguay*, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (julio), 19/07/2013, pág. 162 AR/DOC/2248/2013

¹³⁴ Comité de Derechos Humanos, "Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina", CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010, párr. 13. En igual sentido, en informe del 18/11/2016 (CEDAW/C/ARG/CO/7) el Comité CEDAW recomendó a la Argentina: El Estado nacional debe: (i) sancionar el proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo; (ii) asegurar que todas las provincias tengan protocolos para la atención de los abortos legales, en línea con el [Protocolo del](#)

Bibliografía

AJA ESPIIL, Jorge, La doctrina de la Corte de los EEUU en materia de aborto, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Bs. As., año XXXI, n° 24, 1986, pag.219 y ss.

ALAEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs.727/886.

ALONSO, Juan Pablo, Violación, aborto y las palabras de la ley, en Pensar en Derecho, año 1, n° 0, Facultad de Derecho, Universidad de Bs As, 2012, pág. 326.

ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso FAL sobre aborto no punible, en JA 2012-III-469.

AMETTE ESTRADA, Roberto, Comentario a la sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva de la Corte Suprema, JA 2012-III-399.

ANDÍA, María Gracia Sobre el protocolo para la atención de abortos no punibles en la provincia de Buenos Aires, Derecho de Familia y de las Personas, 2016 (diciembre), 07/12/2016, pág. 213, Cita Online: AR/DOC/3655/2016.

ARAZI, Roland, Una sentencia ejemplar, JA 2006-IV-221.

AZUELA GÜITRÓN, Mariano, La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional, en Derecho Constitucional Latinoamericano, ed. Konrad-Adenauer/Ciela, 2002, pág. 48).

BACH DE CHAZAL, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino, ed. El Derecho, Bs. As., 2009, pág. 350.

[Ministerio de Salud de la Nación](#): (iii) Garantizar el acceso a abortos legales y seguros, y a servicios pos aborto; (iv) Establecer requisitos estrictos para evitar el uso indiscriminado de la objeción de conciencia.

BARBISAN, Benedetta, La tutela dei diritti fondamentali negli Stati Uniti: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti, en MALFATTI, Elena (a cura di), Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione, ed. Giappichelli, Torino, 2002, pág. 369.

BARRA, Rodolfo, La "banalidad del aborto. A propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de USA en la causa Gonzalez, Attorney General v/Carhart, en DELPIAZZO, Carlos (coordinador), Estudios jurídicos en homenaje al prof. Mariano R. Brito, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pág. 33.

BASSET, Úrsula C. ¿Legalizar el aborto?, LL 2012-F, pág.111, AR/DOC/5377/2012.

BENÍTEZ, Juan José, ¿Puede una eximente de punibilidad dar derechos?, LL 2012-E-145.

BERGALLO, Paola (compiladora) Justicia, género y reproducción, ed. Librería, Bs As, 2010.

BERGALLO, Paola, A propósito de un caso formoseño. Las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto, en Rev. Derecho de Familia, n° 54, mayo 2012, pág. 310.

BERGEL, Salvador Darío, De embriones, patentes y dignidad humana, LL 2012-B-39, cita on line EU/JUR/2/2011.

BIANCHI, Alberto B., Un avance preocupante en la legalización del aborto, LL 2012-B-241, AR/DOC/1207/2012.

BIDART CAMPOS, Germán, Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico. Entre medio: aborto, vida, salud, igualdad, LL 1998-F-545.

BODNAR, Adam, Revisión de fallos referida a la falta de disponibilidad de los accesos a los servicios de interrupción de embarazos en Polonia, JA 2011-II-1239.

BÖHMER, Martín, Prestamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) Teoría y crítica del derecho constitucional, ed. A. Perrot, Bs. As, 2008, t. II, pág. 1085.

BÖHMER, Martín, Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas, JA 2012-II-285.

BON, Pierre, Rapport, en LENOIR, Noëlle et autres (direction de), Constitution et Éthique biomédicale, ed. La documentation française Paris, 1998, pág. 73.

BONGIOVANNI SERVERA, José G., Aunque la Corte debió callar, ha sido un gusto escucharla (A propósito de la admisibilidad del recurso extraordinario federal en el caso de aborto) JA 2012-II-292.

BONGIOVANNI SERVERA, José G., Aunque la Corte debió callar, ha sido un gusto escucharla (A propósito de la admisibilidad del recurso extraordinario federal en el caso de aborto) JA 2012-II-298.

BRUBALLA, Sandra M, La reglamentación del aborto legal en la Ciudad de Buenos Aires: contiendas judiciales a partir del precedente "F. A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (diciembre), 02/12/2015, pág. 49. Cita Online: AR/DOC/3931/2015.

BULLEMORE, Vivian R. G, Una perspectiva sobre el aborto en el ordenamiento jurídico chileno, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2013 (marzo), 01/03/2013, pág. 3, AR/DOC/564/2013).

CARAMELO, Gustavo, Aborto no punible y autonomía de la víctima, JA 2012-II-301.

CARBAJAL, Mariana, El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente, Paidós, Bs As, 2009.

CARNOTA, Walter F. Los pronunciamientos de la Corte Suprema y el federalismo argentino, LL 2013-D-265, AR/DOC/2486/2013.

CARNOTA, Walter, La interpretación del art. 86 inc. 2 por la CSJA, LL 2012-B-249, AR/DOC/1204/2012.

CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, Derechos humanos, aborto y Eutanasia, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 55.

CARPIZO, Jorge, La interrupción del embarazo antes de las doce semanas, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, Derechos humanos, aborto y Eutanasia, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 49.

CASADO María, ¿Es la maternidad lo que hace auténticamente mujeres a las mujeres? (Can women be defined by the freedom of motherhood choice?), Gaceta Sanitaria 2012; 26(3):201–202.

CASADO, María, A propósito del aborto, Revista de Bioética y Derecho. N° 12, enero 2008. pág. 17.

CASAS, Laura J. Impacto de las leyes dictadas en la última década en la Argentina respecto a la salud sexual y la salud reproductiva, en Doc. Jud. 16/09/2015, pág. 12, Cita Online: AR/DOC/1614/2015.

CLERICO, Laura y RONCONI, Liliana, Aborto no punible en caso de violación: una aclaración esperada. La tesis de la interpretación amplia a partir del fallo F.A.L, en JA 2012-II-319.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG (2000), pár. 14.

COSSÍO DÍAZ, OROZCO y VILLA Y CONESA LABASTIDA, Estudio preliminar al libro de TRIBE, Laurence H., El aborto: guerra de absolutos, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012.

CRESPO-BRAUNER, Maria C., Changement e résistance du droit face à l'autonomie de la femme sur son corps: le cadre brésilien, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale, ed. Bruylant, 2013, pág. 254.

CRUZ, Luis, La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos, ed. Comares, Granada, 2005, pág. 42/46.

CHIAPPINI, Julio, Una interpretación amplia de la CSJN respecto del aborto no punible, LL 2012-B-250, AR/DOC/1192/2012.

D'ALOIA, Antonio (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Jovene ed., Napoli, 2011.

DADOR, María, Barreras para el acceso a los derechos reproductivos. La penalización del aborto en casos de embarazo por violación, JA 2011-II-1227.

DEZA, Soledad Las mujeres muertas por violencia en Salta, LLNOA 2015 (noviembre), pág. 1041, Cita Online: AR/DOC/3800/2015.

DEZA, Soledad, Autonomía progresiva y aborto permitido por la ley con enfoque de género en salud, en ZAFFARONI, E.R. y HERRERA, Marisa, *El código civil y comercial y su incidencia en el derecho penal*, Hammurabi, Bs As, 2016, pág. 177.

DEZA, Soledad: Protocolos para abortos no punibles, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, 2015 (agosto), 20/08/2015, pág. 224, AR/DOC/2157/2015.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, La liberté de la femme chilienne sur son corps : une autonomie restreinte par la protection du nasciturus, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine. Approche internationale*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013, pág. 259.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994.

EDWARDS, Carlos E., La impunidad del aborto sentimental en la interpretación de la CSJA, LL 2012-B-255, AR/DOC/1194/2012.

ESPINOZA SALDAÑA, Eloy, "Ser juez(a) constitucional en América Latina en un contexto de crisis y el aporte del ius commune constitutionale para incidir a nivel jurisdiccional - sobre todo- en la "sala de máquinas", en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/585d95d80a7f4-eloy-espinoza-saldae-ser-juez-constitucional-en-america.pdf>.

FAERMAN, Romina, Algunos debates constitucionales sobre el aborto, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) Teoría y crítica del derecho constitucional, ed. A. Perrot, 2008, t. II, pág.658.

FAMÁ, M.V., HERRERA, M. y REVSIN, M. ¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?, en LL 2003-A-237.

FARRELL, Martín D. La ética del aborto y la eutanasia, A. Perrot, Bs As, 1985.

FARRELL, Martín O., La decisión sobre el aborto desde una perspectiva moral, JA 2012-II, pág. 59.

FERNÁNDEZ, Gustavo Ariel La desuetudo del delito de aborto. ¿En miras de una legislación despenalizadora del aborto?, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (octubre), 02/10/2015, pág. 10, Cita Online: AR/DOC/3024/2015.

FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013.

FLEMING CÁNEPA, Eugenia - RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, Aborto no punible. Réplicas locales a propósito de la causa "F.A.L" de la Corte Suprema, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (septiembre), 05/09/2013, pág. 209, AR/DOC/3084/2013.

FLETCHER, Ruth, La justicia reproductiva y la Constitución irlandesa (art. 40.3.3.), JA 2011-II-1255.

FORTUNA, Sebastián, Lamentablemente, una vez más, crónica de un aborto permitido, un recorrido judicial innecesario y una sentencia definitivamente justa, en Rev. Derecho de Familia 2010-III pág. 157.

GALLI FIANT, María Magdalena Efectos de la jurisprudencia de la corte suprema en materia de abortos no punibles, LL 2014-E -366, AR/DOC/3278/2014.

GARCÍA GILARDONI, Virginia E. El aborto en la Argentina. Divergencia de criterios interpretativos del artículo 86 a nivel nacional y provincial, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (mayo), 07/05/2015, pág. 36, AR/DOC/2659/2014.

GELLI, María A., Efectos regresivos de una sentencia en punto a la protección del derecho a la vida, JA 2012-II-349.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Ediar, Bs As., 2000.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Aborto no punible, justicia constitucional y mundos jurídicos posibles, LL 2012-F-6;

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Aborto voluntario y estado constitucional de derecho, LL 2006-D-1429 y en GARAY, Oscar (coordinador) Bioética en medicina, ed. Ad. Hoc. Bs. As., 2008, pág. 99.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, El derecho a la interrupción legal del embarazo y la violencia de género, LLCABA 2016 (octubre), pág. 6, Cita Online: AR/DOC/3098/2016.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Estado constitucional de derecho y aborto voluntario, en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, La CSJN establece que el aborto voluntario es constitucional y convencional, LL 2012-B-259 y en Rev. Derecho Penal y Criminología, año II, n° 3, Abril 2012, pág. 60;

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Neoconstitucionalismo o paleoconstitucionalismo: notas sobre aborto voluntario, control de constitucionalidad y convencionalidad y veto, LL CABA 2013 (agosto), pág. 347, Cita Online: AR/DOC/3076/2013.

GIMÉNEZ, Oscar Marcelo, Despenalización del aborto: entre la religión y el Estado, ed. Lerner, Córdoba, 2006.

GOLDSZTERN DE REMPEL, Noemí Hacia una correcta interpretación de los protocolos para la atención de los abortos no punibles, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (octubre), 07/10/2013, pág. 227, AR/DOC/3412/2013.

GÓMEZ BISOGNO, Francisco, Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio, ed. UNAM y otros, México, 2008, t. VI pág. 386.

GOMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (a cargo de) Las decisiones básicas del Tribunal constitucional, ed. Civitas, 2006, pág. 227.

GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, Crítica a una sentencia pro-aborto, LLCABA, 2016 (octubre), pág. 6, AR/DOC/2951/2016.

GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, El aborto no punible en caso de violación LLC 2012 (noviembre) pág. 1056, AR/DOC/5603/2012.

GONZÁLEZ, Ana y DURAN, Juanita, La causal salud en el marco de los derechos humanos, JA 2012-III-408.

GORDON, Linda, La lucha por la libertad reproductiva: tres etapas del feminismo, en BERGALLO, Paola (compiladora) Justicia, género y reproducción, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 28.

GRISSETTI, Ricardo, Aborto derivado de violación, LL 2012-B-264, AR/DOC/1193/2012.

GROSSMANN, Atina, Reforming Sex, The German Movement for Birth Control and Abortion Reform 1920-1950, Oxford University Press, 1995.

GUIDI, Sebastián, La verborragia y el silencio. Lo que faltó y sobró en el fallo F.A.L, JA 2010-III-414.

GUYLÈNE, Nicolás, Constitutionnalité de la loi allongeant le délai légal d'interruption volontaire de grossesse, Le Dalloz, 2002, n° 24, pág. 1948.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva, La persona y sus derechos, ed. Universidad de la Sabana, Bogotá, 2000, pág. 113).

IADICICCO, Maria Pia, Il contributo della giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola alla complessa definizione di una ragionevole disciplina sull'aborto, en PÉREZ MIRAS y otros (directores) Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia, ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pág. 209.

IBARLUCÍA, Emilio, ¿Tienen legitimación las ONG para pedir la suspensión de su aborto? AR/DOC/5319/2012.

IZQUIERDO, Florentino, Aborto y constitución nacional. Necesidad de modificar el código penal argentino, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, pág.157.

JALIL, Julián Emil - VAN DOMSELAAR, Carolina Protocolo de procedimientos para la atención integral de los casos de aborto no punibles. La legitimación procesal activa en las acciones de amparo ante su falta de implementación, Derecho de Familia y de las Personas, 2014 (diciembre), 03/12/2014, pág. 185, AR/DOC/3540/2014.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis El aborto y su impunidad, LA LEY t. 26, pág. 977, reproducido en Rev. Derecho Penal y Criminología, 2016 (mayo), 05/05/2016, pág. 209, AR/DOC/1814/2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?, en Revista de la Facultad de Derecho, Bioética y Desarrollo, Lima, Perú, N° 69-2012, págs. 169/199 y Rev. Derecho de Familia 57-2012, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 31.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y LLOVERAS, Nora, Dignidad humana y consentimiento de personas carentes de competencia (Art. 7 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos), en CASADO, María (coordinadora), Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Civitas-Thomson Reuters, Barcelona, 2009, pág. 219.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto

en el derecho argentino, *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, 2007, pág. 256 y en libro *Homenaje a Cecilia Grosman*, Rubinzal Culzoni, 2009, t. II, pág. 363.

LAFERRIÈRE, Jorge N., "Hobby lobby": la Corte Suprema de los Estados Unidos resguarda la libertad religiosa ante mandato abortivo, *Rev. Derecho de Familia y de las Personas*, 2015 (febrero), pág. 214, AR/DOC/2693/2014.

LAFERRIERE, Jorge N., Retroceso del derecho humano a la vida en un fallo de la CSJN sobre aborto, LL 2012-B-271, AR/DOC/1205/2012.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Anencefalia, aborto y parto inducido en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos, LL 2013-F-541.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., Una sentencia en Colombia anulando un reglamento de abortos no punibles, con resonancias en la Argentina, ED 252-197.

LAFFERRIÈRE, Jorge N., DE JESÚS, Ligia M. - FRANCK, María Inés El derecho a la vida en una sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, LL 2014-C- 286, AR/DOC/1302/2014.

LAFERRIÈRE, Jorge N. y DE GUADALUPE ROMERO RIVERO, D., Las sentencia de la Corte Suprema de los EEUU a favor de la libertad religiosa y la consejería pró-vida en el debate judicial del aborto, en ED 258-955.

LAMA AYMA. Alejandra, Menores y aborto: el fin de una situación discriminatoria, en NAVAS NAVARRO, Susana (directora) *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 577/606.

LAMM, Eleonora, Cesárea compulsiva. Otro claro ejemplo de que las posiciones absolutistas sólo conducen a soluciones injustas, *Rev. derecho de Familia* 2011-IV-127.

LAMM, Eleonora, El aborto ante la Corte Suprema. Una restricción menos, un paso más, JA 2012-III-423.

LAMM, Eleonora, La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres. *Rev. Derecho de Familia*, n° 55, pág. 25, AP/DOC/2181/2012.

LANZ, Federico, Dos interpretaciones en pugna en torno al aborto no punible por causa de violación, *Rev. Derecho Penal y Criminología*, 2013 (octubre), 01/10/2013, pág. 163, AR/DOC/2362/2013.

LARROUDÉ, Ariel, Las reglas del orden, *DPyC*, 03/11/2016, pág. 106, Cita Online: AR/DOC/3205/2016).

LEONARDI, María Celeste. La exigibilidad judicial de los derechos reproductivos, UNLP 2015, 20/11/2015, pág. 266, AR/DOC/3678/2015.

LEVY, Richard y SOMEK; Alexander, Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions, en *Rev. Investigaciones*, Bs As, CSN, 2000 n° 3, pág. 751.

LOW BLOCH, Susan, El rol de la Corte Suprema en los Estados Unidos, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ed. Konrad-Adenauer/Ciela, 2000, pág. 107.

MANCINI, Susanna, Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale, Cedam, Padova, 2012.

MARÍN GÁMEZ, José A., Aborto y Constitución, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.

MASSAGLIA, María V., Aborto. Embarazos incompatibles con la vida, ed. Lajouane, Bs As, 2005, pág. 40 y ss.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, prólogo al libro de STRUBBIA, Mario, Aspectos constitucionales del aborto, Nova Tesis, Bs As, 2006.

MAURINO, Gustavo, El aborto ante los estrados de la justicia: el desafío de la Corte Suprema como poder configurador del derecho (real) Apuestas y herramientas, en JA 2012-III-439.

MEDINA, Graciela y WINOGRAD, Carolina, Informe sobre el aborto en México y su tratamiento judicial más reciente, en *Rev. de Derecho privado y comunitario* 2002-1-779.

MIGNON, Belén, Los derechos sexuales y reproductivos: la judicialización como estrategia obturadora en su efectivo ejercicio y reconocimiento, en Herrera-Kemelmajer de Carlucci-Lloveras, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia, ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. IV pág. 539.

MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción y SIEIRA MUCIENTES, Sara, El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal, Bosch, Barcelona, 2000.

MORGENSTERN, Federico, Zugzwang: La Corte Suprema y el aborto no punible, JA 2012-II-356.

MUÑOZ, Javier, La interrupción del embarazo en Colombia. El largo camino hacia su progresiva liberalización, en *Rev. Derecho de Familia*, n° 55, Julio 2012, pág. 249.

NIÑO, Luis F., La interrupción voluntaria del embarazo y el derecho penal. A propósito del fallo de la CSN en el caso F.A.L., en *Rev. Pensar en Derecho*, año 1, n° 0, UBA, pág. 283.

ORDOÑEZ, Jorge, El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México, en CARBONELL, Miguel (coordinador) *Derechos fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, pág. 859.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Comentario a la Ley y Decreto reglamentario sobre Aborto en Uruguay, *Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (julio), 19/07/2013, pág. 162 AR/DOC/2248/2013.

ORFALI, Kristina, Biomédecine, corps de femme et corps social aux États-Unis, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale*, ed. Bruylant, 2013, pág. 308).

ORREGO HOYOS, Gloria, La militancia conservadora contra el aborto no punible en Colombia: Constitución laica versus poder católico, en JA 2011-II-1271.

OSORIO, Miguel A., Derecho al aborto o el derecho de las personas a no ser tratadas como un medio para fines colectivos, JA 2012-III-464.

PASTORE, Analía G. El costo de los protocolos de abortos no punibles, Derecho de Familia y de las Personas 2014 (marzo) pág. 252, AR/DOC/4757/2013.

RAMÓN MICHEL, Agustina, ¿Hay derecho a la custodia? Las mujeres y el aborto, JA 2012-III-445.

RHODE, Deborah, El embarazo adolescente y la política pública, en BERGALLO, Paola (compiladora) Justicia, género y reproducción, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 71.

RICHARD y SOMEK, Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions, en Rev. Investigaciones, Bs As, ed. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2000 n° 3, pág. 751.

RIZZIERI, Alessandro, L'aborto nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, en La Nuova giurisprudenza civile commentata, anno XVII, 2001, parte seconda, pag. 233.

RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote", en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote", en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

RODRÍGUEZ VARELA, Alberto Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto), Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 30/04/2013, 30/04/2013, LL 2013-C-717.

ROSATTI, Horacio, Derecho a la vida e integridad personal, en SABSAY, Daniel (director) Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, Bs. As., ed. Hammurabi, 2016, t. 5 pág. 136 y ss.

ROSATTI, Horacio, El código civil y comercial desde el derecho constitucional, ed. Rubinzal, Bs. AS., 2016, pág. 174/176.

ROSENKRANTZ, Carlos, En contra de los préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero, en Rev. Jurídica de la Universidad de Palermo, año 6 n° 1, 2005.

SABA, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, ed. Siglo veintiuno, Bs. As., 2016.

SAMBRIZZI, Eduardo, El fallo de la CSJN sobre aborto, LL 2012-B-277, AR/DOC/1203/2012.

SANDOVAL, Omar, El derecho a una buena administración del servicio de salud: la Corte ante una difícil decisión sobre el aborto, JA 2012-III-477.

SÁ ZEICHEN, Gustavo, De frenos y contrapesos. Derecho a la vida. Comentario al fallo Rachid, en Rev. Derecho Penal y Criminología, año IV, n° 6, julio 2014, pág. 122 y ss AR/DOC/3079/2013.

SCALERA, Antonio, La legge 194 ancora una volta al vaglio della consulta, en Famiglia e diritto, Ipsa, 11/2012, pág. 977.

SCHERMAN, Ida, Reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU declara la constitucionalidad de la prohibición del método de “nacimiento parcial” (Partial-Birth Abortion Ban Act, en Rev. Derecho de Familia n° 37, pág. 189 y en Rev. Investigaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006, pág.1/6.

SCHWARTZ, Pedro, Prácticas de interrupción del embarazo a partir del fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Rev. Derecho de Familia, n° 61 pág. 159.

SEYMOUR, John, Childbirth and the Law, Oxford University Press, 2000.

SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, La suprema Corte de EEUU y el aborto, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

SHAPIRO, Ian, El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 438.

SIEGEL, Reva, Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución, en BERGALLO, Paola (compiladora) Justicia, género y reproducción, ed. Libreria, Bs As, 2010, pág. 47.

SIVERINO BAVIO, Paula, Anencefalia, aborto e diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Suprema de Giustizia della Argentina, en D'ALOIA, Antonio (a cura di) Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale, ed. Giappichelli, Torino, 2005, pág.553.

SOLA, Juan Vicente, Control judicial de constitucionalidad, A.Perrot, Bs As, 2001, págs. 596/603. LOCKHART W., and Others, Constitutional Law. Cases-comments-questions, 7° ed., West Publishing Co., 1991, págs. 429/510.

SOLA, Juan Vicente, Derecho constitucional, ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2006, pág. 47.

SPAVENTA, Verónica, Aborto no punible: con FAL, un paso más en el camino hacia el reconocimiento pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en HERRERA-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LLOVERAS, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia, ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. IV pág. 421.

STRUBBIA, Mario, Aspectos constitucionales del aborto, Nova Tesis, Bs As, 2006:

TAZZA, Alejandro O, El delito de aborto y la obligatoriedad de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, Doc. Jud. 28/05/2014, pág.19, AR/DOC/1337/2014.

THURY CORNEJO, Valentín, Atajos constitucionales o la paradoja de saltarse vallas para derribarlas, JA 2012-II-365.

TODARELLO, Guillermo, El secreto profesional como instrumento garantizados del derecho constitucional a la intimidad, LL 2008-D-568

TOMAS VALIENTE, Carmen, La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, La suprema Corte de EEUU y el aborto, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pág. 94.

TOMAS VALIENTE, Carmen, La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, La suprema Corte de EEUU y el aborto, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pág. 94.

TRIBE, Laurence H., El aborto: guerra de absolutos, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 152.

TURENNE, Sophie, Le juge face à la désobéissance civile en droit américain et français comparé, LGDJ, Paris, 2007, págs.203/240.

VANELLA, Carolina A. La Corte Suprema mexicana frente al derecho a la vida, Sup. Act. 27/06/2013, pág. 1, AR/DOC/2183/2013.

VANELLA, Carolina, Aborto no punible: pedagogía de la autonomía personal, Rev. Derecho Penal y Criminología, año II, n° 3, abril 2012, pág. 72 y ss AR/DOC/1209/2012.

VÍTOLO, Alfredo M., Despenalizar el aborto es inconstitucional. Anteproyecto de reformas del código penal, LL, 2006-C-1404, AR/DOC/2062/2006.

VÍTOLO, Alfredo, Una sentencia arbitraria: el fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en JA 2012-II-403.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003. 5ta ed. Ginebra, 2007.

YAHIA, Julieta, La violencia de género en los abortos no punibles. A propósito de una correcta decisión judicial, en DPyC 2016 (noviembre), 03/11/2016, pág. 116, AR/DOC/3312/2016.

YAMIN, Alicia Ely y MAINE, Deborah, La mortalidad materna como una cuestión de derechos humanos: evaluando el cumplimiento de las obligaciones de tratados internacionales, en

BERGALLO, Paola (compiladora) Justicia, género y reproducción, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 135.

ZAMBRANO, Pilar y SACRISTÁN, Estela, ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.A.L. y la relativización de los derechos fundamentales, en JA 2012-II-385.

ZAMBRANO, Pilar y SACRISTÁN, Estela, El derecho a la vida y el aborto, en RIVERA, J.C (h) y otros (directores), Tratado de los derechos constitucionales, Abeledo Perrot, 2014, t. I, pág. 655.

ZAMBRANO, Pilar, El liberalismo político y la interpretación constitucional, JA 2011-III-1223.

ZOLLER, Elisabeth, Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis, ed. Puf, Paris, 2000, págs. 745/757. PADILLA, Miguel, La Corte Suprema de Justicia argentina y la Suprema Corte de justicia norteamericana, Historia de dos tribunales constitucionales, ed. Ad Hoc., 2004, pág. 523 (capítulo XXXIII).

ZURBRIGGERI, R y ANZORENA C. (compiladoras), El aborto como derecho de las mujeres. Otra historia es posible, ed. Herramienta, 2013.