

# Análisis preliminar del fallo “Dobbs” de la Suprema Corte de los Estados Unidos<sup>(\*)</sup>

por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. ¿QUÉ PROBLEMA ENFRENTABA LA CORTE? – 3. ¿EXISTE UN DERECHO AL ABORTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS? – 4. ¿EXISTEN ARGUMENTOS VÁLIDOS PARA DEROGAR LOS PRECEDENTES “ROE” Y “CASEY”? – 5. OTRAS PROYECCIONES DE LA SENTENCIA. A) ¿CÓMO DEBEN JUZGARSE LAS LEYES DE ABORTO DE AHORA EN ADELANTE? B) LA ENTRADA EN VIGENCIA DE ALGUNAS LEYES DE PROHIBICIÓN TOTAL DEL ABORTO. – 6. REFLEXIONES FINALES.

## 1. Introducción

El 24 de junio de 2022, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió el caso “Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. vs. Jackson Women’s Health Organization et al.” y, al tiempo que sostuvo la constitucionalidad de una ley de Mississippi, derogó judicialmente los precedentes “Roe vs. Wade” (1973) y “Planned Parenthood of Southeastern P. vs. Casey” (1992) que habían sostenido, de forma manifiestamente equivocada, que existía un derecho al aborto. Para la Corte no existe un derecho así en la Constitución, ni siquiera implícitamente y, de esta forma, la discusión se traslada ahora a las legislaturas de cada estado, que son las que tienen la autoridad para regular o incluso prohibir el aborto.

El fallo fue resuelto por una mayoría de 6 votos divididos en un voto mayoritario (Alito, Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barret) y un voto concurrente en la decisión (Roberts). La disidencia fue firmada por tres jueces en conjunto (Breyer, Sotomayor y Kagan). El juez Roberts solo coincide con la mayoría en la decisión sobre la ley de Mississippi y difiere en lo que respecta a la decisión de derogar “Roe” y “Casey” (aspecto de la decisión que resulta aprobado por un resultado de 5-4). Por su parte, Thomas y Kavanaugh, además de adherir al voto de la mayoría redactado por el juez Alito, emitieron opiniones concurrentes ampliando los fundamentos de su decisión.

La sentencia posee una enorme importancia por sostener que no existe un derecho al aborto. Pero también tiene una gran complejidad, por las peculiares características del sistema jurídico de los Estados Unidos. En todo caso, procuraré un resumen de las principales cuestiones en

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Inconstitucionalidad e inconveniencia de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *Aborto e ideología*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS, ED, 287-514; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por MARÍA INÉS FRANCK, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y LUCÍA CAMPO, ED, 286-586; *Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE y ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 288; *¿Existe un “derecho al aborto”?*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS y ELIANA DE ROSA, ED, 289-945; *El Gobierno promueve el aborto adolescente*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 289-1450; *Análisis del proyecto de legalización del aborto 2020 y del proyecto de cuidado integral de la madre y el niño*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 289-1466; *Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional*, por RICARDO BACH DE CHAZAL, ED, 289-1519; *El futuro del aborto en la jurisprudencia global*, por SANTIAGO LEGARRE, ED, 294-927; *Macron propone incorporar el derecho al aborto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, por MARIANA PARDO LOSA, ED, 295-1082. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) El artículo fue también difundido por el Centro de Bioética, Persona y Familia, el 27 de junio de 2022 ([www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)).

juego del fallo “Dobbs”, concentrando la atención, sobre todo, en el voto de la mayoría.

## 2. ¿Qué problema enfrentaba la Corte?

El principal problema que enfrentaron los jueces de la mayoría en “Dobbs” puede resumirse así: bajo el imperio de los precedentes “Roe” y “Casey”, se ha interpretado que, al amparo de la Enmienda 14, la Constitución de los Estados Unidos reconoce un derecho a abortar como parte de la libertad de las personas, y ese derecho recién puede ser limitado por razones vinculadas con la protección de la vida prenatal desde el momento de la viabilidad.

Ahora bien, como la ley de Mississippi (*Gestational Age Act* - Ley de la Edad Gestacional) restringe ese pretendido derecho al aborto antes de la viabilidad, pues lo hace ilegal desde la semana 15 de embarazo (aunque con dos excepciones pasado ese plazo), la ley fue cuestionada ante los tribunales por violar los estándares de “Roe” y “Casey”, y tanto en el juzgado de Distrito como en la Corte de Circuito se emitieron sentencias que declaraban la inconstitucionalidad de la ley.

Apelada la decisión de la Corte de Circuito, la Suprema Corte debe decidir sobre la constitucionalidad de la ley de Mississippi, y ello necesariamente significa (afirma el voto mayoritario) dejar sin efecto (*overrule*) los precedentes “Roe” y “Casey”.

Por eso, la sentencia aborda dos grandes cuestiones, de forma muy interconectada: a) si existe un derecho al aborto en la Constitución de los Estados Unidos; b) si existen argumentos válidos para derogar los precedentes “Roe” y “Casey”. A partir de estas dos cuestiones, se abren distintas proyecciones del fallo que también son mencionadas en los distintos votos y que agregan complejidad a la situación.

A continuación, analizaré estos tres puntos.

## 3. ¿Existe un derecho al aborto en la Constitución de los Estados Unidos?

Como dije, el voto mayoritario se propone demostrar que no existe un derecho al aborto en la Constitución de los Estados Unidos. Para la mayoría de “Dobbs”, “Roe” es un fallo “flagrantemente equivocado” (“*egregiously wrong*”, p. 6). Para ello, analizan el lenguaje del texto constitucional en las enmiendas que fueron invocadas para dar sustento al pretendido derecho al aborto.

En efecto, “Roe” y “Casey” extrajeron el derecho al aborto de la Enmienda 14 que dispone que “ningún gobierno puede privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal”. Lógicamente, la Enmienda 14 no menciona el aborto, pero en “Roe” y “Casey” este derecho fue deducido de la noción de “libertad” a la que hace referencia la Enmienda. Se trataría, según esos fallos, de un derecho implícito bajo la denominada “cláusula del debido proceso” (“*due process clause*”).

Ahora bien, con fundamento especial en el fallo “Glucksberg”, la propia Corte considera que, para que un derecho pueda considerarse como “implícito” en la Constitución, debe estar “profundamente enraizado en la historia y tradición de la Nación” (“*deeply rooted*”). Con ese criterio en mira, el voto mayoritario en “Dobbs” demuestra que el aborto no es un derecho profundamente enraizado en la historia y la tradición. Realiza una profunda investigación sobre la historia constitucional y jurídica de los Estados Unidos para demostrar que ello no es así. Sobre todo, demuestran, incluso con un apéndice documental que recopila la legislación vigente al momento de la Enmienda 14 (1868), que los Estados criminalizaban el aborto y que no podía considerárselo un derecho. El voto mayoritario realiza un análisis de algunas particularidades de esa legislación sobre el aborto, como lo referido a las distinciones que se hacían según hubiera movimientos del feto (“*quickening*”).

Para el voto mayoritario de “Dobbs”, existió un abrumador consenso sobre la prohibición del aborto (“*overwhelming consensus*”, p. 24) hasta el fallo “Roe”. Por eso, concluyen que este derecho al aborto no está “profundamente enraizado en la historia y la tradición de la Nación” (p. 25).

El voto mayoritario también analiza si el derecho al aborto puede deducirse de una consideración sobre la li-

bertad de tomar decisiones íntimas y personales que son centrales para la dignidad personal y la autonomía. Esto era lo que afirmaron “Roe” y “Casey”, apoyándose en distintos precedentes. Pero el voto de la mayoría en “Dobbs” muestra que hay una diferencia sustancial entre esos precedentes y el aborto, pues “el aborto destruye lo que esas decisiones llamaron ‘vida potencial’ y lo que la ley en discusión en el caso considera como la vida de un ser humano individual” (p. 32).

En síntesis, el voto mayoritario demuestra que “Roe” y “Casey” crearon un derecho que no estaba “profundamente enraizado” en la tradición e historia de la Nación. De allí que sea justo, en una perspectiva constitucional, derogar esos precedentes. Y ello nos lleva al siguiente problema.

#### 4. ¿Existen argumentos válidos para derogar los precedentes “Roe” y “Casey”?

Sentada la inexistencia de un “derecho al aborto” en la Constitución de los Estados Unidos, el voto mayoritario afirma que se debe derogar (“*overrule*”) los precedentes “Roe” y “Casey”. Pero justamente por la importancia del precedente en el sistema jurídico del “*common law*”, tal posibilidad de derogación es realmente excepcional y debe estar muy bien fundada. En efecto, este sistema jurídico adopta un principio conocido como “*stare decisis*” que señala el deber de los jueces de no apartarse de lo decidido en casos anteriores. Sin embargo, en ciertas circunstancias, se “deben reconsiderar y, si fuera necesario, derogar las decisiones constitucionales” (p. 40).

El voto mayoritario trae a colación otras ocasiones en las que la propia Corte ha derogado sus precedentes. Y luego pasa a justificar la decisión que se adopta en “Dobbs”, y ofrece cinco motivos para derogar “Roe” y “Casey”:

- a. la naturaleza de la errónea interpretación constitucional que hizo la Corte en esos fallos;
- b. la calidad del razonamiento, que falló en brindar un fundamento en el texto, la historia o el precedente para crear un pretendido derecho al aborto;
- c. los problemas de funcionalidad de las reglas de “Roe” y “Casey”, de modo que se critican los problemas de aplicación que tuvieron esas reglas (*workability*);
- d. los efectos que tuvieron las sentencias “Roe” y “Casey” en otras áreas del derecho; y
- e. finalmente, analizan si la derogación de “Roe” y “Casey” afecta intereses de personas que confiaban en esos precedentes (“*reliance interests*”).

Luego de desarrollar todos estos argumentos, el voto mayoritario concluye que la Constitución no confiere un derecho al aborto, “Roe” y “Casey” deben ser derogados, y la autoridad para regular el aborto debe regresar al pueblo y a sus representantes electos (p. 69).

En este punto, la decisión de derogar “Roe” y “Casey” encuentra sustento en 5 votos, pues el juez Roberts no acompaña a la mayoría en este aspecto de la sentencia.

#### 5. Otras proyecciones de la sentencia

La sentencia proyecta efectos sobre muchas cuestiones que resulta imposible resumir en este breve comentario. Reseño, a continuación, algunas de esas proyecciones.

##### a) ¿Cómo deben juzgarse las leyes de aborto de ahora en adelante?

A partir de la p. 77, el voto mayoritario explica que, para juzgar las leyes de aborto que se sancionen de ahora en adelante, se debe recurrir a un análisis en base a la razonabilidad (“*rational-basis review*”). Se trata del examen de constitucionalidad menos estricto y que confiere una mayor presunción de validez a las normativas (fuerte presunción de validez). Fundamenta ello en que no existe un derecho constitucional sobre el aborto. En su opinión, cada estado regulará el aborto en consideración a distintos intereses, entre los que enumeran: “el respeto por y la preservación de la vida prenatal en todas las etapas de desarrollo; la protección de la salud materna y su seguridad; la eliminación de algunos procedimientos médicos particularmente repulsivos o bárbaros; la preservación de la integridad de la profesión médica; la mitigación del dolor fetal; la prevención de la discriminación con base en la raza, el sexo o la discapacidad” (p. 78).

##### b) La entrada en vigencia de algunas leyes de prohibición total del aborto

A partir de la derogación de “Roe” y “Casey”, los Estados cuentan con un mayor margen para regular o incluso prohibir el aborto. De hecho, el mismo viernes 24 de ju-

nio de 2022, entraron en vigencia leyes que habían sido aprobadas en Alabama, Kentucky, Luisiana y Dakota del Sur para el supuesto en que ocurriera tal derogación. En otros casos, las leyes de prohibición total del aborto entrarán en vigencia en breve.

En el mismo caso de Mississippi, la ley que “Dobbs” consideró constitucional era más restrictiva que lo establecido en “Roe” y “Casey”, pero permitía el aborto hasta la semana 15. Sin embargo, la cuestión de cómo queda regulado el aborto en ese Estado es más compleja, pues una ley de 2007 había establecido que si se derogaba “Roe” en ese Estado entraba en vigencia una prohibición casi total del aborto (MS Code § 41-41-45), con excepción de los casos de riesgo de vida de la madre o embarazo proveniente de violación cuando hubo denuncia formal. En otros estados también encontramos leyes como esta, que habían supeditado su vigencia a la derogación de “Roe”, y que entrarán en vigor en los próximos días<sup>(1)</sup>. Este tema será motivo de gran controversia y análisis en los próximos tiempos.

#### 6. Reflexiones finales

“Dobbs” marca un hito en la historia judicial del aborto en los Estados Unidos. Pone fin a la política favorable al aborto como derecho que había nacido al amparo del precedente “Roe” en 1973 y que se confirmó en 1992 en “Casey”. El voto mayoritario de forma argumentada y sólida brinda las razones para derogar esos precedentes y reabre la posibilidad de que existan leyes de restricción total del aborto que tomen en cuenta, entre otros, el interés propio de la vida prenatal.

Ciertamente, como bien señaló en un comentario radial Fernando Toller, hubiera sido deseable que “Dobbs” reafirmara que existe una persona humana desde la concepción y que su derecho a la vida merece protección jurídica total. En esa línea se ubica el Prof. Adrian Vermeule<sup>(2)</sup>, quien sugiere como principio para la interpretación y aplicación de “Dobbs” que, cuando sea posible, debe maximizarse su alcance para proteger la vida inocente de las acciones orientadas a provocarle la muerte en forma intencional, lo que, por supuesto, se distingue del caso del tratamiento médico lícito que busca salvar la vida de la madre y tiene como efecto secundario no deseado un aborto, si se reúnen las condiciones respectivas.

“Dobbs” posee también una proyección global, pues pone un límite a las tendencias existentes en ámbitos internacionales y en Cortes Constitucionales locales a inventar un derecho al aborto que nunca fue reconocido como tal por ninguna constitución ni ningún tratado.

Para la Argentina, “Dobbs” ayuda a mantener viva la esperanza de que se revierta, en los tribunales y en el Congreso, el camino de legalización del aborto que comenzó con el fallo “FAL” de la Corte Suprema, del año 2012, y tuvo su apogeo con la ley 27.610 aprobada a fines de 2020. Ciertamente, existen importantes diferencias con los Estados Unidos. Por un lado, nuestro país no adhiere al sistema del precedente judicial y tiene distinta distribución de competencias entre la Nación y las provincias. Pero, sobre todo, nuestra Constitución no solo no consagra ningún derecho al aborto, sino que protege explícitamente a la persona humana desde la concepción.

Al terminar este primer comentario, quisiera reiterar que la gran tarea es trabajar por erradicar no solo el aborto, sino las causas que llevan a una madre a considerar el aborto. El aborto siempre es un mal y un fracaso. No es un derecho. Es una conducta que afecta el derecho inviolable a la vida. Este fallo no resuelve esos problemas de fondo, pero reabre el tema para que se pueda impulsar la derogación de las leyes injustas y la promoción de políticas integrales para salvar las dos vidas.

**VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - ABORTO - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - MÉDICOS - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - ESTADO EXTRANJERO**

(1) Guttmacher Institute, “13 States Have Abortion Trigger-Bans – Here’s What Happens When Roe is Overturned”, junio 2022, disponible en: <https://www.guttmacher.org/article/2022/06/13-states-have-abortion-trigger-bans-heres-what-happens-when-roe-overturned>.

(2) Vermeule, Adrian, “How to read Dobbs?”, *Ius et Iustitium*, 25-6-2022, disponible en: <https://iusetistitium.com/how-to-read-dobbs/>.