

A modo de presentación: ¿Nos importa el caso *Dobbs*?

por EUGENIO LUIS PALAZZO*

1. Cuando nos planteamos, en EL DERECHO, publicar un suplemento especial sobre el caso *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, v. Jackson Women's Health Organization*(1), surgieron algunas preguntas acerca de su relevancia para nosotros, que procuraré analizar en estas breves líneas de presentación. El decisorio fue emitido por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 24 de junio de 2022. Allí, el Tribunal sostiene que la Constitución de ese país no contempla el derecho al aborto y anula los precedentes *Roe v. Wade* (1973)⁽²⁾ y *Planned Parenthood v. Casey* (1992)⁽³⁾ que habían concluido lo contrario.

Antes, relato que la iniciativa surgió a través de caminos paralelos y ricos intercambios que compartí con Alejandro Borda, director de EL DERECHO, y con Sofía Calderone, que mucho ayuda en esta editorial; y cuenta con la colaboración de autores de tanto prestigio como Luis María Bandieri, Rodolfo Barra y Pedro J. Anderegg, Ursula Basset, Alberto Bianchi, Ignacio Colombo Murúa, Manuel José García Mansilla, Florencia Ratti y Sofía Calderone, Eduardo Soderó y Alfredo Vítolo, cuyos trabajos galardonan esta edición con la erudición que los caracteriza. Al agradecerles corresponde hacer lo mismo con quienes se ocuparon de la corrección, diagramación y diseño de este número.

2. El primer dilema nos surge como juristas que defendemos la vida a partir de la fecundación. Porque ese nuevo ser, a partir de allí, es una persona humana, y merece protección, ¡una fuerte protección por su debilidad, su indefensión ante cualquier ataque, en el seno materno o en un recipiente extrauterino! La sentencia *Dobbs* no preserva la vida hasta esos extremos. Hace mucho menos. Declara que el aborto carece de protección constitucional

federal, pero no rechaza que pueda tenerla en constituciones estatales, u otras fuentes del derecho locales. En la organización federal norteamericana la declaración y protección de los derechos corresponde, en principio, a cada estado miembro de la federación, y solo excepcionalmente, cuando una enmienda constitucional expresamente lo establece, puede resultar una competencia federal, como ocurre con las enmiendas XIII, XIV y XV, impuestas en el contexto de la Guerra de Secesión para abolir la esclavitud y algunas otras discriminaciones.

Pero *Dobbs* permite que los pueblos de los estados norteamericanos protejan la vida, y así lo han hecho varios. Por supuesto, Mississippi, protagonista del caso, y también otros que habían promulgado “trigger laws”, es decir, leyes desencadenantes que entraron o están a punto de entrar en vigencia al ser abolido *Roe*, o se encaminan a ello. Son *más de una docena*. Están en ese proceso Arkansas, Idaho, Alabama, Oklahoma, Louisiana, Kentucky, Misuri, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah y Wyoming. En todos ellos la vida no nacida va a tener un importante resguardo, lo cual es un avance sustancial en esta cuestión, en la que las posturas provi-da, en el mundo occidental, estaban en retroceso. Y esa disputa no podemos circunscribirla a un país, pues ocurre a nivel mundial, en occidente y en oriente, en el norte y en el sur, sobre todo a partir del proceso de internacionalización de los derechos humanos, sumamente relevante a partir de la segunda posguerra, y de interpretaciones excesivas de los derechos que se consagran, sin tener en cuenta los deberes que imponen⁽⁴⁾.

La gravedad de esta disputa, en Estados Unidos, se advierte al señalar que otros doce estados han creado un derecho constitucional estatal al aborto, como California, Florida, Massachusetts y New Jersey; la mayoría de ellos a través de decisiones judiciales.

En contraste con este esquema, nuestra Constitución sí protege la vida desde la concepción, como resulta de la salvedad “en las condiciones de su vigencia”, incluida en el otorgamiento de rango constitucional de numerosos tratados de derechos humanos, que hace el artículo 75, inciso 22, y que se refiere a la declaración interpretativa emitida en la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño; de otros textos internacionales; de la protección del niño *desde el embarazo* impuesta en el inciso 23, y de los debates en la Convención de 1994 y sus comisiones. Claro que esta interpretación no es uniforme; muchos la rechazan con argumentos que otros, también muchos, entendemos equivocados.

3. La segunda cuestión trata de las fuentes del derecho. Vemos, en el caso, los roles de la Constitución federal, las constituciones estatales y la jurisprudencia. Así la Suprema Corte avanzó sobre la Constitución federal en *Roe*, y devolvió el tema al ámbito local en *Dobbs*. Algo similar hizo nuestra Corte Suprema, en este y otros temas; pues en “Tanus” de 2001⁽⁵⁾ y “Portal de Belén” de 2002 rechazó la constitucionalidad del aborto⁽⁶⁾, y luego, con otra composición, la admitió en el caso “FAL” de 2012⁽⁷⁾. Más cercano en el tiempo, cabe citar el debate sobre el aforo de la Ciudad de Buenos Aires para litigar en competencia originaria ante ella, después de la reforma constitucional de 1994. Lo rechazó en “Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c/ Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/ acción de amparo”⁽⁸⁾, y en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego”⁽⁹⁾, pero la admitió

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.

(* Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional en posgrado y doctorado de la Facultad de Derecho (UCA). Director de la Especialización en Derecho Constitucional (UCA-Paraná). Coordinador del suplemento especial: *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*.

(1) 597 U.S. ____ (2022) (Slip. Op.). En adelante, *Dobbs*.

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

(3) 505 U.S. 833 (1992).

(4) En respuesta a una encuesta de la UNESCO sobre la Declaración Universal de Derechos del Hombre, dijo Mahatma Gandhi: “De mi ignorante, pero sabia madre, aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse proceden del deber bien cumplido [...] Todo otro derecho será una usurpación por la que no merece la pena luchar” (*Los derechos del Hombre*, México-Buenos Aires, FCE, 1949, nro. 23).

(5) Fallos: 324:5.

(6) Fallos: 325:292.

(7) Fallos: 335:197.

(8) A. 827. XLIII, del 27 de noviembre de 2007.

(9) G.2462.XLI, del 18 de diciembre de 2007.

desde “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional*” de 2019⁽¹⁰⁾.

Estas y muchas otras decisiones de los superiores tribunales, aun en el sistema de control difuso en sus características actuales en nuestro país, han generado ejemplaridad, acatamiento, modificaciones en hábitos institucionales o personales. Corresponde destacar, entonces, el rol decisivo de la jurisprudencia como fuente, su potencialidad de modificar los alcances de las reglas constitucionales, y el modo de vida de los seres humanos y de las instituciones. Es decir que la diferencia, en el punto, entre el esquema norteamericano y el argentino no es, en mi opinión, tan radical como se sostiene.

Además cabe destacar la relevancia que los fallos de nuestra Corte Suprema han otorgado, desde sus comienzos, a poco de iniciada la segunda mitad del siglo XIX, a la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana como fuente, sustentada en que las estructuras básicas de nuestro ordenamiento (el presidencialismo, el federalismo, el control difuso de constitucionalidad) fueron tomadas y adaptadas de aquel país, así como sucedió con otras previsiones sumamente importantes (derechos no enumerados, la cláusula comercial, la de la prosperidad). Si bien ello se ha equilibrado en las últimas décadas, no ha dejado de ser la jurisprudencia extranjera más citada.

Pero también importa mucho reflexionar sobre las fuentes del Derecho, en el caso que motiva este suplemento, pues nos lleva a plantearnos cuál es la verdaderamente decisiva en el tema de la “interrupción voluntaria del embarazo”. No parece posible aceptar que lo sean ni las constituciones, ni la jurisprudencia, ni siquiera los tratados internacionales de derechos humanos, invocados con notable falacia por el artículo 3 de la ley 27.610⁽¹¹⁾. La protección de la vida desde la fecundación es un principio general del derecho, basado en la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, sustento de todos los derechos, como lo reconocen los tratados internacionales en sus preámbulos; normas, declaraciones y decisiones de los más diversos ámbitos, y también la Doctrina Social de la Iglesia⁽¹²⁾. La existencia de vida, en cualquier ente, requiere que la protejamos, más aún si tiene escasas posibilidades de defensa, y muchísimo más si es humana. Un óvulo fecundado es un ser vivo, no una cosa, y su naturaleza es humana, pues tiene nuestro material genético, y, si nada interrumpe su camino, debe nacer con las características desarrolladas de todos los demás hombres o mujeres con los que convivimos, y a los que debemos respetar.

4. El tercer argumento que nos aleja de *Dobbs* se refiere a las diferencias entre nuestro federalismo y el norteamericano. Mucho se ha destacado que no existe un modelo de federalismo, sino tantos como países federales hay. Cuando lo consagramos como forma de estado, en 1853, solamente estaba vigente en otros dos países: Estados Unidos, desde 1787/89, y Suiza, a partir de 1848⁽¹³⁾. En el tema tomamos bastante de Norteamérica, algo de Suiza y mucho de nuestras experiencias, analizadas por Alberdi a partir de su historicismo moderado. En definitiva, se incluyeron rasgos unitarios en nuestro formato federal, varios de ellos atenuados en la reforma de 1860.

Dos temas, que interesan a los estudios que presentamos, marcan divergencias. Uno es la declaración y regulación de los derechos, pues en oposición a lo ya explicado sobre la organización federal norteamericana, el artículo 5 de nuestra Carta Magna impone que las constituciones provinciales estén de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías incluidas en ella, es decir que, como regla, federaliza las declaraciones de derechos⁽¹⁴⁾. Pero

(10) Fallos: 342:533.

(11) B.O. 15/1/2021.

(12) Expone Juan XXIII, en *Pacem in terris*, del 11 de abril de 1963: “Sin embargo, en lo más íntimo del ser humano, el Creador ha impuesto un orden que la conciencia humana descubre y manda observar estrictamente: ‘Los hombres muestran que los preceptos de la ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia’” (PT, número 5. La cita es de *Romanos 2,15*, el énfasis es del original).

(13) Mientras México oscilaba entre el conservadurismo centralista y el liberalismo federal.

(14) Es decir que las declaraciones incluidas en constituciones provinciales, tan abundantes y ampulosas, pueden agregar poco: alguna ampliación que no quiebre el equilibrio con otros derechos, y precisiones en temas de exclusiva competencia local (como aspectos procesales).

admite, en el inicio del 14, que los derechos se gozan conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio⁽¹⁵⁾. ¿De cuáles leyes se trata, nacionales o provinciales? La respuesta depende, en cada tema, de la distribución de facultades entre la Nación y las provincias cuya regla general se encuentra en el artículo 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal...”. La protección de la vida se halla instrumentada, en diversos aspectos, a través de los códigos de fondo; de competencia nacional en su dictado, mas no en su aplicación, aspecto que desarrollaré en párrafos siguientes; los sanitarios y de seguridad corresponden, en principio, a las provincias, salvo interjurisdiccionalidad; el fomento y los cuidados son competencia concurrente, bajo la regla de la subsidiariedad.

Pero, reconocido un derecho, además de reglamentarlo, se puede promover su concreción a través de medidas de fomento; o asumir, el Estado nacional o provincial, las prestaciones de que se trate, esquemas en los cuales prima la concurrencia de competencias. Es decir que también en nuestro país, existen importantes componentes locales en esta temática, y *Dobbs* marca su respeto.

El otro tema, como adelanté, es la competencia exclusivamente federal para emitir los códigos de fondo, establecida en el artículo 75, inciso 12, de nuestra Constitución; mientras que en el vecino de norte corresponde a los estados federados, y, en general, a través del *common law*. El mismo Alberdi reclamó la uniformidad de los códigos de derecho común, y así lo aceptó el Congreso Constituyente de Santa Fe. La codificación, duramente debatida, se había difundido en Europa, con posterioridad a la sanción de la Constitución de Estados Unidos, y era un signo de progreso y de orden (dos postulados fundamentales del tucumano). La nueva redacción del inciso, impuesta por la reforma de 1994, admite que se dicten en cuerpos unificados o separados.

Complica esta cuestión la delimitación entre las ramas del derecho. Para diferenciarlas interactúan la teoría jurídica, la historia de cada una de ellas, las presiones de sus destinatarios y otros grupos y factores de poder, y las elaboraciones de la jurisprudencia. ¿La responsabilidad de los funcionarios públicos es un tema de derecho civil, de derecho administrativo o de derecho constitucional? ¿La indemnización ante un accidente de trabajo está regulada por el derecho laboral o por el derecho civil? Cuando esa tensión ocurre entre el derecho de fondo y las competencias normativas provinciales, el problema se oscurece aún más en razón de la distribución de competencias entre ellas, que algo he detallado y resulta de suma complejidad. Sin duda puede colisionar la supremacía de la legislación federal sobre los ordenamientos jurídicos provinciales, que explicita el artículo 31 de la Ley Fundamental, con la reserva de atribuciones locales del ya citado artículo 121. ¿Para federalizar un tema, en cuanto a su regulación legal, basta con la voluntad del Congreso al incluirlo en un código? Una simple respuesta afirmativa parece un exceso.

El Código Civil y Comercial⁽¹⁶⁾ se ocupa del tema, pero le queda grande. Ya señalé que la fuente pertinente son los principios generales, pero a partir de las interrelaciones de las fuentes, resulta adecuado que las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos se pronuncien. A la legislación civil sí le compete regular el momento a partir del cual se consolidan los derechos, pues no es razonable que reciba una herencia quien no llegó a nacer. La seguridad social debe establecer esquemas de protección. Así la ley 24.714 previó la asignación prenatal *desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo*. El código penal puede tipificar, o no, al aborto; lo cual no implica que se le reste antijuridicidad, pues no todas las conductas antijurídicas resultan tipificadas⁽¹⁷⁾.

En definitiva, a mi criterio, existen numerosas atribuciones que les corresponden a las provincias en el tema, y muchas de ellas han sido ignoradas por la ley 27.610. Su reconocimiento es el camino que marca *Dobbs*.

5. Puede alegarse, también, que ocuparnos de este caso puede otorgar excesiva importancia a una fuente extranje-

(15) Se trata del *police power* desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, pero no explicitado en el texto de su Constitución.

(16) Ley 26.994, B.O. 8/10/2014.

(17) No lo está la morosidad en las deudas, por ejemplo.

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 oficial 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.