



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

Una sentencia brasileña con visión de género

A brazilian sentence with gender perspective

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI *

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Aída Kemelmajer de Carlucci. Antigua Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cuyo, Argentina. E-mail: aidakemelmajer@carlucci.com.ar.

* Este texto forma parte de un trabajo más amplio que tiene su continuación en un análisis de la jurisprudencia constitucional comparada —en EEUU, Canadá, Europa y Latinoamérica, en especial de la situación en Argentina— que la autora publicará con ocasión del 25 aniversario de la Escuela Judicial de Salta, Argentina.

Resumen

Este artículo analiza el voto particular de Luis Roberto Barroso, juez del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, frente al Habeas Corpus 124.306 de la sala I del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (29/11/2016). Barroso argumenta 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 de Brasil y en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos. Este artículo sostiene que esta penalización no sólo perjudica al litigante, sino que profundiza el desprestigio del sistema de justicia.

Palabras clave: aborto; Derechos Humanos; justicia reproductiva; igualdad; género.

Abstract

This article analyzes the dissenting opinion of Luis Roberto Barroso, judge of the Supreme Federal Court of Brazil, on the Habeas Corpus 124.306 of Courtroom I of the Supreme Federal Court of Brazil (29/11/2016). Barroso argues that penalizing the voluntary end of pregnancy, consented by the woman and practiced during the first three months of pregnancy, violates fundamental rights established by Brazilian Constitution and International Conventions of Human Rights. The paper maintained that this penalization not only harms the litigant, but also deepens the discredit of the justice system.

Keywords: abortion; Human Rights; reproductive justice; equality; gender.

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”¹, 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, aún la de riesgo para la vida y la salud de la mujer⁴.

Más 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”, pues 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. Libreria, 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 controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012; BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Libreria, Bs As, 2010; ZURBRIGGERI, R y ANZORENA C. (compiladoras), *El aborto como*

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.

Este artículo pretende dar información sobre esa sentencia brasileña y analizar sus argumentos. Obviamente, estas reflexiones no 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 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 voluntad⁷, 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

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 Para 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).

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.

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”⁸. 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”⁹. En suma, como señala María Casado, el “aborto es el desenlace no deseado de un

⁸ FARRELL, Martín, *La decisión sobre el aborto desde una perspectiva moral*, JA 2012-II-341.

⁹ MORGENSTERN, Federico, *Zugzwang: La Corte Suprema y el aborto no punible*, JA 2012-II-356.

problema previo: el embarazo no deseado”¹⁰; por lo demás, “el reconocimiento del *derecho* al aborto no implica nunca la *obligación* de abortar”¹¹.

Por eso, es absolutamente injusto calificar como “propagandistas del aborto”¹² 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;

(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:

3.1. La protección de un bien relevante

La doctrina más prestigiosa afirma que el derecho penal es la última *ratio*¹³, 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”¹⁴. El prestigioso penalista mexicano Sergio García Ramírez, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coincide con este aserto¹⁵. Por lo tanto, cuando una

¹⁰ 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.

¹¹ CASADO, María, *A propósito del aborto*, Revista de Bioética y Derecho. N° 12, enero 2008. pág. 17.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Ediar, Bs As., 2000, pág. 39.

¹⁵ 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.

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.

3.2. 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.

Por eso, los derechos que tienen base en el bloque de constitucionalidad sirven, cual las cadenas de Ulises¹⁶, para no ceder a los clamores de las mayorías ocasionales en los tiempos de locura.

¹⁶ “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).

3.3. 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 párrafo 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.

4.1. Derecho a la autonomía personal de la mujer

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”¹⁷. 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 humana¹⁸.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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 (*cf.* Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos 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”¹⁹.

¹⁹ 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

No desconozco los grandes debates sobre las nociones de autonomía y dignidad²⁰. 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 feto²¹.

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 otra²². Como dice Dworkin, es necesario que el Estado garantice una serie de libertades contra imposiciones de “preferencias externas” de la sociedad²³. 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 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”²⁴. 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 mujeres²⁵.

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).

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ DEZA, Soledad *Las mujeres muertas por violencia en Salta*, LLNOA 2015 (noviembre), pág. 1041, Cita Online: AR/DOC/3800/2015.

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”²⁶. 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 malformaciones²⁷, pero debe avanzarse en el sentido del respeto de esa voluntad cuando la gestación es incipiente²⁸. 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 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”²⁹. Las situaciones que la realidad presenta muestran qué cierta es la frase “las tragedias de la vida cotidiana hacen que,

²⁶ CAMELO, Gustavo, *Aborto no punible y autonomía de la víctima*, JA 2012-II-301.

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 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 AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine. Approche internationale*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013, pág. 259.

²⁹ 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.

en un instante, cambie para siempre la vida de una persona”³⁰. 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”³¹.

4.2. 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 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”³².

³⁰ CAMELO, Gustavo, *Aborto no punible y autonomía de la víctima*, JA 2012-II-309.

³¹ 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.

³² Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, Barcelona, abril de 2008, www.bioeticayderecho.ub.edu.

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 mujer³³. 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 feto³⁴, 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 así³⁵. Cualquier embarazo tiene efectos sobre la salud; un embarazo no querido, no deseado, que se sienta como imposible, puede afectar la salud psíquica si, de algún modo, se fuerza a continuarlo³⁶.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ Ver, entre otros, GONZÁLEZ, Ana y DURAN, Juanita, *La causal salud en el marco de los derechos humanos*, JA 2012-III-408.

³⁶ RAMÓN MICHEL, Agustina, *¿Hay derecho a la custodia? Las mujeres y el aborto*, JA 2012-III-445.

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 mujer³⁷.

4.3. 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 Gordon³⁸; 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 deseada³⁹, o como dice Laurence Tribe, las primeras feministas luchaban para “no morir en el parto”⁴⁰. 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 reproducción⁴¹.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 152.

⁴¹ 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.

4.4. 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 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 padre⁴²; 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 abortar⁴³.

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”⁴⁴.

⁴² Compulsar, MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción y SIEIRA MUCIENTES, Sara, *El delito de aborto*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 19.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

4.5. 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 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”⁴⁵; “el aborto es un delito que castiga sólo a una cierta clase social”⁴⁶; “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”⁴⁷.

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”⁴⁸. 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”⁴⁹.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ GIMÉNEZ, Oscar Marcelo, *Despenalización del aborto: entre la religión y el Estado*, ed. Lerner, Córdoba, 2006, pág. 32.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 441.

⁴⁹ TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág.163.

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 consecuencia de la violación que sufrió⁵⁰.

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”⁵¹.

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 vitro⁵². 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 comunitario⁵³.

⁵⁰ *Paulina, en el nombre de la ley*, ed. Grupo de información en reproducción elegida, México, 2010.

⁵¹ Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG (2000), pág. 14.

⁵² LL 2012-B-39, cita on line EU/JUR/2/2011, con nota de BERGEL, Salvador Darío, *De embriones, patentes y dignidad humana*.

⁵³ 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.

4.6. 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 desfase 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 1973, estas modificaciones fueron dejadas sin efecto a través de la sanción de la Ley N° 20.509. En 1976, durante otro gobierno militar, se sancionó el Decreto Ley N° 21.338, que reincorporó las modificaciones introducidas en 1968; en 1984, se sancionó la Ley N° 23.077, que retrotrajo la situación a lo sancionado en 1921⁵⁴.

Barroso señala, entre los avances positivos, la sentencia del Supremo Tribunal Federal ADPF n° 54, del 11/12 de abril de 2012, que despenalizó el caso del anencefálico⁵⁵; 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 11/1/2001⁵⁶, y fue resuelto en el mismo sentido que en Brasil.

⁵⁴ FERNÁNDEZ, Gustavo Ariel *La desuetud 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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*

En realidad, el tema no debería seguir siendo discutido después de lo decidido por la Corte IDH el 29/5/2013⁵⁷. 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 social⁵⁸. Por eso, creo que ningún retroceso puede haber en la Corte argentina, pese a la incorporación del juez Rosatti, quien ha manifestado su opinión contraria, desde que él no justifica la interrupción ni siquiera en esos supuestos⁵⁹.

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 mujer⁶⁰.

Lo expuesto no significa que no haya habido ningún avance legislativo en materia de derechos a la salud sexual y reproductiva⁶¹, pero ninguno ha podido traspasar 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:

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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Ver estos antecedentes en MANCINI, Susanna, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012, pág. 90.

⁵⁹ 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).

⁶⁰ Entre otros, VÍTOLO, Alfredo M., *Despenalizar el aborto es inconstitucional. Anteproyecto de reformas del código penal*, LL, 2006-C-1404, AR/DOC/2062/2006.

⁶¹ 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.

(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 en los primeros (34 de cada 1000 mujeres en edad reproductiva, contra 37 de cada 1000 donde está criminalizado)⁶². 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 datos⁶³.

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

⁶² Los 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.

⁶³ 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. 11.

mujeres que hubiesen ocultado su gravidez. La feroz represión nada aminoró las prácticas abortivas”⁶⁴.

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”⁶⁵.

Por otro lado, no hay que descartar que la buena doctrina sentada en el viejo plenario *Natividad Frías* del 26/8/1966⁶⁶ 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 autoacusación forzada, argumento que debe extenderse a terceros intervinientes, quienes se ven de igual modo expuestos a la denuncia del médico”⁶⁷. 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

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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. 12; conf. FERNÁNDEZ, Gustavo Ariel *La desuetud 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.

⁶⁶ CNCrim.Corr. en pleno, LL123-842 y JA, 1966-V-69.

⁶⁷ 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.

del 12 agosto 1998⁶⁸ 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”.

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 médicos⁶⁹.

⁶⁸ 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*; y de GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza*. La sentencia también se publica en ED 179-191 y en Foro de Córdoba 54-179.

⁶⁹ 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 aquella, 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.”

(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 padres⁷⁰. En mi opinión, estas decisiones cierran los ojos a la terrible realidad latinoamericana⁷¹.

(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,

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

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 absolutos⁷², 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:

“Nº 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 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”.

5. Comentario final

Creo que los tres jueces que hicieron mayoría abrieron en su país 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 fijadas⁷³.

⁷² Compulsar, entre muchos, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario y estado constitucional de derecho*, LL 2006-D-1429.

⁷³ 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,

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*"⁷⁴.

Fecha de recepción: 3 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 23 de enero de 2017

pág. 162 AR/DOC/2248/2013.

⁷⁴ 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 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.