

ra, de una nación con distintas raíces. Pero el derecho se ha construido tomando en consideración textos y soluciones de otros países. Así lo hacen las convenciones constituyentes, las legislaturas, los jueces y los doctrinarios.

6. Antes de finalizar, con reconocimiento de la tensión entre derechos que existe en el tema, estimo de mucho interés que todos, los que defendemos la vida y los que admiten el aborto en algunos supuestos, o en muchos, volvamos a leer el punto VI del voto del juez Alito, que destaca estándares que resulta necesario tomar en consideración, y que se analizan en varios de los trabajos que siguen.

7. Solamente resta volver a agradecer y felicitar a los autores que tan notables análisis y reflexiones nos han alcanzado para incorporar a este suplemento; al director de EL DERECHO, el doctor Alejandro Borda, por confiar-

me su coordinación, y a Sofía Calderone, por su decisiva ayuda y su permanente entusiasmo.

VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - MINISTERIOS - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - ABORTO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL

DOCTRINA

Apuntes al paso sobre el caso *Dobbs*

por LUIS MARÍA BANDIERI^(*)

Sumario: 1. ¿QUÉ HIZO BÁSICAMENTE LA SCOTUS? – 2. ¿QUÉ ESTABLECIÓ *ROE V. WADE*? – 3. REPERCUSIONES DE *ROE V. WADE*. – 4. EL FALLO *DOBBS*. – 5. REPERCUSIONES DE *DOBBS*. – 6. ¿COMMON LAW O DERECHO NATURAL?

El caso *Dobbs v. Jackson*⁽¹⁾, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en fallo publicado el 24 de junio último, por su trascendencia, dará lugar seguramente a reflexiones y análisis de gran calado. No los encontrará el lector en estos apuntes al paso, del tipo de los que un profesor prepara sobre el tambor para que los alumnos de su curso tengan un bosquejo sobre el que trabajar más tarde. A lo sumo, estos apuntes podrán officiar de guía para quien quiera adentrarse en la histórica decisión.

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; *Sobre la resolución del Parlamento Europeo en torno al caso "Dobbs"*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297; *Contexto del fallo Dobbs y de la derogación del derecho constitucional a abortar en Estados Unidos*, por LIGIA DE JESÚS CASTALDI, ED, 297; *Análisis preliminar del fallo "Dobbs" de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor emérito (UCA). Miembro del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho (UCA).

(1) Thomas E. Dobbs, *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, [2022]597 U. S. ____ (2022) (slip op.). En adelante, *Dobbs* o *Dobbs v. Jackson*.

Esto sentado, enhebramos algunas puntualizaciones acerca del fallo del tribunal que, en adelante, llamaremos SCOTUS (por el acrónimo de su designación en inglés, *Supreme Court of the United States*).

1. ¿Qué hizo básicamente la SCOTUS?

Dejó de lado la doctrina judicial establecida en el fallo *Roe v. Wade* de 1973⁽²⁾. No “derogó” ningún derecho al aborto, porque los fallos judiciales no “derogan” otros fallos, sino que en todo caso los revocan; solo las normas legales se derogan por otra norma legal. Tampoco, en puridad, podría hablarse –como se verá– de un “derecho al aborto” que como tal estuviese reconocido en la legislación federal y, menos aún, en la constitución norteamericana. Las normas relativas a la interrupción voluntaria del embarazo eran y son del resorte de la legislación de cada estado de la Unión.

2. ¿Qué estableció *Roe*⁽³⁾ v. *Wade*?

En enero de 1973, la SCOTUS dictó este fallo en el que se estableció la inconstitucionalidad de toda norma que impidiera o penalizara el aborto voluntario previo a la “viabilidad” [*viability*] del feto, esto es, la posibilidad de su sobrevivencia fuera del útero materno. El magistrado ponente, Harry Blackmun, exasesor de la Clínica Mayo, fijó esa viabilidad en dos tramos: durante el primer trimestre del embarazo, la veda a toda normativa antiaborto era absoluta y también absoluta la libertad de la mujer para continuar o no el embarazo; cumplido ese plazo y hasta la finalización del segundo trimestre, otro tanto, aunque cabía cierta protección indirecta del *nasciturus* si la intervención interruptiva pudiera perjudicar la salud de la madre gestante, único y exclusivo interés contemplado. Solo estaba proscripto el aborto voluntario a partir de los seis meses cumplidos del embarazo, salvo que fuera necesario “para la preservación de la salud de la madre”⁽⁴⁾, quedando abierta a las legislaturas estatales su regulación y penalización. El fundamento constitucional se estableció a partir del “*right of privacy*”, derecho a la privacidad de la madre, inferido de la Enmienda Décimo Cuarta de la constitución (sancionada en febrero de 1869) que establece en su sección primera que “ningún estado podrá sancionar ni hacer cumplir cualquier ley que restrinja los privilegios o inmunidades [*the privileges or immunities*] de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco estado alguno podrá privar a ninguna persona de la vida, la libertad [*liberty*] o la propiedad sin el debido proceso legal [*due process of law*], ni negar a cualquier persona que se

(2) 410 U.S. 113 (1973), en adelante: *Roe* o *Roe v. Wade*.

(3) Bajo la seudonimia de “Roe” se hallaba Norma McCorvey, cuyo historial de pobreza, abuso de drogas, problemas psíquicos y múltiples parejas se prestaba para utilizarla en la fabricación de un “litigio estratégico” sobre la cuestión por parte del activismo pro aborto a partir de una violación, y llevarlo ante SCOTUS. McCorvey, posteriormente, afirmó que la habían tratado como una “idiota” y se convirtió en una militante antiaborto.

(4) *Roe*, pp. 164-165.

encuentre dentro de su jurisdicción la protección por igual de las leyes”.

“*Liberty*” se convierte en la palabra clave para inferir el derecho a la privacidad, que a su vez funda la libertad de disponibilidad de la mujer sobre su propio cuerpo para la interrupción voluntaria del embarazo, por sobre la legislación existente o a sancionarse. El voto contrario minoritario fue suscripto por los *Justices* William Rehnquist y Byron White. Este último, demócrata nominado por John F. Kennedy, culminó así su disidencia⁽⁵⁾: “como ejercicio grosero [*raw*] del poder judicial, quizás la Corte tenga la autoridad para hacer lo que ha hecho hoy, pero a mi entender la sentencia es una aplicación extravagante y no prevista de la facultad de *judicial review* que la constitución le ha otorgado”. En 1992, siendo entonces presidente de la SCOTUS William Rehnquist, en *Planned Parenthood v. Casey*⁽⁶⁾, fue ponente de un borrador inicial que revocaba la doctrina de *Roe*, salvada a último momento por la *votafaccia* de Anthony Kennedy, católico practicante al que los juristas apodaban juez *swinger* por su característica de columpiarse sobre los criterios que pudieran adjudicarse de antemano. En *Casey*, la SCOTUS reafirmó lo sustancial de *Roe* –la viabilidad [*viability*]– y admitió una mayor flexibilidad en los plazos fijados por aquel fallo, y que las legislaciones estatales pudiesen tomar medidas para que, en cualquier momento del embarazo, la elección de la mujer fuese informada, aceptándose incluso aquellas normas que procurasen persuadirla a escoger el parto antes que el aborto. El límite para estas recomendaciones se estableció en que no tuvieran el carácter de una “carga indebida” [*undue burden*] para el ejercicio del derecho al aborto.

3. Repercusiones de *Roe v. Wade*

El prestigio del tribunal que lo dictó y la trascendencia del tema decidido hicieron que el debate sobre el fallo, convertido en una suerte de *divortium aquarum* político y filosófico, fuera mucho más allá de los Estados Unidos. Nuestro país no escapó a esa controversia, piedra de escándalo y fuente de discordia, que divide a las sociedades transversalmente a otras opiniones, creencias y militancias en *pro life* y *pro choice*, pañuelos celestes y pañuelos verdes, con núcleo en un fallo que pronto cumpliría medio siglo. Si nos ceñimos exclusivamente al ámbito norteamericano y a su mundillo jurídico, la disputa fue incesante; no pocos juristas criticaban la sentencia en que veían a la SCOTUS convirtiéndose en legisladora positiva, al tiempo que desalojaba a las legislaturas locales, a la “rama política”, de sus competencias propias. Y la reacción de algunas de esas sedes legislativas locales fue sancionar leyes que terminaban chocando con el muro constitucional levantado por el caso *Roe*.

Ejemplo cercano de esa rebelión fue la *Heartbeat Act* de Texas, en mayo de 2021⁽⁷⁾, que prohibía los abortos a partir del “latido fetal”, fijado a partir de la décimo quinta semana de gravidez establecía un arranque de la *viability* muy anterior al dibujado en 1973. Una particularidad de esta ley es que establecía una suerte de acción pública civil contra quien ejecutase o indujese al aborto en contra del criterio legal, con más un premio en dinero al denunciante. Estas leyes, vivamente impugnadas por las organizaciones *pro choice*, se encontraban a resolución al momento de dictarse *Dobbs*.

Para dar una idea de la intensidad del debate, no solo en el campo doctrinario y de la mera opinión, cabe recordar que veintiséis estados habían solicitado a la SCOTUS dejar sin efecto los casos *Roe* y *Casey* y permitirles regular o prohibir el aborto antes de la *viability*⁽⁸⁾. En octubre de 2018, la Corte Suprema de Alabama, a raíz de una causa en la que se trataba tangencialmente el caso *Roe*, elevó una nota a la SCOTUS en que solicitaba se revocase dicha decisión. Uno de los integrantes del tribunal, el juez Parker, manifestó: “*concurro íntegramente con el razonamiento del Tribunal en lo que se refiere a que los no nacidos son personas que poseen la total e igual protección de las leyes. Redacto esto especialmente para incidir en los principios reflejados en la sentencia y para hacer notar la continua anomalía legal y falacia que representa Roe v. Wade; urjo al Tribunal Supremo de los Estados*

Unidos que deje sin efecto esta cada vez más aislada excepción a los derechos de los no nacidos”⁽⁹⁾.

4. El fallo *Dobbs*

Llegó el expediente a la Corte luego de que una ley del estado de Mississippi prohibió la práctica de abortos a partir de las quince semanas del embarazo⁽¹⁰⁾. La norma fue atacada de inconstitucionalidad fundándose en los *landmark cases* *Roe* y *Casey*, y a esa acción hizo lugar la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, contra cuyo fallo se alzó Thomas E. Dobbs (en nombre del Departamento de Salud del estado).

Lo que tenía que resolver la SCOTUS era la siguiente cuestión: “Si deben considerarse inconstitucionales todas las prohibiciones de abortos anteriores a la viabilidad”⁽¹¹⁾, con lo que se ponía directamente sobre el tapete la doctrina de *Roe* y su ratificación en *Casey*.

La respuesta fue: “resolvemos que la doctrina de *Casey* y *Roe* debe ser revocada”, remachándose que “la constitución no contiene ninguna referencia al aborto, y tal derecho no se encuentra ni tan siquiera de forma implícita protegido por ninguna previsión constitucional”⁽¹²⁾. El ponente, Samuel Alito, cuyo voto hizo mayoría (5 a 4), señaló la improcedencia de fundar ese supuesto derecho infiriéndola de la décimo cuarta enmienda. Esa franquicia no puede considerarse un derecho implícito o no enumerado (Enmienda novena; similar al artículo 33 de nuestra Constitución Nacional). Ello así porque “el derecho al aborto es también críticamente diferente de cualquier otro derecho que este tribunal ha considerado que cae dentro de la protección de la ‘libertad’ reconocida en la Decimocuarta Enmienda. Los defensores de *Roe* caracterizan el derecho al aborto como similares a los reconocidos en anteriores sentencias que afectaban a materias tales como las relaciones sexuales íntimas, contracepción y matrimonio, pero el aborto es fundamentalmente distinto, como las propias sentencias *Roe* y *Casey* reconocen, porque destruye lo que tales sentencias denominan ‘vida fetal’ y lo que la ley ahora ante nosotros [la ley de Mississippi] describe como ‘ser humano no nacido’”⁽¹³⁾.

La libertad de abortar tenía, en los fallos *Roe* y *Casey*, un límite que era el de la *viability* del feto. Este inédito confín resulta una pura invención judicial formulada en *Roe* y repetida en *Casey*. “Es muy difícil entender por qué la posibilidad de sobrevivencia debería señalar el momento en el que se inicia la persona”⁽¹⁴⁾. La mayoría, en *Dobbs*, destaca que al tiempo de *Roe* el punto de arranque de la *viability* se estimaba en la semana 28 y hoy en la 23 o 24. ¿Cómo puede ser que un feto podría ser diversamente objeto de tutela jurídica según haya venido a la existencia hace cincuenta años u hoy? Por otra parte, la *viability* depende también de la infraestructura de la institución médica a que recurra la mujer. “¿Sobre qué base el *status* constitucional de un feto puede depender del lugar donde se atienda la mujer encinta?”⁽¹⁵⁾. La posibilidad de supervivencia es un criterio individualizado con alto grado de incertidumbre porque depende de muchas variables. ¿Cómo puede ser –se pregunta el tribunal– que la tutela jurídica de la vida resulte de tal modo incierta en el nivel constitucional? Y sobre la significación de *liberty*, la mayoría la encuadra como “libertad ordenada”, que califica como concepto basal del ordenamiento jurídico norteamericano y caracteriza como aquella que “pone límites y define el confín entre los intereses en conflicto”. *Roe*, de acuerdo con la mayoría, menoscabó el particular equilibrio entre “los intereses de una mujer que quiere abortar y los intereses de lo que aquel mismo fallo definía como vida potencial”⁽¹⁶⁾.

Una vez echado por tierra el frágil tinglado jurídico que cobijaba a *Roe* y su continuadora, ¿qué camino se le abría a la SCOTUS? La ponencia de Alito reconoce que, hasta aquella sentencia, y desde los orígenes, había una ininterrumpida tradición del *common law* norteamericano de prohibir penalmente el aborto. Recuerda que en 1973 había 30 estados de la Unión que penalizaban el aborto en cualquiera de sus fases. Esas normas estaban movi-

(9) Véase: *Ex parte Phillips*, No. 1160403, Alabama Supreme Court. Sentencia del 19 de octubre de 2018, p. 149.

(10) *Miss. Code Ann.* § 41-41-191 (2018).

(11) *Dobbs*, p. 8.

(12) *Dobbs*, p. 5.

(13) *Dobbs*, p. 31-32.

(14) *Dobbs*, p. 51.

(15) *Dobbs*, p. 52.

(16) *Dobbs*, pp. 30-32.

(5) Aparece publicado con el caso gemelo *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

(6) 505 U.S. 833 (1992).

(7) Texas Heartbeat Act, Senate Bill 8 (SB 8).

(8) *Dobbs*, p. 4.

das por “una sincera convicción de que el aborto mata a un ser humano”⁽¹⁷⁾. Entonces, en un juego de espejos con *Roe*, ¿estatuiría ahora la SCOTUS, con un criterio contrario, una determinación acerca de cómo los estados deberían legislar sobre el aborto? “Nuestra decisión no se basa en ningún parecer acerca de cuándo un Estado debe considerar la vida prenatal como depositaria de derechos o intereses legalmente reconocibles”⁽¹⁸⁾. Luego, es hora de atender a lo que dice la Constitución y devolver el asunto del aborto a los representantes elegidos por el pueblo. “La permisibilidad del aborto, y las limitaciones [...], deben ser resueltas como las cuestiones más importantes de nuestra democracia, por los ciudadanos, mediante la persuasión y el voto” [...] (Scalia en *Casey*, concurriendo en parte y discrepando en parte)⁽¹⁹⁾. Eso es lo que la Constitución y el estado de derecho requieren”. La mayoría en la SCOTUS señala que en *Roe* y su secuela se argumentó y se procedió “como si” actuase un cuerpo legislativo. Ahora es tiempo de que esos cuerpos decidan la cuestión, como piden la letra y el espíritu constitucionales.

Pero ¿cómo sortear la objeción sobre la fuerza del precedente: el *stare decisis* y la máxima de *quieta non move-re*? Es cierto, contesta la mayoría, que en el *common law* los precedentes jurisprudenciales tienen un fuerte sentido orientativo para las decisiones futuras de los jueces. Pero ello no significa que los jueces están absolutamente obligados a seguirlos si los consideran erróneos y, en las circunstancias apropiadas, deben estar dispuestos a reconsiderar e incluso anular aquellas decisiones. La SCOTUS no tiene autoridad para estatuir que un precedente errado está permanentemente exento de su evaluación conforme los tradicionales principios del *stare decisis*. En otras palabras, la adhesión al precedente no es un mandato ineluctable⁽²⁰⁾. No faltan ejemplos de la aplicación de tal criterio y se traen a colación en el fallo⁽²¹⁾. En 1954, la SCOTUS, en su bien afamado fallo *Brown v. Board of Education of Topeca*⁽²²⁾, puso fin, tras cincuenta y ocho años, a la segregación racial confirmada por el mismo alto tribunal en *Plessy v. Ferguson* (“iguales pero separados”) de 1896⁽²³⁾. Y muchos celebrados fallos del tiempo en que SCOTUS fue presidida por el *Chief Justice* Warren dejaron de lado otros precedentes bien afianzados.

Tras haber devuelto a las legislaturas de los estados la competencia para establecer normas sobre la materia debatida en el fallo, la mayoría delinea los márgenes constitucionales dentro de los que esas legislaciones deberán moverse: la razonabilidad [*rational basis review*], que incluye el respeto y preservación de la vida prenatal en todas las fases de su desarrollo; la protección de la salud y seguridad de la madre; la eliminación de procedimientos médicos horribles o bárbaros; la conservación de la integridad de la profesión médica; la mitigación del dolor fetal y prevención de la discriminación sobre la base de raza, sexo o discapacidad⁽²⁴⁾.

En el párrafo final de su discrepancia conjunta, los jueces Stephen Breyer⁽²⁵⁾, Sonia Sotomayor y Elena Kagan manifestaron: “[c]on dolor –por este tribunal, pero más aún por los muchos millones de mujeres estadounidenses que hoy han perdido una protección constitucional fundamental– disentimos”⁽²⁶⁾. Alertan también, insólitamente, sobre que “[n]adie debe confiar que esta mayoría haya terminado su trabajo”⁽²⁷⁾, aludiendo tal vez al fallo *Obergefell*, de junio de 2015, que estableció la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, con fundamento en la décimo cuarta enmienda⁽²⁸⁾. En cuanto al *Chief Justice*, John Roberts, votó a favor de la ley

(17) *Dobbs*, p. 29.

(18) *Dobbs*, p. 38.

(19) Aquí, en *Dobbs*, p. 6, la Corte refiere a *Casey*, 505 U. S., p. 979.

(20) *Dobbs*, pp. 39 y ss.

(21) Véase *Dobbs*, pp. 40 y 41, y especialmente la nota al pie número 48 del voto de la mayoría.

(22) 347 U.S. 483 (1954).

(23) 163 U.S. 537 (1896).

(24) *Dobbs*, pp. 77-78.

(25) Por cierto, Stephen Breyer había renunciado a sus funciones en enero de este año, con la condición de que tal renuncia se haría efectiva cuando estuviese nombrado su sucesor.

(26) *Dobbs*, disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 60.

(27) “*And no one should be confident that this majority is done with its work*”. *Dobbs*, disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 4.

(28) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015). La minoría, formada por John Roberts, Antonin Scalia, Samuel Alito y Clarence Thomas, argumentó que establecer tal matrimonio era, en todo caso, del resorte de la legislación de los estados, y que la mayoría convertía al tribunal en legislador sustituto de los cuerpos políticos.

de la constitucionalidad de la ley de Mississippi, pero se manifestó contrario a la revocación de *Roe* y *Casey*, que supondría, a su juicio, “un grave sobresalto”.

5. Repercusiones de *Dobbs*

Antes de dictarse el fallo, la difusión de un “primer borrador” de la ponencia del juez Samuel Alito provocó automáticamente una movilización de las organizaciones *pro choice* tanto en los Estados Unidos como en el exterior⁽²⁹⁾. Se organizaron protestas frente a los domicilios particulares de los jueces⁽³⁰⁾: hasta el FBI trasladó al *Justice* Alito a un sitio seguro no conocido por el público. También se dio a conocer la escuela a la que concurren los hijos de la jueza Amy Coney Barrett y se instó a los grupos militantes a “expresar su ira” [*voice your anger*] ante ese lugar.

Los ataques más duros a la Suprema Corte partieron del presidente Joe Biden, quien expresó que el tribunal estaba “fuera de control” y ordenó al titular del Departamento de Justicia, Merrick Garland, que convocara a una *task force* de abogados voluntarios para defender en todo el país a médicos y clínicas que ofrezcan abortar “legalmente”⁽³¹⁾. El mismo Garland, en un comunicado, sostuvo enfáticamente que “el Departamento de Justicia discrepa rotundamente de la sentencia. Esta decisión supondrá un soplo devastador a la libertad reproductiva en los Estados Unidos. Tendrá un impacto inmediato e irreversible en las vidas de personas a lo largo del país. Y será enormemente desproporcionado en sus efectos [...] con las enormes cargas que supondrá para la gente de color y aquellos con limitados medios económicos”⁽³²⁾. Se estudiaba la viabilidad de dictar una ley federal que recogiese la doctrina de *Roe* –con lo que se avasallaría competencias no delegadas por los estados de la federación al gobierno central– y la posibilidad de ampliar los miembros de la SCOTUS para incluir jueces simpatizantes con la línea *pro choice*. Desde el mismo gobierno federal la oposición al fallo se plantea en términos de una tajante guerra cultural.

6. ¿*Common law* o derecho natural?

a. La mayoría de la SCOTUS reconoce que la del aborto es una cuestión moral y política de importancia crítica, sobre la que los estadounidenses mantienen “apasionados puntos de vista fuertemente contradictorios”. Y entiende que no es el tribunal el que puede y debe tajarlos, sino los cuerpos legislativos de los Estados de la unión, investidos por la Constitución de tal competencia.

b. Los tribunales de justicia, y especialmente los supremos, no están destinados en sus fallos a organizar el mundo y gobernar su futuro, sino al más modesto empeño de dar a cada uno lo suyo en los conflictos traídos ante sus estrados, sirviéndose de la tradición jurídica acumulativa que cada sociedad ha ido reuniendo y se expresa por los jurisprudentes. La mayoría entiende, dejando a un lado a *Roe* construida desde cero⁽³³⁾, retomar así lo dado, el *common law* norteamericano respecto a la concepción y a la protección del *nasciturus*, que se preocupa en documentar sólidamente, como acreditan los apéndices que elevan su

(29) Publicado en Gerstein, J. y Ward, A. “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, el 2/5/2022. Disponible en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473> (fecha de consulta: 18/5/2022).

(30) Son muchas las notas periodísticas que dan cuenta de estos hechos, por ejemplo: Jackson, E. “Continúan las protestas frente a las residencias de los jueces de la Corte Suprema”, *The Epoch Times* (en español), 13/5/2022, disponible en https://es.theepochtimes.com/continuan-las-protestas-frente-a-las-residencias-de-los-jueces-de-la-corte-suprema_993611.html (fecha de consulta: 12/8/2022); Howe, A., “California man arrested near Kavanaugh’s home, charged with attempted murder of justice”, *SCOTUSblog*, 8/6/2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/06/man-with-weapon-is-arrested-near-kavannahs-home/> (fecha de consulta: 12/8/2022).

(31) Los comentarios pueden verse en Biden, J., “President Biden delivers remarks on the Supreme Court decision on *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* to overturn *Roe v. Wade*”, disponible en: <https://twitter.com/i/broadcasts/1RDGlgqrardKL> (fecha de consulta: 12/8/2022).

(32) El comunicado completo puede verse en Department of Justice, “Attorney General Merrick B. Garland Statement on Supreme Court Ruling in *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*”, 24/6/2022, disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-merrick-b-garland-statement-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson-women-s-health> (fecha de consulta: 27/6/2022).

(33) “*Roe was egregiously wrong from the start*”, que se puede traducir del siguiente modo: “*Roe* fue tremendamente equivocada desde un principio”.

extensión total a 213 páginas. Y de allí, de esa prudencia jurídica recopilada, surgen los márgenes constitucionales que deja sentado el fallo a la tarea legislativa, referidos más arriba.

c. Se ha tachado vivamente este fallo de partir de un originalismo que se califica de estático, retrógrado y hasta de fijismo “bíblico”. Expresa un crítico que se trata de “[u]na minoría rural y decimonónica que no está dispuesta a jugar con las reglas del juego democrático, se está imponiendo y avasalla a una mayoría liberal”⁽³⁴⁾. Está claro que, para esa progresía cultural, según la cual el derecho debe comandar el cambio y la transformación, que a los maximalistas de la corriente lleva a empujar hacia el “uso alternativo del derecho” como revolución desde los estrados, el fallo le resulta inaceptable.

Como las grandes decisiones no dejan nunca del todo satisfechos ni a tios ni a troyanos, desde la otra banda hay quienes critican que, planteado en la propia sentencia que el aborto presenta ante todo una cuestión moral, no se haya zanjado esa cuestión moral definitivamente en sede judicial, en lugar de deferirla a la legislación. Se entiende, desde esa postura, que invoca el derecho natural, que allí el adjetivo “natural” se refiere a un sustantivo elidido, la

(34) Vivanco, J. M. citado en Mathus Ruiz, R., “Aborto y armas. La reacción conservadora que sacude a la democracia más antigua del planeta”, en *La Nación*, 2/7/2022, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/aborto-y-armas-la-reaccion-conservadora-que-pone-en-jaque-a-la-democracia-mas-antigua-del-planeta-nid02072022/> (fecha de consulta: 27/7/2022).

moral, que fundamenta y conforma el derecho, que a su turno la expresa. El derecho natural, a mi parecer, está conformado en todo caso por aquellas condiciones ineludibles a que todo derecho positivo precisa ajustarse para la realización de su existencia. El fallo *Dobbs* no alude en ningún párrafo al derecho natural, pero se ajusta a esas condiciones ineludibles de existencia que encuentra, según la tradición del *common law*, en los principios del derecho positivo mismo, aplicados al caso. De acuerdo con ellos –y con la separación de funciones que su constitución establece–, devuelve la autoridad de la decisión a los cuerpos legislativos estatales, recordándoles los principios configuradores aplicables que el propio derecho positivo ha ido condensando.

VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - ABORTO - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - MINISTERIOS - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL

“FAL” también está terriblemente equivocado

por PEDRO J. M. ANDEREGGEN^(*) y RODOLFO C. BARRA^(**)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CASO “FAL”. I. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. II. LOS ARGUMENTOS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. III. “FAL” FRENTE A LA MANDA DEL ARTICULO 75, INCISO 23, DE LA CONSTITUCION NACIONAL. – 3. CONCLUSION.

1. Introducción

“*Egregiously wrong*” es una expresión inglesa generalmente utilizada para indicar que una conducta, un argumento o una doctrina son “tremendamente equivocados”, sin ofrecer, siquiera, una arista de verdad o acierto. De “tremendamente errónea” califica el fallo *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*⁽¹⁾ (2022) al precedente

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad 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,*

de 1973, *Roe v. Wade*⁽²⁾, que declaró al aborto como un derecho constitucional de la mujer; un supuesto derecho que, por no tener norma expresa que lo avalara en el texto constitucional fue “encontrado” por los jueces en los pliegos o sombras del “derecho a la privacidad”⁽³⁾.

O mejor –como carecía la constitución norteamericana de una norma como la contenida en nuestro maravilloso artículo 19 de la Constitución Nacional– en el “debido proceso” de la Enmienda XIV, aunque sacado de su lógica procesal para ubicarlo en una dimensión “sustantiva”: con este GPS la Suprema Corte de Estados Unidos llegaría al “derecho a la privacidad”, para luego estacionarse (aunque no sería el único “*parking*” posible: puede haber tantos como la imaginación o la ideología lo exijan) en el derecho al aborto.

Dobbs sostiene que tal viaje es “*egregiously wrong*”: no existe un “derecho constitucional al aborto”; es decir, un específico derecho al aborto, garantizado por la Constitución federal, que obligue a los estados de la Unión de tal manera que solo pocas y excepcionales regulaciones quedan permitidas a las competencias estatales.

No es una decisión inesperada, no por la inaudita filtración del proyecto de fallo mayoritario⁽⁴⁾, sino por la continua y fundada crítica que siguió a *Roe*, durante casi cincuenta años, desde importantes sectores de la academia, la política, los movimientos provida, y las disidencias en la

por RICARDO BACH DE CHAZAL, ED, 289-1519; *Sobre la resolución del Parlamento Europeo en torno al caso “Dobbs”*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297; *Contexto del fallo Dobbs y de la derogación del derecho constitucional a abortar en Estados Unidos*, por LIGIA DE JESÚS CASTALDI, ED, 297; *Análisis preliminar del fallo “Dobbs” de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Presidente de la Corporación de Abogados Católicos.

(**) Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ex Ministro de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente Nacional, 1994.

(1) *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners v. Jackson Women’s Health Organization, et al.*, 597 U. S. ____ (2022) (Slip. Op.).

(2) 410 U.S. 113 (1973).

(3) Algunas de estas ideas fueron previamente desarrolladas en Barra, R. C., “Terriblemente equivocado”, *Infobae.com*, 29/6/2022, disponible en <https://www.infobae.com/america/opinion/2022/06/29/terriblemente-equivocado/> (fecha de consulta: 13/8/2022).

(4) Gerstein, J. y Ward, A., “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, el 2/5/2022. Disponible en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473> (fecha de consulta: 18/5/2022).