

g — Resolución

Se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absuelve a César Alejandro Baldivieso, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de transporte de estupefacientes (art. 5º, inc. c, ley 23.737), en calidad de autor, por el que fuera acusado.

B — ANÁLISIS DEL FALLO

*EL CASO «BALDIVIESO» Y EL LENTO PROCESO
DE REPOLITIZACIÓN DEL ABORTO*

por **RAMIRO ÁLVAREZ UGARTE** *

En “Baldivieso”, la Corte Suprema decidió volver a la jurisprudencia del plenario “Natividad Frías” de 1966. Allí, la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal había resuelto que no era constitucionalmente válida la investigación penal que se originaba en un reporte médico, luego de que la persona acusada hubiera acudido al auxilio profesional por una dolencia contraída como consecuencia de la comisión de un delito. “Baldivieso” trata sobre el tráfico de cápsulas de cocaína; “Natividad Frías” trataba sobre abortos clandestinos e inseguros. Si el regreso era necesario es porque la Corte se había ido: en 1997, en el caso “Zambrana Daza” había considerado que la acusación por narcotráfico en circunstancias similares a las de “Baldivieso” debía sostenerse. Había rechazado lo que el juez José María Lejarza en “Frías” había catalogado como un dilema inhumano: la cárcel o la muerte¹.

Este comentario intentará reconstruir los hilos invisibles que unen a los tres casos. Parto de una hipótesis: las tres decisiones, que pueden ser leídas como vinculadas a una cuestión técnica de garantías penales, también pueden ser vistas a través del prisma de los cambios sociales y políticos que al momento de ser adoptadas se estaban produciendo alrededor del aborto. Son tres actos de una misma obra. En el primero, los abortos clandestinos emergen —por primera vez— como inaceptables ante un puñado de jueces. En el segundo, la caída del obstáculo impuesto por “Frías” ocurre en un momento de triunfo de lo que llamaré la narrati-

* Doctor en derecho por la Universidad de Columbia y docente de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Es investigador del Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE) de la Universidad de Palermo e investigador postdoctoral del Instituto de Investigaciones Políticas (IIP) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM).

¹ CCC Cap. Fed., *en pleno*, 26/8/66, “Frías, Natividad”, JA, 1966-V-69, voto del juez Lejarza.

va constitucional *pro vida*, según la cual la Constitución garantiza la vida desde el momento de la concepción (ese acto será así interpretado —en casos de aborto— por jueces comprometidos con esa causa y esa interpretación). En el tercer y último acto, el escueto retorno al viejo criterio ocurre en un contexto más amplio, el de la crisis terminal de la narrativa *pro vida*, que unos años después derivaría en la legalización del aborto.

§ 1. PRIMER ACTO

Este comentario está basado en una investigación más amplia sobre cómo las revistas jurídicas argentinas miraron a la criminalización del aborto durante el siglo XX². Se trata de un prisma acotado; las revistas capturan lo que —de acuerdo a los editores— resulta de interés para la comunidad jurídica local. Es una historia larga que puede dividirse en dos grandes momentos.

En una primera etapa, los jueces parecen algo reticentes a castigar a las mujeres acusadas de interrumpir sus embarazos. Esta reticencia se revela en criterios exigentes en materia probatoria: en general, consideran que el aborto es un delito muy difícil de probar. Ante la ausencia del *cuerpo del delito*, las maniobras abortivas sobre el cuerpo de las mujeres eran “intentos de un delito imposible” y como tal eran conductas que no podían ser castigadas³. Eran tiempos en los que era simplemente imposible determinar con certeza la existencia de un embarazo en sus etapas más tempranas. Este criterio se sostenía, incluso, ante casos en los que las acusadas habían confesado estar embarazadas, ya que esta modalidad probatoria se consideraba inadecuada para suplantar la ausencia del *corpus delicti*⁴. Los

² Álvarez Ugarte, *The Politics of Abortion in Argentina: A Democratic Constitutionalism Story*, 2022, cap. 4, disponible en academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/em1j-8k15.

³ Véase CCCC, 12/8/1912, “Zaino de Zaino”, JA, III-757; CA Rosario, 1/8/1921, “P. y otra”, JA, VII-238; CACC La Plata, 28/4/40, “C., M.”, JA, 73-202; ídem, 12/12/41, “C., S.”, JA, 73-897; CCC Cap. Fed., 26/9/48, “S., C.”, JA, 1948-IV-647; ídem, 16/9/47, “A. de D., M.”, LL, 48-527; CACC La Plata, 7/3/52, “Orellano, Catalina Bridgida”, JA, 1952-II-268; CC 2ª Rosario, 13/3/53, “R., de T., M. y otra”, *Juris Santa Fe*, 2-237 (donde se consideró probado la realización de maniobras abortivas, pero se pensó que no había suficiente evidencia de que las mismas pudieran técnicamente producir un aborto); TS Córdoba, 21/11/58, “Maltaneri, María L.”, *Boletín Judicial de Córdoba*, III-37 (donde se determinó que una autopsia no era un mecanismo adecuado para demostrar la existencia de un embarazo al momento de la muerte); SCBA, 13/9/60, “C. de R., R. C. c. R., D. C.”, LL, 103-496; CCC Cap. Fed., 3/4/62, “C., M. E. y otros”, JA, 1962-VI-108; ídem, 10/9/65, “Argüello, Elba A.”, LL, 121-516; CC Rosario, Sala II, 15/10/69, “Benedetto, Marta Aurelia”, JA, 1970-V-765; CCC Cap. Fed., Sala I, 3/8/71, “García, Ana”, JA, 1972-XIII-483; CNCC, Sala III, 24/4/79, “L., J.”, LL, 1979-C-137; CCC Cap. Fed., Sala IV, 17/4/86, “R., E. V.”, JA, ejemplar n° 5492, del 3/12/86, entre otras.

⁴ Véase A. Cepeda, *En los tiempos del test del sapo: Justicia, aborto y políticas de población en la Argentina de mediados del siglo XX*, en “Sorocaba”, vol. 37, n° 1, 2011, p. 252; CNAP (CF),

avances científicos y tecnológicos producidos hacia mediados de siglo para detectar embarazos de manera temprana no modificaron esos criterios. Tanto el análisis de Friedman como el de Galli - Manini fueron rechazados por producir evidencia insuficiente que no lograba satisfacer la exigencia de producir cierta convicción más allá de la duda razonable⁵.

Los casos en los que se producían condenas usualmente alcanzaban a las parteras que —en esta etapa histórica— eran las principales prestatarias de servicios de interrupción de embarazos⁶. La medicalización de la reproducción humana era, todavía, un proceso en curso⁷. En estos casos, a veces las parteras eran castigadas por asistir a las mujeres abortantes, por ejemplo, por prestar un catéter utilizado por la propia mujer para interrumpir un embarazo en curso⁸. En otros casos, las mujeres que pedían asistencia médica luego de contraer una infección “testificaban” en su contra antes de morir⁹. Los castigos eran generalmente leves¹⁰, aunque los jueces —invariablemente varones en este período— mostraban cierta disposición a una mayor rigidez cuando las acusadas tenían antecedentes penales¹¹.

11/3/55, “Fuccia y otra”, *JA*, 1955-II-458. Hay excepciones sobre este punto. Véase ST San Luis, 29/8/46, “T., P. y otra”, *LL*, 33-383 (donde se acepta la confesión para producir una condena); SC Tucumán, 5/4/41, “D. M., S.”, *LL*, 22-938 (donde considera que el embarazo se puede probar mediante una confesión); ídem, 25/8/42, “Schull de Giani, Betti”, *LL*, 28-402 (condena a partera); ídem, 27/11/46, “G., J. E.”, *LL*, 48-28 (condena a partera y a la mujer supuestamente embarazada); ídem, 23/11/49, “A., de P., F.”, *LL*, 57-472 (considerando que la confesión de la mujer y su pareja eran “suficientes”, aunque los exámenes médicos no hubieran producido evidencia concluyente); ídem, 27/2/50, “Barrero, Julio V. y otro”, *LL*, 61-1950-209.

⁵ CCC Cap. Fed., Sala IV, 6/10/67, “Waisman, Sara”, *LL*, 129-336; Juzg. 1ª Inst. de Sent. Letra “E”, 15/7/47, “A. de D., M.”, *LL*, 48-526.

⁶ Véase CCC Cap. Fed., 28/4/39, “Ramos, Eufemia F.”, *LL*, 14-535 (donde se condena a la mujer, a su pareja, y a la partera); SC Tucumán, “Schull de Giani, Betti”, cit., p. 402 (condena a la partera); Barrancos, *Contraconcepcionalidad y aborto en la década de 1920: Problema privado y cuestión pública*, en “Estudios Sociales”, vol. 1, n° 1, 1991, disponible en bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/EstudiosSociales/article/view/1985, ps. 75 a 86.

⁷ Di Liscia, *Dentro y fuera del hogar. Mujeres, familias y medicalización en Argentina*, en “Signos Históricos”, vol. 13, ene.-jun. 2005, ps. 95 a 119.

⁸ CA Azul, 17/4/1934, “Zapata, Vicenta”, *JA*, 46-434.

⁹ CA Rosario, 31/8/46, “D. M., S.”, *RSF*, 13-179; CCC Cap. Fed., “S., C.”, cit., p. 647; Juzg. 1ª Inst., 26/12/1923, “Marchesi de Mazzariello”, *JA*, XII-614 a 616.

¹⁰ CA Concepción del Uruguay, 30/5/68, “Romero de Roa, Silvia E.”, *LL*, 132-278; CCC Cap. Fed., Sala I, 16/9/66, “A., M. L.”, *LL*, 124-834.

¹¹ CNCC, Sala I, 18/11/74, “A., B. D.”, *LL*, 1975-A-367; ST Chubut, 28/4/69, “Rubilar de Harris, Dina”, *LL*, 136-187.

El patrón de este tipo de casos es notoriamente consistente: una mujer que aborta contrae una infección, busca asistencia médica y es reportada a la policía por los médicos que la atienden o las autoridades hospitalarias. En general, las mujeres accedían a los servicios de interrupción del embarazo gracias a contactos personales —amigas, familiares, parejas— que refieren a una persona de confianza que puede ayudarles a interrumpir sus embarazos no deseados¹². Muchos de los casos de este período revelan los costos de la criminalización, que empujaban a las mujeres a las condiciones brutales y clandestinas de los mercados ilegales. Allí, las mujeres pobres debían enfrentar procedimientos inseguros y condiciones insalubres que muchas veces derivaban en su muerte o en su enfermedad. Vale la pena rescatar de ese universo de tragedias un puñado de casos: Adela M., una menor que murió en Rosario en 1918.

“De las constancias del proceso resulta: que Pedro Arturo P. mantenía relaciones amorosas con Adela M. por espacio de varios años; que habiendo tenido con ella concubito carnal, notó síntomas de embarazo, consistentes en la forma anormal con que se manifestara la menstruación en dicha menor, por lo que resolvió purgarla con aguardiente alemán, a fin de malograr el parto; que habiendo transcurrido ocho días sin que ello hiciera efecto alguno, y convenido de la realidad del embarazo, dado el volumen del vientre, consultó el caso con su amigo y compañero de trabajo Andrés F., quien le indicó viera a una mujer llamada Cristina, domiciliada en la calle Ituzaingó 1077, la cual en un caso análogo había atendido a la esposa de este último; que juntos fueron a la casa expresada, y después de entrevistarse con dicha partera, el procesado P. volvió al domicilio de la misma en unión de Adela M., quien al salir le dijo que P. le había colocado sondas, según se lo manifestó aquella, las que se le volvieron a caer; que después M. se sintió mal, falleciendo el 25 de noviembre de 1918 ...”¹³.

O el caso de Amelia Alarcón, una mujer que murió en un consultorio de la calle Venezuela en la ciudad de Buenos Aires, en 1967.

“Explica el denunciante que era novio de la occisa Amelia Gregoria Alarcón desde hacía dos meses, y que hace unos quince días la nombrada le había dicho que se hallaba embarazada de tres meses de un novio anterior. Le indicó a ella entonces que había que tomar una decisión en el sentido de que hiciera desaparecer el embarazo, para lo que le iba a dar una mano. Para ello buscaría una partera, pero su novia le dijo que ella la buscaría y por una amiga, cuyo nombre no le dio, sabía de una que trabajaba muy bien. Señala que su novia, el jueves 5, a eso de las 15 y 30, lo llamó por teléfono y

¹² CCC La Plata, “C., M.”, cit., p. 201 (describiendo cómo el acceso a la partera se produjo por medio de una amiga); CA Azul, “Zapata, Vicenta”, cit., p. 437 (donde es la hermana la que refiere a los servicios); CA Rosario, “P. y otra”, cit., ps. 238 y 239 (donde es el marido el que obtiene el contacto).

¹³ CA Rosario, “P. y otra”, cit., ps. 238 y 239.

le dijo que precisaba \$ 1.500 para hacerse el aborto; le contestó que concurren a buscar el dinero, lo que hizo al rato su novia. Y en la calle, frente al lugar de su trabajo —Arenales 1001— donde se desempeña como empleado de almacén, le dio a su novia la suma de \$ 2.000 para abonar a la partera, ya que ese mismo día, a las 23, debía concurrir a verla. Fueron a la finca de la calle Venezuela 472, piso 1 al fondo y subió solamente su novia Amelia; la esperó en un café y a los 10 minutos volvió y le dijo que la partera le colocó una inyección y le dio unos sellos blancos de tamaño regular que debía tomarlos durante el día, diciéndole que debía concurrir nuevamente el viernes 6, a las 15. Ese día, a eso de las 15 y 30, se le presentó su novia en la esquina de su trabajo y le dijo que se dirigía a la casa de la partera para hacerse la intervención del aborto; le pidió entonces a ella que no bien saliera la llamara por teléfono. A eso de las 19, al no tener noticias, comenzó a alarmarse; llamó por teléfono a la casa donde trabajaba y se le informó que no había regresado. Salió de su trabajo a las 20 y 30, y fue a su casa a cenar y luego de cambiarse se presentó en la casa de la partera. Lo atendió un hombre que dijo ser su esposo, Juan Clemente, a quien le preguntó por su novia; le dijo que estaba en su casa y la atendía su esposa, que era la partera. Lo hizo pasar y sobre una cama de una plaza, ubicada en una habitación grande y antigua, dividida en su parte médica por un mueble ropero de madera, se hallaba tendida su novia, vestida con una enagua color rojo, levantada de la cintura para arriba. Toda la parte inferior del cuerpo estaba sin ropas y se le veía un pedazo grande de algodón en sus órganos genitales, empapado de sangre. Ella gritaba 'me muero' repetidas veces, a la vez que al parecer se hallaba víctima de una crisis nerviosa, pues se tiraba de los cabellos y se mordía los antebrazos cerca de las muñecas. Toda la escena era presenciada por la partera que vestía un camión blanco, manchado de sangre en su parte delantera y el nombrado Clemente, que tenía un pijama rayado blanco. Por indicación de la partera se quedó a acompañarla; estaba muy pálida y fría y luego de un rato se calmó un poco. La partera le sacó el algodón y le introdujo la mano izquierda en la vagina, retirándola llena de sangre, a la vez que le decía que se iba cerrando la matriz; y sin ponerle otro algodón le colocó un trozo de trapo blanco común, que también se manchó con sangre. Ella pedía agua y la partera le daba, exprimiéndole trozos de limón en la boca; su novia decía que se ahogaba, por lo que con un trozo de papel blanco le hacía viento en la cara. A ratos se dormía y a ratos gritaba ¡ay!, apagando la luz la partera. Luego de un rato esta le colocó una inyección de aceite alcanforado y luego otra que dijo era coramina, de un líquido color blanco, cuando se apreciaba que se le cortaba la respiración. Luego de un rato su novia le pidió que le levantara la cabeza y al hacerlo le dijo: 'chau, Miguel', alcanzando a besarlo en la cara; enseguida murió" ¹⁴.

Estos eran los casos que llegaban a los jueces para su resolución. Las mujeres morían o enfermaban gravemente, y era —en general— en el contexto de las consultas médicas destinadas a salvar sus vidas que los casos caían bajo la mirada de la ley,

¹⁴ CCC Cap. Fed., 5/5/67, "García, Juana Fernández de y otros", JA, 1967-VI-27 y 28.

ya que eran reportados por médicos tratantes y autoridades hospitalarias¹⁵. Hacia la década de 1960, estos patrones fácticos se tornaron inaceptables para algunos jueces, que empezaron a cuestionar la legitimidad de la persecución penal bajo esas circunstancias. Este argumento se había planteado años antes, por ejemplo, en una decisión del entonces juez Sebastián Soler en la Cámara de Apelaciones de Rosario de 1942¹⁶. Pero es en la década de 1960 que la cuestión emerge con más fuerza en la ciudad de Buenos Aires. Así, en el caso "C., M. E. y otros", la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires absolvió a una mujer y a su novio, que habían sido detenidos luego de ir a un hospital a atenderse por un útero infectado¹⁷. Allí, el juez Lejarza consideró que los médicos violaban su secreto profesional al reportar los casos a la policía y que la confesión producida en estos contextos no era válida, ya que violaba la garantía prevista en el art. 18 de la CN¹⁸. Para Lejarza, el hecho de que solo las mujeres pobres caigan bajo la mirada de la ley en este tipo de casos era muy significativo.

"Y mientras tanto sabe Dios cuántas mujeres ricas, cuántas parteras de nombre y cuántos médicos afamados seguirán a diario abominando sus engendros las unas, con complicidad y beneficio de los otros, sin que ninguno de estos hechos—salvo alguno rarísimo y fortuito—llegue a proceso. Esto queda reservado tan solo para las indigentes, las que ni siquiera cuentan con un desinteresado rábula que proteste por tan infamante trato. Hermosa justicia (la minúscula no es un error)"¹⁹.

Los jueces Ovidio Fernández Alonso y Alberto Millán estuvieron en desacuerdo. Consideraron que no se podía invocar la doctrina del "fruto del árbol venenoso" porque la violación del secreto médico debía ser invocada por la víctima, y también rechazaron la idea de que había un dilema en este tipo de casos. Millán consideró que la mujer no es ubicada en ningún dilema por la ley cuando esta incrimina al aborto, ya que "la coloca siempre, casada o soltera, en la alternativa de conservar o perder la vida naciente que lleva en su seno. Es en ese instante en el que debe ubicarse el problema y no en el subsiguiente a la ilícita maniobra abortiva (...) la ley ha escogido la solución incriminatoria porque ha considerado que la *vida* en gestación en el materno claustro es un bien jurídico superior a todo otro, como serían el desamparo y repudio de la madre soltera, sus reales y verdaderos padecimientos de orden familiar y social, la muy corriente penuria de ella y el hijo inocente, aún la miseria y el repudio de ambos"²⁰.

¹⁵ CCC La Plata, "C., M.", cit., p. 201; "C., S.", cit., p. 896.

¹⁶ CA Rosario, 30/10/42, "M.", LL, 28-377.

¹⁷ CCC Cap. Fed., "C., M. E. y otros", cit., p. 100.

¹⁸ CCC Cap. Fed., "C., M. E. y otros", cit., p. 105.

¹⁹ CCC Cap. Fed., "C., M. E. y otros", cit., p. 106.

²⁰ CCC Cap. Fed., "C., M. E. y otros", cit., p. 107 (subrayado en el original).

El dilema se presentó en otros casos, y los desacuerdos judiciales continuaron²¹. Así nació “Natividad Frías”: como un intento por resolver —por vía de una decisión plenaria— los desacuerdos que se producían entre las distintas salas de la Cámara de Apelaciones. La votación fue cerrada: la posición liberal se impuso por trece votos contra once. El alcance de la decisión también fue acotado: solo alcanzó a las mujeres; se consideró que las investigaciones en contra de coautores, instigadores y cómplices deberían continuar²². En el caso “A., M. L.” resuelto solo veintiún días después de “Frías” se decidió que la investigación contra una partera era válida, en el contexto de una causa similar²³.

Lejos de resolver la cuestión, “Natividad Frías” inauguró un largo período de desacuerdos judiciales en los que la criminalización del aborto emergió de manera clara y persistente. Sin embargo, esta aparecía como una cuestión secundaria frente a los dos puntos estrictamente “jurídicos” en los que se planteaba el desacuerdo: a) el alcance del secreto profesional de los médicos, y b) la legitimidad de imponer un castigo a personas que se encuentran en situaciones límite y se ven forzadas —como consecuencia de la amenaza penal— a decisiones imposibles. Ni esos ejes ni el desacuerdo que los atravesó se puede entender cabalmente si no se incorpora a la ecuación el profundo cambio político y social que se vivía por esos años. Se trató de un período de curiosa modernización social en contexto de autoritarismo²⁴.

En efecto, cuando “Natividad Frías” fue resuelto la segunda ola del feminismo ya había planteado la demanda por la legalización del aborto en numerosos países del occidente, y el proceso de liberalización de esas normas penales ya estaba en marcha²⁵. Durante esos años, la Iglesia Católica estaba revisando su posición frente a los métodos artificiales de anticoncepción, especialmente ante los cam-

²¹ CCC Cap. Fed., Sala I, 19/3/65, “R., F. M. de y otra”, JA, 1965-IV-89. Allí Lejarza insistió con su argumento de igualdad: “Sería interesante conocer cuántas señoras y señoritas que pueden pagar la consulta de un médico o de una partera competente, y, por lo tanto, el ‘secreto profesional’, abortan diariamente en la ciudad. Lo único positivo que sé por mi experiencia es que nunca llegan a los estrados de la justicia más que las menesterosas, salvo casos muy excepcionales de complicaciones imprevistas. El delito del art. 88 del CP es una figura reservada para aquellas pobres mujeres que no pueden comprar el pomposo secreto médico ...”.

²² CCC Cap. Fed., en pleno, “Frías, Natividad”, cit., p. 77.

²³ CCC Cap. Fed., Sala I, “A., M. L.”, citado.

²⁴ Cosse - Felitti - Manzano (eds.), *Los '60 de otra manera. Vida cotidiana, género y sexualidades en la Argentina*, 2010; Felitti, “El control de la natalidad en escena: Anticoncepción y aborto en la industria cultural de los años sesenta”, en *Los '60 de otra manera. Vida cotidiana, género y sexualidades en la Argentina*, Cosse - Felitti - Manzano (eds.), 2010; idem, *El debate médico sobre anticoncepción y aborto en Buenos Aires en los años sesenta del siglo XX*, en “Dynamis. Acta Hispanica ad Medicinae Scientiarumque Historiam Illustrandam”, vol. 27, 2007, ps. 333 a 357.

²⁵ Gold, *Abortion-1970*, en “American Journal of Public Health”, vol. 61, n° 3, 1971, ps. 487 y 488.

bios sociales y en las costumbres producidos por la invención de los métodos orales de anticoncepción hacia mediados de siglo²⁶. Dos años después de “Frías”, en la encíclica *Humanae Vitae*, la Iglesia resolvió el debate interno sobre la píldora y ratificó la condena absoluta al aborto²⁷. Mientras tanto, cierta revolución sexual en Buenos Aires y otras grandes ciudades del país reflejaban nuevas costumbres, cercanas y omnipresentes²⁸. La ansiedad producida por esos cambios atraviesa a “Natividad Frías” y a las decisiones posteriores de punta a punta. Si bien razones de *ethos* profesional y cierto compromiso con una visión formalista del derecho tienden a presentar los dilemas en formas técnicas familiares al campo jurídico²⁹, el desacuerdo subyacente —sobre un mundo que cambia y ya no es como entonces— emerge todo el tiempo.

En los años posteriores, muchos tribunales consideraron la pregunta de “Frías” pero arribaron a conclusiones diferentes o restringidas³⁰. Muchos jueces vieron un intento de despenalización *de facto*, en línea con el proceso de liberalización en marcha en muchos países de occidente³¹. La combinación de las viejas razones de evidencia de la primera mitad del siglo XX con las objeciones constitucionales y legales planteadas por “Frías” hacían muy difícil producir condenas. La exigencia de que se produzca “el cuerpo del delito” era especialmente problemática desde ese punto de vista. Para el juez Vicente Andereggen, en un caso de 1979, esos estándares de prueba no podían “conducir en la práctica más que a la descriminización del aborto”³².

²⁶ Felitti, *La Iglesia Católica y el control de la natalidad en tiempos del concilio: la recepción de la encíclica Humanae Vitae (1968) en Argentina*, en “Anuario IEHS”, vol. 22, 2007, ps. 349 a 372; Noonan, *Contraception: A History of its Treatment by the Catholic Theologians and Canonists*, 1986, p. 481.

²⁷ Paul VI, «*Encyclical Letter Humanae Vitae of The Supreme Pontiff Paul VI to His Venerable Brothers the Patriarchs, Archbishops, Bishops and Other Local Ordinaries in Peace and Communion with The Apostolic See, to the Clergy and Faithful of the Whole Catholic World, and to all Men of Good Will, on The Regulation of Birth*».

²⁸ Mafud, *La revolución sexual argentina*, 1986.

²⁹ Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, en “Hastings Law Journal”, vol. 38, 1987, p. 805, disponible en heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/hastlj38§ion=33.

³⁰ CNCC, Sala IV, 19/12/80, “Claisse, César H.”, JA, 1981-III-139 (negando la protección de “Frías” cuando la denuncia había sido hecha por autoridades hospitalarias y no por médicos); CCC La Pampa, 3/12/69, “P. L. A.”, LL, 137-822; CCC Cap. Fed., Sala VI, 3/3/67, “P. F.”, JA, 1967-IV-267.

³¹ Gold, *Abortion-1970*, en “American Journal of Public Health”, vol. 61, n° 3, 1971.

³² CNCC, Sala III, 13/6/80, “Z., de J.”, BCNCyC, 1980-IX-504. En este sentido, véase una decisión previa que ejemplifica bien ese estándar exigente de prueba, en CNCC, Sala II, 28/9/78, “A., de A., T. y otra”, LL, 1979-A-516.

La angustia de los magistrados ante el cambio social se reitera con énfasis. Por ejemplo, en 1981 varios jueces de Lomas de Zamora consideraron la cuestión, pero rechazaron el criterio mayoritario de "Frías" en una votación 4 - 3³³. En esa decisión, el juez Justo Luna Peña consideró que el dilema inhumano identificado por Lejarza era falso: "Todas las cosas tienen un precio que hay que pagar cuando el motivo determinante que la causa no ha sido extraño a la propia conducta. Y la culpabilidad es un peso que cada uno debe cargar personalmente, tarde o temprano ..." ³⁴. De manera similar, el juez Delfor D'Andrea consideró que "la mujer que provoca su aborto o lo consiente ha elegido entre su comodidad, su economía, su honor o su secreto y la vida de un ser, nada menos que su hijo" ³⁵. Ambos votos citaron al juez Jaime Prats Cardoná, disidente en "Frías". El tono de condena moral ante los cambios sociales que certeramente perciben es persistente. Así, el juez Luna Peña se permite lamentarse de que "ahora el invertido se llama travesti, el concubinato, pareja; la degradación, destape; el burdel, boliche de moda; el libertinaje, libertad" ³⁶. De manera similar, el juez Juan Carlos Silvestrini consideró que no penalizar abortos "ha de resultar particularmente grato a ciertos sectores que han propugnado la liberalización de las relaciones sexuales, logrando en gran medida su objetivo toda vez que resulta innegable la proliferación de actividad sexual extramatrimonial" ³⁷. El juez Aldo Patterer expresó su preocupación por la "presunta 'liberación' sexual a la que asistimos en los tiempos que corren y que a mi juicio no es otra cosa que libertinaje" ³⁸.

En los casos de las décadas del '80 y '90 empiezan a aparecer otras cuestiones: desde los pedidos para que los jueces autoricen abortos en los términos del art. 86 del CP³⁹ hasta los casos en los que el mismo artículo es considerado inconstitucional por afectar el derecho a la vida de las personas por nacer⁴⁰. También están los casos en los que se cuestiona la constitucionalidad de la criminalización⁴¹. Pero las

³³ CP Lomas de Zamora, 2/7/81, "Marturano, Amelia M. y otra", JA, 1981-IV-454.

³⁴ CP Lomas de Zamora, "Marturano, Amelia M. y otra", cit., p. 455.

³⁵ CP Lomas de Zamora, "Marturano, Amelia M. y otra", cit., p. 461.

³⁶ CP Lomas de Zamora, "Marturano, Amelia M. y otra", cit., p. 469.

³⁷ CP Lomas de Zamora, "Marturano, Amelia M. y otra", cit., p. 464.

³⁸ CP Lomas de Zamora, "Marturano, Amelia M. y otra", cit., p. 465. Es importante notar que el juez Patterer votó de todas formas en contra de la persecución penal en este caso.

³⁹ Juzg. 1ª Inst. Penal Mendoza, 1985, "M. I. R.", ED, 114-185.

⁴⁰ JI n° 7 Rosario, 4/11/87, "P., A. J.", JA, 1989-III-361.

⁴¹ CCCyC Necochea, 21/12/93, "Migueles, Osvaldo I.", JA, 1994-IV-309, disidencia del juez O'Neill.

cuestiones legales acotadas de “Natividad Frías” siguieron siendo objeto de controversias⁴².

§ 2. SEGUNDO ACTO

La primera vez que un grupo de mujeres exigió públicamente la legalización del aborto en la Argentina fue en el Día de la Madre de 1973. Allí, la Unión Feminista Argentina (UFA) y el Frente de Liberación Homosexual (FLH) reclamaron mediante panfletos que distribuyeron en Buenos Aires. En ellos llamaron a las maternidades no deseadas “una forma de esclavitud”, y reclamaron el fin de los “abortos clandestinos”⁴³. Reseñar la larga y compleja historia de ese reclamo excede notablemente los límites de este trabajo, pero es útil recordar ese momento porque marca la emergencia pública de un reclamo que desde el minuto cero estaría cruzado por el fenómeno del desacuerdo⁴⁴. Con el retorno de la democracia en 1983, ese reclamo se vio revitalizado.

La demanda por la legalización del aborto implica la *repolitización* de la vieja regla que desde 1921 lo castigaba⁴⁵. Ese proceso social supone —en términos de Robert Post— una forma de entender la relación entre el derecho y la política. Así, para Post el derecho es una práctica social que presupone el *acuerdo*, mientras que la política presupone el *desacuerdo*. Cuando una comunidad arriba a acuerdos más o menos estables sobre cuestiones vinculadas a cómo tratarnos entre nosotros, no es inusual que los exprese en forma de normas jurídicas destinadas a regular nuestras conductas. Así, cuando nos ponemos de acuerdo en que robar está mal, es probable que expresemos ese acuerdo político en forma de un delito cuidadosamente tipificado. Ese acuerdo subyacente, sin embargo, puede ser falsificado —es posible que en algún momento deje de existir—. Cuando ello ocurre, la norma jurídica que lo expresa debe ser revisada: se la debe extraer del campo del derecho y debe ser devuelta al campo de la política. Esto es posible porque ambos campos se encuentran conectados y son interdependientes. El derecho “necesita de la política para producir las normas comunes que el derecho implementa, mientras que la política necesita del derecho para estabilizar y fortalecer los valores comunes que la política busca realizar”⁴⁶.

⁴² CC I Paraná, 9/11/84, “Barrios, Angélica y otra”, JA, 1985-II-66.

⁴³ Véase Bellucci, *Historia de una desobediencia. Aborto y feminismo*, 2014, p. 176; Vasallo, “‘Las mujeres dicen basta’: Feminismo, movilización y política de los setenta”, en *Historia, género y política en los '70*, Andújar y otros (eds.), 2005, p. 77.

⁴⁴ Waldron, *Law and Disagreement*, 1999.

⁴⁵ Post, *Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics*, en “California Law Review”, vol. 98, n° 4, 2010, ps. 1319 a 1350.

⁴⁶ Post, *Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics*, en “California Law Review”, vol. 98, n° 4, 2010, p. 1343.

“Esto sugiere que cualquier controversia puede asumir una forma legal cuando queremos pretender que sobre ella hemos alcanzado cierto acuerdo sobre el significado e implementación de un principio social relevante. Sin embargo, cualquier discreto principio legal puede asimismo reasumir su forma política cuando descubrimos que nuestro acuerdo putativo es quimérico y que queremos crear un espacio (...) para explorar el desacuerdo. El derecho y la política se deben entender como fases distintas de un proceso más amplio e inclusivo de integración social, mediante el cual las sociedades heterogéneas modernas producen solidaridad y control. Las sociedades modernas requieren de una saludable interrelación entre las formas sociales del derecho y la política”⁴⁷.

No existe un mecanismo legal especial que permita esa *repolitización*; la pérdida de sustento de un acuerdo político que supo ser no es una causa de acción judicial que permita revisar las normas jurídicas. La vía natural para volver sobre esos acuerdos es a través del Congreso, pero —por diversas razones— este se mostró particularmente cerrado a esa discusión durante casi tres décadas⁴⁸. Ello no impidió el proceso de *repolitización*, pero lo empujó por caminos más sinuosos e indirectos, que estuvieron signados por las disputas de sentidos —legales, constitucionales, culturales y políticos— que se dieron entre dos movimientos sociales con compromisos normativos opuestos. Ellos lucharon por el derecho: buscaron darle la forma y el sentido que mejor se ajustaba a sus visiones e interpretaciones sobre lo que el derecho es y lo que debería ser⁴⁹. De un lado, el movimiento de mujeres consideró al acceso al aborto legal como una condición esencial para una ciudadanía plena e igualitaria, una solución necesaria a un dilema de salud pública que afectaba —de manera desproporcionada— a las mujeres más pobres. Del otro, el movimiento opuesto a la legalización del aborto consideró que este constituye una especie de asesinato que conculca el derecho a la vida de las personas por nacer. Ambos movimientos combatieron entre sí durante décadas, en tribunales, por la atención y la acción de la política en todas sus expresiones. Unos buscaron elevar su punto de vista a nivel constitucional. Otros buscaron forzar al Congreso a revisar la vieja regla de 1921. Curiosamente, esa historia puede iluminar los distintos contextos sociales en los que “Zambrana Daza” y “Baldivieso” fueron resueltos.

En efecto, cuando la Corte Suprema resolvió “Zambrana Daza” el movimiento opuesto a la legalización del aborto llevaba ya años obteniendo numerosas victorias legales. Hacia fines de la década de 1980 y principios de la de 1990, habían lo-

⁴⁷ Post, *Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics*, en “California Law Review”, vol. 98, n° 4, 2010, p. 1343.

⁴⁸ Pecheny, “‘Yo no soy progre, soy peronista’: ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?”, en *Aborto y justicia reproductiva*, Bergallo (ed.), 2011.

⁴⁹ Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, en “Harvard Law Review”, vol. 97, 1983, ps. 4 a 68.

grado incluir en constituciones provinciales numerosas provisiones *pro vida*, que buscaban quitar a la legalización del aborto de la esfera de lo constitucionalmente posible. Así, la Constitución de Salta (1986) garantizó el derecho a la vida “desde el momento de la concepción” (art. 10); la de San Luis (1987, art. 13), Córdoba (1988, art. 4º), Catamarca (1988, art. 65.4.III.1), Chubut (1988, art. 18), Formosa (1991, art. 5º) y Tierra del Fuego (1991, art. 14.1) hicieron lo mismo. Por otro lado, cuando la Argentina firmó la Convención sobre los Derechos del Niño realizó una declaración interpretativa de acuerdo a la cual “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Cuando se reformó la Constitución en 1994, un minoritario pero comprometido grupo de convencionales *pro vida* buscó incluir una garantía expresa en la Constitución. Luego de tres intentos fallidos, lograron la ambigua disposición del art. 75, inc. 23⁵⁰. En 1998, el presidente de la Nación estableció un día nacional de celebración del “niño por nacer”⁵¹.

Estos esfuerzos fueron construyendo cierta narrativa constitucional que buscaba constitucionalizar el derecho a la vida *desde la concepción*, a través de argumentos que desde la década de 1980 fueron permeando la cultura jurídica⁵². Esta interpretación constitucional era ambiciosa: permitiría que cualquier intento por legalizar el aborto encontraría obvios obstáculos constitucionales⁵³. Si bien en 1994 la Convención Constituyente rechazó los intentos más osados en ese sentido, la interpretación fue operativa en manos de múltiples funcionarios judiciales de distintos niveles que la abrazaban. Alcanzó su punto más alto cuando la Corte Suprema la adoptó en el caso “Portal de Belén”⁵⁴. Allí, el tribunal consideró que los anticonceptivos de emergencia, por tener efectos abortivos, eran inconstitucionales.

Es en ese contexto en que “Zambrana Daza” rechazó el criterio mayoritario de “Natividad Frías”⁵⁵. Allí, el tribunal debió resolver el caso de una investigación criminal sobre el delito de narcotráfico que se inició como consecuencia de un repor-

⁵⁰ “Dios no entró en la Convención”. El cardenal Primatesta criticó la no inclusión de una cláusula antiaborto, en “Diario Clarín”, ejemplar del 19/8/94; Lipszyc, ¿Cómo resistimos en la Convención?, en “Feminaria”, año VII, n° 13, nov. 1994.

⁵¹ Decr. 1406/98, del 7/12/98, disponible en servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/lane-xos/50000-54999/54777/norma.htm.

⁵² Bidart Campos, *El aborto y el derecho a la vida*, ED, 113-479 a 483.

⁵³ Álvarez Ugarte, *The Pro-Life Movement and the Fight for the Constitution in Argentina: Between Law and Transcendence*, en “Latin American Law Review”, vol. 6, 2021, p. 30.

⁵⁴ CSJN, 5/3/02, “Portal de Belén c. Ministerio de Salud”, *CSJN-Fallos*, 325:292.

⁵⁵ CSJN, 12/8/97, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/Infracción a la ley 23.737”, *CSJN-Fallos*, 320:1717.

te médico, luego de que una persona solicitase atención porque una cápsula de cocaína que había ingerido con fines de tráfico ilegal explotara en su estómago. La Corte consideró que la investigación penal que se inició como consecuencia de ese reporte no era nula: para el tribunal había sido la “propia conducta discrecional” de la acusada la que “permitió dar a conocer a la autoridad pública los hechos que dieron origen a la presente causa”⁵⁶. Para la Corte, “el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando, en casos como el de autos, las evidencias son de índole material”⁵⁷.

Si bien el caso no trataba sobre el aborto, el repudio a la solución legal alcanzada en “Frías” no podía menos que alcanzar a los casos de aborto iniciados bajo parámetros fácticos parecidos. Héctor Hernández, por caso, celebró a la decisión por los efectos que tendría sobre los casos de aborto, ya que consideró que la “solución dada favorece, y con recto fundamento jurídico, el cumplimiento del fin penal del Estado, gravemente entorpecido por la doctrina contraria, no solo en este tipo de delitos, sino especialmente en el homicidio de los niños en el vientre materno (...) Por lo que puede decirse que, aunque no refiera a este último delito, pone en parte coto a la impunidad del aborto en la Argentina. ¡Bienvenido, pues, el fallo!”⁵⁸. Se trató de una predicción correcta. En el caso “Insaurrealde” de 1998 la Corte Suprema de Santa Fe consideró en un caso de aborto que “devienen aplicables las consideraciones vertidas por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación”⁵⁹. El debate posterior que generó la decisión es útil para calibrar el estado de la discusión hacia fin del siglo pasado⁶⁰. En 2007, la Sala VII de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó en “G., N.” el criterio mayoritario de “Frías” con base en lo resuelto por la Corte en 1997⁶¹. El tribunal consideró que la “situación fáctica se exhibe tan semejante a la que concita el interés en esta causa, que bien puede

⁵⁶ CSJN, 12/8/97, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/Infracción a la ley 23.737”, CSJN-Fallos, 320:1717, consid. 7º.

⁵⁷ CSJN, 12/8/97, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/Infracción a la ley 23.737”, CSJN-Fallos, 320:1717, consid. 8º.

⁵⁸ Hernández, *Secreto, proceso y sentido común. (Comentarios. De nuevo sobre la doctrina del fruto del árbol venenoso)*, ED, 177-378.

⁵⁹ CS Santa Fe, 12/8/98, “Insaurrealde, M. s/Aborto provocado”, ED, 179-191.

⁶⁰ Bidart Campos, *Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico (entre medio: aborto, vida, salud, igualdad)*, LL, 1998-F-545; Vázquez Rossi, *Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso*, LL, 1998-E-334 (ambos criticando a la decisión); Hernández, *Abortismo pretoriano. (Observaciones. Primera parte)*, ED, 189-815; idem, *Abortismo pretoriano. (Observaciones. Segunda parte)*, ED, 189-866.

⁶¹ CNCC, Sala VII, 17/4/07, “G., N. s/Sobreseimiento, aborto, instr. 33/170”, ED, 222-435.

ser parificada a la de la abortante a la que se le practica —por caso— un legrado evacuador frente a un cuadro séptico y de cuyo cuerpo se obtienen evidencias a partir de su concurrencia al establecimiento de salud”⁶². Ambas decisiones invocan a “Zambrana Daza”, pero también se fundan en el reconocimiento cabal —por parte de los jueces— de la validez de la interpretación adelantada por los abogados católicos durante las décadas previas respecto a la dimensión constitucional del derecho a la vida *desde la concepción*⁶³.

§ 3. TERCER ACTO

“Zambrana Daza” es una decisión que emerge —entonces— en un contexto de profundas victorias legales del movimiento opuesto a la legalización del aborto. Pero la historia hasta aquí contada es cualquier cosa menos lineal. Mientras el movimiento *pro vida* conseguía esas victorias legales, el movimiento de mujeres lograba importantes triunfos propios. No los conseguía, sin embargo, de forma directa: a pesar de los esfuerzos de la Campaña por la Legalización del Aborto creada como organización paraguas en 1988, el Congreso seguía resistiendo la revisión de la criminalización de 1921. Pero ciertas estrategias que Mabel Bellucci llamó alguna vez de “sustitución” lograron, lenta pero incansablemente, cambiar el curso de la conversación⁶⁴.

La incorporación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer con jerarquía constitucional en 1994 fue un importante paso en ese sentido. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 receptaba demandas de mejor acceso a métodos anticonceptivos y a educación sexual⁶⁵. El movimiento de mujeres, de la mano de un creciente número de legisladoras gracias a la ley 24.012 de Cupo Femenino, comenzó a proponer leyes de salud sexual y reproductiva. En 1995, uno de esos proyectos no logró pasar por el duro escollo del Senado, pero entre 1995 y 2005 veinte provincias aprobaron leyes similares. En ellas el movimiento opuesto al aborto había logrado imponer importantes límites; las normas —en general— limitaron el tipo de anticonceptivos que se ponían a disposición de las mujeres (debían ser no abortivos, reversibles y tran-

⁶² CNCC, Sala VII, 17/4/07, “G., N. s/Sobreseimiento, aborto, instr. 33/170”, ED, 222-435, consid. 7º.

⁶³ Scala, *Réquiem para un plenario. Sentencia reconfortante*, ED, 222-446 (celebrando el repudio de “Frias”, que —según el autor— había implicado “la virtual despenalización del aborto”).

⁶⁴ Comentario de Bellucci, en *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, Abregú - Ramos (eds.), 2000, p. 108.

⁶⁵ *Beijing Declaration and Platform for Action*, UN Women, Beijing, 1995.

sitorios). Pero esas normas hacían algo muy importante: afirmaban el derecho de las mujeres a decidir cuándo ser madres⁶⁶.

Hacia mediados de la década de 2000, ambas narrativas constitucionales y legales entraron en crisis, en el sentido de que eran incompatibles entre sí. Por un lado, el argumento de que el art. 86 del CP ya incluía causales de aborto legal se popularizó gracias al esfuerzo de abogadas pertenecientes al movimiento de mujeres⁶⁷. Por el otro, numerosos casos difíciles empezaron a llegar por igual a tribunales y a medios de comunicación. Casos de anencefalia y abortos solicitados en el marco de embarazos que eran producto de violaciones de menores de edad llegaban a las tapas de los diarios. Estos eran sometidos a soluciones contradictorias, en procesos cruzados no solo por desacuerdos profundos sino —también— por intentos institucionales de bloquear decisiones en un sentido u otro⁶⁸. Lentamente, se fue gestando una *contranarrativa legal y constitucional* que disputaba el sentido común jurídico construido durante la década de los noventa. Esos esfuerzos —basados en parte en la reivindicación del art. 86 del CP como un texto que garantizaba el acceso al aborto *legal* bajo ciertas circunstancias— triunfaron cuando la Corte Suprema en el caso “F., A. L.” desestimó la interpretación *pro vida* del caso “Portal de Belén”⁶⁹. Uno a uno, los argumentos que se habían utilizado durante años para impedir por razones constitucionales la discusión sobre el aborto cayeron bajo el razonamiento de la Corte⁷⁰.

Es en ese contexto de creciente incertidumbre legal y cambio jurisprudencial en la Corte Suprema que “Baldivieso” adquiere un significado distinto. Se trata de una decisión escueta, en la que el tribunal —con referencia al dictamen de la Procuración General— decidió volver a “Frías”, de donde se había ido⁷¹. Allí, la Corte consideró que el “argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte in-

⁶⁶ Por ejemplo, María José Meincke percibía a estas normas como un paso en ese sentido. Véase Meincke, *Ley de salud reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires y Constitución Nacional*, ED, 196-802 a 810.

⁶⁷ Bergallo, “The Struggle Against Informal Rules on Abortion in Argentina”, en *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, Cook - Erdman - Dickens (eds.), 2014, disponible en www.researchgate.net/publication/290292214_The_struggle_against_informal_rules_on_abortion_in_Argentina; Bergallo - Ramon Michel, *El aborto no punible en el derecho argentino*, en “Hoja Informativa FEIM & CEDES”, n° 9, abr. 2009.

⁶⁸ Para un caso especialmente notable en ese sentido, véase Hernández, *El Gobierno mandó que lo maten en Mar del Plata*, ED, 225-1141.

⁶⁹ CSJN, “Portal de Belén c. Ministerio de Salud”, cit.; ídem, 13/3/12, “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, CSJN-Fallos, 335:197.

⁷⁰ CSJN, “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, citado.

⁷¹ CSJN, 20/4/10, “Baldivieso, César Alejandro”, CSJN-Fallos, 333:405.

minente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a un *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes”⁷².

Es difícil imaginar, por fuera de un ejercicio especulativo, qué llevó a la Corte en 2010 a volver al criterio de “Frías”. Por un lado, la decisión de 1997 ya se encontraba en crisis, e incluso su estatus de precedente era cuestionado por tribunales inferiores. En “M., A. P.” —por ejemplo— la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional consideró “Zambrana Daza” pero solo para rechazarlo, en parte basándose en el dictamen de la Procuración en “Baldivieso” que, para ese entonces, ya había recomendado volver al criterio de “Frías”⁷³. Pero también es posible que la Corte Suprema haya buscado impedir la invocación del criterio de “Zambrana” en casos de aborto, como —en efecto— estaba ocurriendo en tribunales inferiores. Esta es una posibilidad consistente con el momento de cambio legal y constitucional del cual el propio tribunal sería parte solo dos años después. Esta posibilidad también se ve apoyada por el notable voto de la jueza Carmen Argibay. De manera frontal, Argibay abordó la cuestión del aborto con el objeto de distinguir unos casos de otros. Para la jueza, los argumentos de “Natividad Frías” no pueden ser “aislados” de las “especiales circunstancias que rodean a la práctica clandestina del aborto, así como las serias dudas que se abren, en el marco de imputaciones concretas, sobre la razonabilidad de su persecución penal”⁷⁴. Prueba de ello es —para Argibay— que la aplicación de ese plenario “ha estado ceñida al delito de aborto, pese a que, sus argumentos, extrapolados de la manera en que ahora se pretende, cobran una generalidad que los haría en apariencia aplicables a otro tipo de delitos”⁷⁵. En el voto de Argibay el aborto emerge como una tragedia que mereció una respuesta especial de los jueces, quienes hacia la década de 1960 pudieron ver —diría que gracias a los patrones fácticos de los casos que llegaban a sus escritorios— que “la potestad persecutoria del Estado se veía debilitada, contrarrestada, por la magnitud de la tragedia que enfrenta una mujer al decidir y luego practicarse un aborto clandestino, así como del riesgo al que ella exponía su vida (...) Es en la desproporción tan patente del daño que enfrenta la mujer que se practica un aborto y no en las expresiones generales contenidas en sus fundamentos donde radica la autoridad y permanencia del precedente ‘Natividad Frías’”⁷⁶.

⁷² CSJN, 20/4/10, “Baldivieso, César Alejandro”, *CSJN-Fallos*, 333:405.

⁷³ CNCC, 30/4/09, “M., A. P.”, *LL*, 2009-C-496; *LL, On Line*, AR/JUR/8894/2009, consid. III.

⁷⁴ CSJN, “Baldivieso, César Alejandro”, cit., consid. 4º, del voto de Argibay.

⁷⁵ CSJN, “Baldivieso, César Alejandro”, cit., consid. 4º, del voto de Argibay.

⁷⁶ CSJN, “Baldivieso, César Alejandro”, cit., consid. 4º, del voto de Argibay.

§ 4. CONCLUSIÓN

La lectura aquí ofrecida sobre “Baldivieso” y “Zambrana Daza” es una de tantas posibles. Una alternativa hubiera visto en “Baldivieso” a un nuevo tribunal menos comprometido con la política pública que busca combatir el narcotráfico, una lectura que podría fundarse en ciertos precedentes de esos años, como el caso “Arriola”⁷⁷. También se podría promover una lectura más acotada de “Baldivieso”: quizás se trató —simplemente— de un tribunal renovado, que abordó esa vieja cuestión y la resolvió —simplemente— de manera distinta ante un cambio de composición. Nuestra escasa cultura institucional de precedentes facilita este tipo de giros y cambios⁷⁸. Creo —sin embargo— que estas lecturas son equivocadas, o al menos incompletas. “Baldivieso” se vuelve realmente inteligible cuando se considera el uso que se había hecho de “Zambrana Daza” en los tribunales inferiores en casos de aborto. Allí, el argumento de esa decisión de 1997 había sido utilizado como una pieza más que se sumaba al sofisticado engranaje constitucional validado por la Corte en “Portal de Belén”. El repudio de esa narrativa en “F. A. L.” tuvo en “Baldivieso” a un necesario antecedente.

⁷⁷ CSJN, 25/8/09, “Arriola, Sebastián y otros s/Causa n° 9080”, CSJN-Fallos, 332:1963.

⁷⁸ Garay, *A Doctrine of Precedent In the Making: The Case of the Argentine Supreme Court's Case Law*, en “Southwestern Journal of International Law”, vol. 25, 2019, p. 63.