

**JOHN FINNIS**

**EDUARDO R. SODERO**

**ALFONSO SANTIAGO**

*(Coordinadores)*

**El misterio de la vida  
y la injusticia del aborto**  
**John Finnis y la inviolabilidad  
de la vida**

*Estudios realizados por los autores*

**RODOLFO CARLOS BARRA • ÚRSULA C. BASSET**

**ELIANA DE ROSA • GONZALO GÁLVEZ CHAPARRO**

**MANUEL J. GARCÍA-MANSILLA • ROBERT P. GEORGE**

**JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE • CARLOS I. MASSINI-CORREAS**

**ESTELA B. SACRISTÁN • ALFONSO SANTIAGO**

**EDUARDO R. SODERO • PILAR ZAMBRANO**



El misterio de la vida y la injusticia del aborto: John Finnis y la inviolabilidad de la vida / John Finnis . . . [et al.]; Coordinación general de Alfonso Santiago; Eduardo Soderó. - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ábaco, 2024.

635 ps.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-950-569-369-6

1. Derecho a la Vida. 2. Derechos Humanos. 3. Aborto. I. Finnis, John II. Santiago, Alfonso, coord. III. Soderó, Eduardo, coord.  
CDD 342.084



Galardón otorgado a esta editorial

©

EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.

Viamonte 1336, 4º - Ciudad de Buenos Aires

[www.abacoeditorial.com.ar](http://www.abacoeditorial.com.ar)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I.S.B.N.: 978-950-569-369-6

Impreso en septiembre de 2024

MULTIGRAPHIC  
Av. Belgrano 520  
CABA

IMPRESO EN LA ARGENTINA

REFLEXIONES SOBRE “DOBBS”, Y DESPUÉS<sup>1</sup>

Por ESTELA B. SACRISTÁN

Universidad Austral

§ 1. *Planteo y plan de exposición.* — El fallo de la Suprema Corte estadounidense, “Dobbs”<sup>2</sup>, del 24 de junio de 2022, ha sido el más trascendente cambio de rumbo en materia de vida en los últimos cincuenta años. Dada su relevancia, no podemos evitar leerlo, examinarlo, estudiarlo y volver a leerlo. Además, su importancia es innegable entre nosotros, en la Argentina, en especial en la medida en que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>3</sup> ha hallado en la jurisprudencia de aquel tribunal extranjero, de tanto en tanto, “temprana y frecuente fuente de inspiración”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> El presente trabajo se basa en la exposición efectuada en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Constitucional, “El cuidado de la persona humana ante los desbordes del poder: Una mirada desde los derechos humanos y el control de convencionalidad”, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 27 y 28 de octubre de 2022.

<sup>2</sup> “Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.”, No. 19-1392, 597 U. S. (2022). (Slip opinion). Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf) (último acceso: 30/6/2023).

<sup>3</sup> Aquí se citan decisorios de la Suprema Corte estadounidense, con referencia jurisprudencial “U. S.”, así como fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, con cita jurisprudencial de la colección oficial de fallos (*Fallos*).

<sup>4</sup> En tal sentido, en “Defensor del Pueblo de la Nación Argentina c/ E.N. – PEN – M° E – Dto. 1738/1992”, D.90.XXXVIII.REX, del 24/5/2005, voto del Dr. Maqueda, consid. 8°, párr. segundo; “Alianza Frente por Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional – Elecciones 14 de octubre de 2002”, *Fallos*, 326:1778, del 4/6/2003, consid. 9°, y su cita de “Sesto, Vicente y otro c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*, 1:317, del 26/9/1864, consid. 5°, y de “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo”, *Fallos*, 33:162, del 14/4/1888, consid. 24.

En lo sustancial, “Dobbs” ha venido a significar que quedarán sin efecto los dos precedentes que acompañaron prácticamente los últimos cinco decenios en materia de vida del por nacer: “Roe v. Wade”, de 1973<sup>5</sup>, y “Casey”, de 1992<sup>6</sup>. Se trata de dos fallos de la Suprema Corte estadounidense que parecieron crear y recrear —respectivamente— una suerte de altar de veneración de la privacidad de la madre respecto del por nacer y su vida. En concreto, aquellos dos precedentes habían creado, y confirmado, respectivamente, para toda la Nación estadounidense, el peor de los frutos de su Constitución: un pretendido derecho, de fuente constitucional, a abortar, esto es, un derecho constitucional a abortar.

Medio siglo es un lapso considerable. Entonces podemos preguntarnos: ¿cuáles eran las circunstancias en las que se gestó “Dobbs”? Y, en el plano jurídico, podemos avanzar más y preguntarnos: ¿cuáles serían los efectos de “Dobbs” en materia de vida en su etapa inicial? Y, adicionalmente, ¿qué surgiría de “Dobbs” en materia del final de la vida?

A fin de responder estas preguntas, se torna menester repasar, en forma liminar, los antecedentes del caso. Veamos:

**§ 2. Antecedentes del caso.** — Los antecedentes de “Dobbs” comprenden, entre otros, los siguientes aspectos:

a) **HECHOS.** El caso que nos ocupa prácticamente no ofrece componentes fácticos y la forma en que fue planteado en sede judicial remite, necesariamente, a reseñar la ley impugnada.

b) **LA LEY IMPUGNADA.** “Dobbs” involucra la Ley de Edad Gestacional (*Gestational Age Act*) del estado de Mississippi, de 2018<sup>7</sup>. Dicha ley define “edad gestacional” en su sección 1 (3) (f): “La edad de un ser humano antes de que nazca se calcula desde el primer día del último período menstrual de la mujer encinta”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> “Jane Roe, et al. v. Henry Wade”, 410 U. S. 113 (1973).

<sup>6</sup> “Planned Parenthood of Southeastern Pa., et al. v. Robert P. Casey, et al.”, 505 U. S. 833 (1992).

<sup>7</sup> House Bill N° 1510. 18/HR31/R1 655SG. Disponible en: <http://billstatus.ls.state.ms.us/documents/2018/pdf/HB/1500-1599/HB1510SG.pdf>.

<sup>8</sup> En el original: “[T]he age of an unborn human being is calculated from the first day of the last menstrual period of the pregnant woman”. Las traducciones son de la autora.

En lo que aquí interesa, esta ley establece, en su sección 1 (4) (b) que, "salvo en una emergencia médica o en caso de anormalidad fetal severa, ninguna persona, ni intencionalmente ni a sabiendas, realizará, inducirá o intentará realizar o inducir un aborto en un ser humano antes de que nazca si la probable edad gestacional de éste ha sido determinada como mayor que quince semanas".<sup>9</sup>

En sustento de tal decisión legislativa, son innumerables los "extremos fácticos" (*factual findings*) que la ley enumera en su primera sección. Entre ellos, estimo de relevancia los siguientes:

"(a) Estados Unidos es una de sólo siete naciones en el mundo que permiten el aborto no terapéutico o electivo a demanda después de la semana veinte de gestación. De hecho, plenamente 75 % de todas las naciones no permiten el aborto después de las 12 semanas de gestación, salvo (en la mayoría de los casos) para salvar la vida y preservar la salud física de la madre.

"(b) (i) La mayoría de los procedimientos de aborto efectuados después de las 15 semanas de gestación son procedimientos de dilatación y evacuación que acarrearán el empleo de instrumental quirúrgico que aplasta y despedaza al niño por nacer antes de la remoción, del útero, de los pedazos del niño muerto. La Legislatura concluye que cometer intencionalmente tales actos por razones no terapéuticas o electivas es una práctica bárbara, peligrosa para la paciente maternal, y degradante para la profesión médica (. . .)

"(iv) Las complicaciones médicas derivadas de la dilatación y evacuación incluyen, pero no se limitan, a: infección pélvica; abortos incompletos (tejido retenido); coágulos de sangre; sangrado importante o hemorragia; laceración, desgarro u otras lesiones al cuello uterino; perforación, laceración, desgarro u otra lesión al útero; lesión al intestino o a la vesícula; depresión; ansiedad; abuso de sustancias; y otros problemas emocionales o psicológicos. Es más, en los abortos realizados después de las 15 semanas de gestación, existe un riesgo más elevado de que se requiera histerectomía y otras cirugías reparatorias, o transfusiones de sangre.

"(c) Con base en los extremos del párrafo (a) de esta subsección, es la intención de la Legislatura, por medio de esta ley y cualquier regulación o política que se promulgue de conformidad con ella, restringir la práctica del aborto no terapéutico o electivo al período que llega hasta la décimo quinta semana de gestación . . . ."

<sup>9</sup> "Except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality, a person shall not intentionally or knowingly perform, induce, or attempt to perform or induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks".

Son estos los extremos fácticos tenidos en cuenta por la Legislatura estadual, que ponen en evidencia, en general, la preocupación del legislador estadual ante ciertos procedimientos para concretar la muerte del por nacer, así como la preferencia por la protección de la vida a partir de la semana quince de gestación y la restricción del aborto electivo al período de gestación que llega hasta la decimoquinta semana de gestación.

Se destaca, entre los extremos fácticos considerados por el legislador, la práctica del aborto, después de cumplida la semana 15 de gestación, por dilatación y evacuación con despedazamiento, y sus consecuencias.

En el plano semántico, puede ponerse de resalto la adecuación del concepto de “edad” —empleado en el título que denomina a la ley— aplicado a quien está siendo gestado, lo cual, estimo, representa un sano y lógico signo de reconocimiento de personalidad en el por nacer, y lo mismo cabe predicar del empleo de la palabra “niño” en el apartado (b.)(1).

La entrada en vigencia de la ley se operó el 19 de marzo de 2018, luego de su sanción y promulgación<sup>10</sup>. Hoy se halla codificada como § 41-41-191<sup>11</sup>.

c) *INICIO DE LA ACCIÓN JUDICIAL*. Apenas se sancionó la citada ley, una clínica ubicada en Jackson, Mississippi, la clínica Jackson Women’s Health Organization, por sí y sus pacientes, junto con uno de sus profesionales médicos, Sacheen Carr-Ellis, por sí y sus pacientes, la impugnaron por resultar contraria tanto a “Roe” como a “Casey”, el caso que le sigue, y solicitaron la suspensión de su aplicación.

Se trata de una clínica que cuenta con autorización para proveer abortos, dedicada a “ofrecer cuidados abortivos asequibles a mujeres que vivan en Mississippi y/o viajen al estado de Mississippi”. Tal su compromiso, conforme se da a publicidad en su página *web*<sup>12</sup>.

Fueron demandados tanto Thomas E. Dobbs, médico, en su rol de *State Health Officer* del Ministerio de Salud del estado de

<sup>10</sup> Conf. *Laws*, 2018, ch. 393, § 1, eff from and after passage (approved March 19, 2018).

<sup>11</sup> *Miss. Code Ann.* § 41-41-191. Disponible en: <https://advance.lexis.com/container?config=00JAAzNzhjOTYxNC0wZjRkLTQzNzAtYjJIYS1jNjExZWYxZGFhMGYKAFBvZENhdGFsb2cMIW40w5iIH7toHnTBIEP0&crd=e3374b37-b58d-45bd-8745-036328116c9e> (último acceso: 30/6/2023)

<sup>12</sup> Conf. JACKSON WOMEN’S HEALTH ORGANIZATION (2022), “About Us”. Disponible en: <https://jacksonwomenshealth.com/about-us/> (último acceso: 30/5/2023).

Mississippi, y Kenneth Cleveland, médico, en su rol de director ejecutivo del cuerpo estadual que autoriza a ejercer la medicina, *Mississippi State Board of Medical Licensure*.

d) *QUÉ SE HALLABA EN JUEGO EN “DOBBS”*. En el fallo que nos ocupa, se hallaba en juego la constitucionalidad de la citada ley estadual, la cual, en términos generales, prohíbe el aborto después de la semana quince de gestación. La cuestión central era si la ley de Mississippi importaba una prohibición inconstitucional de abortos pre-viabilidad.

e) *CÓMO SE RESOLVIÓ EN CADA INSTANCIA*. El mismo día en que se aprobó la ley (“*signed into law*”), esto es, el 19 de marzo de 2018, la clínica y el profesional, como actores, plantearon la impugnación de la ley, y solicitaron una medida restrictiva temporaria de emergencia (*emergency temporary restraining order*). El tribunal de primera instancia dispuso una audiencia al día siguiente, y ordenó la medida restrictiva temporaria<sup>13</sup>. También autorizó un procedimiento judicial sumario a favor de los actores. Posteriormente, el 20 de noviembre de 2018, suspendió en forma permanente la aplicación de la ley y la invalidó. Concluyó que “[l]a H.B. 1510 es suspendida en forma permanente porque es una prohibición inconstitucional, en forma patente, de abortar, antes de la viabilidad. Los demandados, sus funcionarios, agentes, servidores, empleados y abogados, y toda otra persona en concierto activo o participación con ellos, jamás aplicarán la H.B. 1510 en aspecto alguno (...).”<sup>14</sup>

Por parte de la Cámara Federal, los actores obtuvieron, el 13 de diciembre de 2019, la confirmación de lo decidido en la instancia anterior<sup>15</sup>. La Cámara Federal razonó en el sentido de que: i) la ley en juego es una prohibición; ii) en una línea sin quiebres que data de “Roe”, se ha establecido, confirmado y reconfirmado el derecho de la mujer a optar por un aborto pre-viabilidad; iii) los estados pueden regular los procedimientos de aborto en la medida en que no representen una carga indebida (*undue burden*) para el derecho de la mujer.

<sup>13</sup> “Jackson Women’s Health Org. v. Dobbs”, 945 F.3d 265 (5th Cir. 2019), I. Disponible en: <https://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/18/18-60868-CV0.pdf>

<sup>14</sup> “Jackson Women’s Health Org. v. Currier State Health Officer of the Mississippi Department of Health”, 349 F. Supp. 3d 536 (S.D. Miss. 2018). El decisorio puede verse en: <https://casetext.com/case/jackson-womens-health-org-v-currier-7>

<sup>15</sup> “Jackson Women’s Health Org. v. Dobbs”, 945 F.3d 265 (5th Cir. 2019).

El estado de Mississippi, por medio de su funcionario, Dobbs, planteó el caso ante la Suprema Corte federal —de allí que sea el *petitioner* o peticionante de la revisión por vía del *certiorari*—. Y en esa máxima instancia, los actores —la Clínica y la médica—, parte recurrida ante la Suprema Corte, sufrieron un revés.

La principal alegación del estado de Mississippi era que “Roe” y “Casey” debían ser reconsiderados y abandonados y que se debería, nuevamente, permitir que cada estado regule los abortos de la forma en que lo deseen sus ciudadanos: “El estado de Mississippi nos pide que convalidemos la constitucionalidad de una ley que, en general, prohíbe un aborto después de la semana 15 de gestación —varias semanas antes del punto en el cual el feto es ahora considerado ‘viable’ fuera del útero—. En defensa de esta ley, el argumento primario del estado [de Mississippi] es que deberíamos reconsiderar y abandonar ‘Roe’ y ‘Casey’ y permitir otra vez que cada estado regule el aborto como lo deseen sus ciudadanos”<sup>16</sup>.

La parte recurrida —es decir, la clínica y la Dra. Carr-Ellis, así como el *Solicitor General*—, por su parte, solicitaban que se reafirmaran “Roe” y “Casey”, y alegaban que, al así hacerse, la ley estadual no podía sostenerse; no había “medidas a medias” disponibles y “Roe” y “Casey” debían ser reafirmados o abandonados<sup>17</sup>.

**§ 3. Qué resolvió la Suprema Corte de Justicia estadounidense.** — La Suprema Corte resolvió que tanto “Roe” como “Casey” deben ser abandonados. Ello, en tanto “la Constitución no efectúa referencia alguna al aborto, y ningún derecho de ese tenor se halla implícitamente protegido por disposición constitucional alguna, incluyendo aquella a la que los defensores de “Roe” y de “Casey” ahora acuden en lo principal —la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda Décima Cuarta—”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), p. 4: “Before us now is one such state law. The State of Mississippi asks us to uphold the constitutionality of a law that generally prohibits an abortion after the 15<sup>th</sup> week of pregnancy —several weeks before the point at which a fetus is now regarded as ‘viable’ outside the womb. In defending this law, the State’s primary argument is that we should reconsider and overrule Roe and Casey and once again allow each State to regulate abortion as its citizens wish”.

<sup>17</sup> “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), p. 5, con cita de *Brief for Respondents*, ps. 43 y 50.

<sup>18</sup> “The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which

¿Cuáles son las opciones usuales que tiene la Suprema Corte, en el plano procesal, para disponer de los casos que resuelve? Ésta, típicamente ante una decisión de una Cámara federal o ante la decisión de un superior tribunal estadual, puede *i*) otorgar la suspensión, petición o solicitud; *ii*) confirmar; *iii*) revocar; *iv*) revocar y devolver; *v*) anular y devolver; *vi*) confirmar y revocar (o anular) en part; *vii*) confirmar y revocar (o anular) en parte y devolver; *viii*) anular; *ix*) denegar la petición o desestimar la apelación; *x*) modificar; *xi*) devolver; *xii*) disponer de manera inusual<sup>19</sup>.

En este caso, la Suprema Corte estadounidense, por mayoría, resolvió revocar la decisión de la Cámara federal y devolver el caso.

Cabe apuntar que, literalmente, no se declaró, en el fallo, una inconstitucionalidad. Antes bien, el Tribunal se adentró en el estudio del caso para develar cuál debería haber sido el razonamiento del tribunal inferior, revocar la decisión de éste, y devolver el caso. Un "*reversed and remanded*" no condicionado o no cualificado implica devolver el caso para que se lo falle de conformidad con el fallo de la Suprema Corte de Justicia estadounidense<sup>20</sup>.

**§ 4. Principales argumentos.** — ¿Por qué resolvió la Suprema Corte en contra de la pretensión de los actores? En lo sustancial, y, en primer lugar, porque la Constitución de Estados Unidos no establece un derecho a abortar. En segundo lugar, porque si alguien tiene poder para legislar sobre el aborto, no es la Suprema Corte sino el pueblo, quien lo hará por medio de sus representantes elegidos, integrantes de los cuerpos colegiados dotados de competencia para hacer leyes.

Puede decirse, entonces, que "Dobbs" les ha dado el adiós a "Roe" y a "Casey". Ello, mediante una extensa tarea de fundamentación centrada en cinco grandes capítulos dedicados, respectivamente, a:

a) el interrogante relativo a si la Constitución, adecuadamente comprendida, otorga un derecho a abortar;

b) la cuestión de si la doctrina del *stare decisis* aconseja la continua aceptación de "Roe" y "Casey";

the defenders of Roe and Casey now chiefly rely –the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment–".

<sup>19</sup> Las opciones, claramente tabuladas, pueden verse en: THE SUPREME COURT DATABASE (s/f), "Online Code Book. Lower Court Disposition". Disponible en: <http://scdb.wustl.edu/documentation.php?var=lcDisposition> (último acceso: 30/5/2023).

<sup>20</sup> Ídem, nota 17.

c) el peligro de que el público perciba a una decisión derogatoria de un fallo “divisor de aguas” o “punto de inflexión” (*watershed decision*), tal como “Roe”, como influenciada por consideraciones políticas o la opinión pública, siendo que la adhesión al precedente no constituye un mandato inexorable;

d) la racionalidad como criterio de revisión judicial (*rational basis review*), estándar adecuado para aplicar cuando se impugnan constitucionalmente las regulaciones estatales sobre el aborto, regulaciones locales posibles, emanadas de los estados en tanto no hay un derecho fundamental a abortar, y ubicadas bajo una fuerte presunción de validez;

e) la competencia estatal para regular o prohibir el aborto, sustraída por “Roe” y “Casey”, ahora derogados, y la devolución, al pueblo y a sus representantes, de esa competencia.

§ 5. *Principales ejes de interés en la Argentina.* — “Dobbs” ha tenido, si se quiere, la particularidad de poder ser conocido en forma casi instantánea a nivel global, de la mano de la *lingua franca* moderna. Y, no obstante la riqueza de su extensa fundamentación, obliga a aislar un puñado de sus aspectos o ejes más salientes, de interés de cara a la experiencia argentina en dos materias: i) protección de la vida del por nacer; y, eventualmente, ii) protección de la vida ante un pretendido “derecho” constitucional al suicidio asistido por profesionales médicos. Veamos:

a) *AUSENCIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL.* Primero, afirma la Corte Suprema estadounidense que la Constitución de ese país no establece ningún derecho a abortar. El por nacer ya no es mera vida potencial como en “Roe” o “Casey”<sup>21</sup>; ya no es “vida fetal” como en esos dos fallos, sino “vida de un ser humano no nacido” (*unborn human being*), en palabras de la ley de Mississippi reiteradas por la Suprema Corte<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> El punto lo ponen de resalto RATTI MENDAÑA, Florencia y CALDERONE, Sofía, “Anatomía de ‘Dobbs’. Una sentencia que renueva el debate”, *ED*, suplemento especial “El caso ‘Dobbs’. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto”, 24/8/2022, ps. 38 a 46, esp. p. 45: “Con ‘Dobbs’ reaparece en las discusiones la existencia de una ‘vida potencial’, que ‘Roe’ y ‘Casey’ apenas mencionaban. Esa ‘vida potencial’ es, nada más y nada menos, que un ser humano en sus primeros estadios de existencia”.

<sup>22</sup> “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, No. 19-1392, 597 U. S. (2022), p. 5.

¿Qué decir, entonces, ante una Constitución como la argentina, que en forma expresa establece la protección de la vida humana desde la concepción, frente a una ley como la 27610, que permite la "interrupción voluntaria del embarazo"? Esa ley es inconstitucional; no cabe otra respuesta<sup>23</sup>.

En Estados Unidos, aquella ausencia de derecho constitucional a abortar armonizaría con una ausencia de derecho constitucional a que los médicos apresuren la muerte de un ser humano mediante suicidio asistido. Una cosa parecería seguirse de la otra, pues si se protege la vida en su inicio, debería protegerse la vida hacia su final. Sin embargo, las cosas no habrían sido tan sencillas en esta última materia.

La consagración del principio según el cual no hay un derecho constitucional a abortar de "Dobbs", en rigor, fue anticipada en 1997, en "Washington v. Glucksberg"<sup>24</sup>. En este último caso, la Corte Suprema estadounidense resolvió, en forma unánime, que no existe, en la Constitución estadounidense, un derecho constitucional al suicidio asistido. En el caso, la cuestión de si una ley estadual prohibitiva del suicidio asistido por médicos violaba la libertad consagrada en la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV fue respondida en forma negativa. De allí que, en "Dobbs", "Glucksberg" haya sido, un cuarto de siglo más tarde, un precedente decisivo, trascendente al indagarse en la cuestión de si, en materia de un pretendido derecho a abortar, se estaba ante un "derecho enraizado" profundamente en la historia y tradición de la Nación, o no<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Como claramente explicara el académico Néstor P. SAGÜÉS antes de la sanción de esa ley, "Además, la tesis propiciatoria del aborto intencional discrecional, libre, sin causa legítima, en una constitución protectora de la persona por nacer, y profundamente tributaria de principios iusnaturalistas, [se omite nota al pie] jamás podría tener sustento jurídico. Tal tipo de ataque a la persona por nacer siempre resulta, en Argentina, un acto inconstitucional". Conf. SAGÜÉS, Néstor P., "Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa", *Dossier "Despenalización del aborto"*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 2018, ps. 29 a 41. Disponible en: [http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdll/collect/pensar/index/assoc/HWA\\_2912.dir/2912.PDF](http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdll/collect/pensar/index/assoc/HWA_2912.dir/2912.PDF) (último acceso: 30/5/2023).

En igual sentido, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610*, Centro de Bioética, Buenos Aires, 2021, p. 6. Disponible en: <https://www.aciprensa.com/pdf/ley-de-aborto-comentada.pdf> (último acceso: 30/5/2023).

<sup>24</sup> "Washington v. Glucksberg", 521 U. S. 701 (1997).

<sup>25</sup> "La conclusión ineludible es que un derecho a abortar no se halla profundamente enraizado en la historia y tradiciones de la Nación. Por el contrario, una continua tradición prohibitiva del aborto so pena de castigo penal persistió desde los



Tangencialmente, puedo preguntarme: ¿cómo es que convivieron “Roe v. Wade”, de 1973<sup>26</sup>, y “Casey”, de 1992<sup>27</sup>, con “Glucksberg”, de 1997, hasta que se dictara “Dobbs” en 2022?

Entiendo que: i) tal vez las “preferencias” en materia de política o *policy* de los miembros de la Corte, a las que alude “Glucksberg”, vieron más claramente el fin de la vida que todo adulto decisivo puede avizorar y comprender; pero ii) esas “preferencias” de los magistrados habrían estado controladas o gobernadas por “Roe” y “Casey” en el sentido de que no es vida humana la vida de quien está por nacer. En suma, el ser humano por nacer, “cosificado” por “Roe” y “Casey”, se ve como ser humano con vida protegible en “Glucksberg”, en un marco de incoherencia absoluta si se considera que se es tan ser humano al comienzo como al final de la vida, cuando sea que éste ocurra. En otras palabras, si en ambos procesos –vida, muerte– se ha concebido un ser humano, será humano quien enfrente el final de la vida.

“Dobbs”, al negar un derecho constitucional a abortar, regla inmediatamente, entonces, para el por nacer. Y también viene a reglar para el final de la vida al reafirmar la regla de “Washington v. Glucksberg”, que convalidó una ley estadual prohibitiva del suicidio asistido. Esto último, mediante su invocación. Así las cosas, “Glucksberg” recobró renovados bríos, proveyendo medular base de sustentación para el razonamiento de la Corte, en especial,

---

más tempranos días del *common law* hasta 1973. La Corte, en ‘Roe’, podría haber dicho, respecto del aborto, exactamente lo mismo que ‘Glucksberg’ dijo respecto del suicidio asistido: ‘Las actitudes hacia el [aborto] han cambiado desde Bracton, pero nuestras leyes han condenado, permanentemente, y continúan prohibiendo, [esa práctica]’, 521 U.S., en p. 719”. En el original, p. 25: “The inescapable conclusion is that a right to abortion is not deeply rooted in the Nation’s history and traditions. On the contrary, an unbroken tradition of prohibiting abortion on pain of criminal punishment persisted from the earliest days of the common law until 1973. The Court in Roe could have said of abortion exactly what Glucksberg said of assisted suicide: ‘Attitudes toward [abortion] have changed since Bracton, but our laws have consistently condemned, and continue to prohibit, [that practice]’ 521 U.S., at 719”.

<sup>26</sup> “Jane Roe, et al. v. Henry Wade”, 410 U. S. 113 (1973).

<sup>27</sup> “Planned Parenthood of Southeastern Pa., et al. v. Robert P. Casey, et al.”, 505 U. S. 833 (1992).

<sup>28</sup> “Washington v. Glucksberg”, 521 U. S. 702 (1997), esp. p. 720: “Debemos, por ende, ‘ejercer el máximo cuidado cada vez que nos piden que abramos nuevos surcos en este campo’ (. . .) a menos que la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso sea sutilmente transformada en las preferencias de política de los Miembros de esta Corte . . .”. En el original: “We must therefore ‘exercise the utmost care whenever we are asked to break new ground in this field,’ *ibid.*, lest the liberty protected by the Due Process Clause be subtly transformed into the policy preferences of the Members of this Court, ‘Moore’, 431 U. S., at 502 (plurality opinion)”.

en punto al concepto de qué derechos se hallan –y, por exclusión, cuáles no se hallan– “profundamente enraizados” en la historia y tradiciones estadounidenses<sup>29</sup>.

Ciertamente, “Glucksberg” y la ley estadual prohibitiva del suicidio asistido involucrada se hallan muy lejos de “M. A. D.”, caso relativo a lo que eufemísticamente se denomina “muerte digna”. En aquel caso estadounidense, se hallaba involucrada una ley indirectamente protectora de la vida y se impugnaba una prohibición tendiente a esa protección a través de la veda del suicidio asistido. En cambio, en el segundo caso, argentino, se hallaba en juego la suficiencia –a la luz de la ley 26529, modificada por la ley 26742– del testimonio de parientes para provocar la muerte de un paciente que se hallaba en estado de mínima conciencia. En este segundo caso, la Corte Suprema argentina interpretó la ley y entendió que el solo testimonio<sup>30</sup> de las hermanas del paciente bastaba para la suspensión de las medidas de soporte vital que se le venían suministrando por dos décadas. En suma, en el caso estadounidense se hallaba en juego la libertad ante una prohibición (que fue hallada constitucional), y en el segundo se hallaba en juego la habilitación de las hermanas del paciente para provocar su muerte (habilitación que fue judicialmente creada).

“M. A. D.” guarda arreglo con “F., A. L.” en cuanto a interpretar la ley en contra de la vida (respectivamente, de quien está casi inconsciente, o de quien aún no nació previa violación)<sup>31</sup>. En cambio, “Dobbs” guarda arreglo con “Glucksberg” en cuanto al resultado protector de la vida humana (sujeto a la discrecionalidad del legislador sobre la protección y su umbral, e incluso sobre prohibición).

<sup>29</sup> Ver “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), esp. p. 13 (“Thus, in ‘Glucksberg’, which held that the Due Process Clause does not confer a right to assisted suicide, the Court surveyed more than 700 years of ‘Anglo-American common law tradition’, 521 U. S., at 711, and made clear that a fundamental right must be ‘objectively, deeply rooted in this Nation’s history and tradition’, id., at 720-721”).

<sup>30</sup> Coincido en este aspecto con la opinión de Alfonso SANTIAGO respecto de la fundamentación del fallo, opinión receptada en LAFFERRIERE, Nicolás, “De F.A.L. a M.A.D.: El derecho a la vida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Prudentia Iuris*, N° 80 (2015), ps. 131 a 135, esp. p. 133. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2680/1/derecho-vida-corte-suprema-lafferriere.pdf> (último acceso: 21/5/2024).

<sup>31</sup> Acerca de “F., A. L.”, se sostuvo: “[E]n la Argentina el aborto es una ‘cuestión constitucional’ que –por ahora– está resuelta en forma inconstitucional”. Conf. BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema de los Estados Unidos devuelve a los estados la facultad de legislar sobre el aborto”, *ED*, suplemento especial “El caso ‘Dobbs’. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto”, 24/8/2022, ps. 19 a 26, esp. p. 26.

También guarda arreglo con otro precedente —que aparece citado en “Dobbs” en uno de los votos—, “Cruzan”, en cuanto a que el estado puede exigir una evidencia “clara y convincente” del deseo de una persona comatosa de que se le retire el tratamiento que lo mantiene con vida, antes de que la familia ponga fin al soporte vital que lo mantiene<sup>32</sup>. En este último caso, la Corte Suprema resolvió, por mayoría de 5 a 4, que el estado de Missouri, ante posibles abusos por parte de quienes se subroguen en el paciente, puede exigir esa clara y convincente evidencia más allá de la decisión de miembros de la familia cercanos (los padres). Agregó que nada en la Constitución se lo impide. De tal modo, se inferiría que la ley estadual no otorgaba a los padres de Nancy Cruzan, como *guardians*, el derecho de autorizar que se pusiera fin a la nutrición e hidratación de su hija<sup>33</sup>.

Por último, puedo razonar en el sentido de que si una ley —que permite la protección de la vida en el supuesto de un suicidio asistido por médicos mediante prohibición de tal procedimiento— amerita interpretación restrictiva con apego a su letra en punto a la clara y convincente prueba de los deseos del paciente, no se podría, por vía jurisprudencial, morigerar una exigencia de ese serio tenor y dar, al juicio del paciente, por sustituido por el testimonio de sus familiares cercanos<sup>34</sup>.

**b) LIBERTAD. LIBERTAD ORDENADA.** Segundo, según establece la Suprema Corte estadounidense en “Dobbs”, en materia de aborto, la sola idea de libertad brinda “escasa orientación”<sup>35</sup>. Advierte la Corte sobre las diferencias entre la libertad protegida constitucionalmente y las propias concepciones sobre las libertades de las que deberían gozar los estadounidenses.

<sup>32</sup> “Cruzan v. Director, Missouri Department of Health”, 497 U.S. 261 (1990), citado en “Dobbs”, voto del *Justice* Kavanaugh, p. 5 de su voto.

<sup>33</sup> “Cruzan v. Director, Missouri Department of Health”, 497 U.S. 261 (1990) esp. ps. 285 a 287.

<sup>34</sup> En rigor, como explica LAFFERRIÈRE, recogiendo la opinión del académico Alfonso Santiago, “el respeto a la voluntad del paciente es la base de la decisión de la Corte (considerandos 22 y 26) y la dignidad de la persona, entendida en relación a garantizar el máximo respeto a su autonomía (considerandos 24 y 25). Sin embargo, luego de estas consideraciones sobre la autonomía del paciente, autoriza la suspensión de la alimentación y la hidratación con base únicamente en el testimonio de las personas”. Conf. LAFFERRIÈRE, Nicolás, “De ‘F.A.L.’ a ‘M.A.D.’: . . .”, cit. *supra*.

<sup>35</sup> “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), p. 13.

En este punto, tenemos que tener en cuenta que las leyes civiles, penales, laborales, entre otras, en Estados Unidos, son estatales, es decir, emanan de las legislaturas locales, rasgo de un federalismo mucho más marcado que el propio de organizaciones bajo una forma de estado federal, como la argentina.

Aplicando el tradicional e histórico criterio de "libertad ordenada", propio de los análisis de las competencias locales de cara a la Enmienda Decimocuarta en su acepción más cotidiana<sup>36</sup>, se concluye, en "Dobbs", que la Constitución no protege el derecho a abortar<sup>37</sup>. Recordemos que el criterio de "libertad ordenada" no es un ideal filosófico o político, sino que es un instituto de claro linaje jurisprudencial, acuñado por el juez Cardozo en "Palko v. Connecticut" (1937), caso que versaba sobre doble enjuiciamiento (*double jeopardy*): "... El derecho a un juicio por jurado y la inmunidad de procesamiento penal salvo que medie acusación pueden tener valor e importancia. Aun así, no son de la esencia de un esquema de ordenada libertad. Abolirlos no viola un 'principio de justicia tan enraizado en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo como para ser calificado de fundamental'"<sup>38</sup>. En síntesis, la protección contra el doble enjuiciamiento no constituía uno de esos principios enraizados. De ello se infiere que, en el campo de aquello que no constituye principio enraizado, los estados son libres de legislar. Se trata de un criterio que, a la luz de "Dobbs", no impide que los representantes —estadales, en la especie— elegidos por el pueblo

<sup>36</sup> Ver el *Merriam Webster Dictionary*: "El concepto de libertad ordenada fue el estándar inicial para determinar qué disposiciones de la *Bill of Rights* iban a ser sostenidas por los estados por medio de la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV" (En el original: "The concept of ordered liberty was the initial standard for determining what provisions of the Bill of Rights were to be upheld by the states through the due process clause of the Fourteenth Amendment"). Disponible en: <https://www.merriam-webster.com/legal/ordered%20liberty> (último acceso: 21/5/2024).

<sup>37</sup> "Dobbs v. Jackson Women's Health Organization", No. 19-1392, 597 U.S. (2022), p. 14.

<sup>38</sup> "Palko v. Connecticut", 302 U.S. 319 (1937), esp. p. 325. El caso versó sobre lo siguiente: Bajo una ley estatal —que permitía que el estado apelara en casos criminales, cuando lo autorizara el juez de primera instancia, para corregir errores de derecho—, se dejó sin efecto una condena de cadena perpetua por homicidio en segundo grado. En el nuevo juicio, el acusado fue condenado por homicidio en primer grado y sentenciado a la pena de muerte. La Corte Suprema resolvió que ello guardaba arreglo con la cláusula del debido proceso de ley bajo la Enmienda XIV.

—del estado de que se trate— decidan cómo regular el aborto o incluso prohibirlo absolutamente<sup>39</sup>.

El concepto de “libertad ordenada” de la historia jurisprudencial estadounidense difiere, por ende, de aquel que se distingue, entre nosotros, con la misma expresión, en clásicos fallos de la Corte Suprema argentina<sup>40</sup>. Estos últimos se corresponden con un ordenamiento constitucional que presenta un grado de federalismo más atenuado que el estadounidense, con códigos de fondo sancionados no por las legislaturas provinciales sino por el Congreso de la Nación.

Por ello el trasplante del estándar de “libertad ordenada”, de cuño estadounidense (v. gr., propio de una organización federal mucho más marcada que la argentina), parecería modificar sus bases de sustentación mismas: de un ámbito donde, desde “Palko”, opera como herramienta de revisión de competencias estatales

<sup>39</sup> “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), p. 31: “La libertad ordenada establece limitaciones y define el límite entre intereses en competencia. ‘Roe’ y ‘Casey’, cada uno, fijaron un equilibrio particular entre los intereses de la mujer que quiere un aborto y los intereses de lo que ellas denominaron ‘vida potencial’. (. . .). Pero el pueblo de los diversos estados puede evaluar esos intereses de diferente forma. En algunos estados, los votantes podrán creer que el derecho al aborto debería ser incluso más amplio que el derecho que ‘Roe’ y ‘Casey’ reconocieron. Los votantes, en otros estados, podrán querer imponer fuertes restricciones basadas en su creencia de que el aborto destruye un ‘ser humano no nacido’ (*Miss. Code Ann.* § 41-41-191[4][b]). El entendimiento histórico de nuestra Nación acerca de la ordenada libertad no impide que los representantes electos del pueblo decidan cómo debería regularse el aborto.

En el original: “Ordered liberty sets limits and defines the boundary between competing interests. Roe and Casey each struck a particular balance between the interests of a woman who wants an abortion and the interests of what they termed ‘potential life’ (‘Roe’, 410 U. S., at 150; emphasis deleted; ‘Casey’, 505 U. S., at 852). But the people of the various States may evaluate those interests differently. In some States, voters may believe that the abortion right should be even more extensive than the right that ‘Roe’ and ‘Casey’ recognized. Voters in other States may wish to impose tight restrictions based on their belief that abortion destroys an ‘unborn human being’ (*Miss. Code Ann.* § 41-41-191[4][b]). Our Nation’s historical understanding of ordered liberty does not prevent the people’s elected representatives from deciding how abortion should be regulated”.

<sup>40</sup> Pueden verse: “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, *Fallos*, 306:1892, del 11/12/1984, voto de los Dres. Caballero y Belluscio, consid. 8º, y voto del Dr. Petracchi, consid. 18 a 22; “Bazterrica, Gustavo Mario”, *Fallos*, 308:1392, del 19/8/1986, voto del Dr. Petracchi, consid. 9º, primero y segundo párrs., y consid. 22; “Capalbo, Alejandro C.”, *Fallos*, 308:1468, del 29/8/1986, voto del Dr. Petracchi que remite a “Bazterrica”; “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, *Fallos*, 308:2268, del 27/11/1986, voto del Dr. Petracchi, consid. 6º.

frente a las federales, se lo habría utilizado derechamente para interpretar competencias del Congreso nacional. De tal modo, en este último supuesto, se lo habría privado de su razón de ser, cual es la de asegurar, a nivel estadual, ciertos derechos de raigambre federal como garantía ante las decisiones del legislador estadual.

Además, la base de representatividad a nivel estadual, en Estados Unidos, dentro de cada uno de sus 50 estados, sería incomparable con un único cuerpo legislativo con sus diputados y senadores. Incidiría también la votación de candidatos mediante el sistema de "lista bloqueada y cerrada"<sup>41</sup>. El escenario estadounidense, federalmente más marcado que el argentino por mediar mayores competencias legislativas estadales –incluyendo la sanción de las leyes de fondo–, ofrece posibilidades de mayor productividad y eficiencia por proximidad con el electorado, aunque también ofrece el conocido "mapa", asimétrico interestadualmente, en cuanto a detalles de legislación de fondo. En cambio, al sancionar en la Argentina la ley de fondo el Congreso nacional, estimo que los riesgos se concentran y, ya sancionada la ley, su reparto se estandariza para todos los habitantes del país.

En suma, la centralización en la Argentina de la legislación de fondo en cabeza del Congreso de la Nación tornaría debatible la invocación de la libertad ordenada, creada como criterio de interpretación de competencias legislativas estadales en un ordenamiento federal diferente respecto del argentino en punto a la competencia para la sanción de legislación de fondo.

c) *PRIVACIDAD*. Tercero, mientras "Roe" había idolatrado el derecho a la privacidad como fundamento, ese fundamento fue abandonado en "Casey"<sup>42</sup>. Y en "Dobbs" se entiende que es "dema-

<sup>41</sup> Se trata de la mal llamada "lista sábana", según claramente explica DALLA VÍA, Alberto, "Los sistemas electorales", comunicación en sesión privada, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008, p. 13. Disponible en: <https://www.ancmip.org.ar/user/files/09Dallav%C3%Ada.pdf> (último acceso: 21/5/2024).

<sup>42</sup> "Dobbs v. Jackson Women's Health Organization", No. 19-1392, 597 U.S. (2022), p. 55, donde la Suprema Corte asevera que, cuando "Casey" visitó nuevamente a "Roe" casi 20 años más tarde, muy poco del razonamiento de "Roe" fue defendido o preservado. La Corte abandonó cualquier apoyo en un derecho a la privacidad y, en cambio, fundó el derecho al aborto íntegramente en la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV. En el original: "When 'Casey' revisited 'Roe' almost 20 years later, very little of Roe's reasoning was defended or preserved. The Court abandoned any reliance on a privacy right and instead grounded the abortion right entirely on the Fourteenth Amendment's Due Process Clause. 505 U. S., at 846".

siado" intentar justificar el aborto apelando a un amplio derecho a la autonomía –en especial considerando que emergería, según la jurisprudencia de la Suprema Corte, de diversas cláusulas constitucionales– y a definir el propio "concepto de existencia"<sup>43</sup>.

Pensemos que, en rigor, en nombre de la autonomía se pueden hacer muchas cosas: la autonomía puede terminar matando a una persona, como en "M. A. D.", incluso independientemente de su edad o condición de nacido o no nacido, como en "F., A. L.", si el caso –de aborto previa violación– no hubiere devenido abstracto. De tal modo, puedo avizorar que la insuficiencia argumentativa de la autonomía para fundar la disposición de la vida humana aun no nacida irradia sus efectos hacia otras incidencias de la vida no menos importantes que su inicio: tal el caso del fin de la vida.

Solo resta contrastar este escenario con la experiencia jurisprudencial argentina y la invocación de la autonomía personal en el caso ya mencionado, de supresión de hidratación y alimentación entera<sup>44</sup>; aceptación y rechazo de tratamientos médicos<sup>45</sup>; tenencia de estupefacientes para consumo personal<sup>46</sup>; opción por el propio plan de vida<sup>47</sup>; disposición de derechos como se desee<sup>48</sup>, entre otros

<sup>43</sup> "Dobbs v. Jackson Women's Health Organization", No. 19-1392, 597 U.S. (2022), p. 32: "estos intentos de justificar el aborto a través de invocaciones de un más amplio derecho a la autonomía y a definir el propio 'concepto de existencia' resultan ser demasiado". En el original: "these attempts to justify abortion through appeals to a broader right to autonomy and to define one's 'concept of existence' prove too much (Casey', 505 U.S., at 851)".

<sup>44</sup> "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", *Fallos*, 338:556, del 7/7/2015.

<sup>45</sup> "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias", *Fallos*, 335:799, del 1/6/2012. Cfr. "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", *Fallos*, 316:479, del 6/4/1993, disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi.

<sup>46</sup> "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080", *Fallos*, 332:1963, del 25/8/2009; "Bazterrica, Gustavo Mario", *Fallos*, 308:1392, del 19/8/1986, voto del Dr. Petracchi, consid. 9º, primero y segundo párrs., y cons. 22; "Capalbo, Alejandro C.", *Fallos*, 308:1468, del 29/8/1986, voto del Dr. Petracchi que remite a su propio voto en "Bazterrica".

<sup>47</sup> "Chamorro, Carlos s/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo", *Fallos*, 331:453, del 1/4/2006.

<sup>48</sup> Ver "Mujeres por la Vida – Asociación Civil sin Fines de Lucro – Filial Córdoba s/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", *Fallos*, 329:4593, del 31/10/2006, disidencia del Dr. Lorenzetti, consid. 9º: "Cada ciudadano tiene la libertad de disponer de sus derechos como lo desee, sin que tenga que dar explicación alguna sobre sus intenciones, salvo supuestos de ilicitud. Por esta razón es que los derechos individuales, sean patrimoniales o no, son, por regla general, de disposición voluntaria por parte de su titular".

supuestos. Es claro que todos ellos podrían ser evaluados a la luz de "Dobbs" y el redimensionamiento que efectúa en materia de decisiones fundadas en la sola autonomía.

**d) REGULACIÓN POR EL PUEBLO DE CADA ESTADO, MEDIANTE SUS REPRESENTANTES.** A partir de "Dobbs", la regulación del aborto se halla en manos del pueblo de cada estado, y sus representantes, y éstos podrán limitarlo, e incluso prohibirlo. De este modo, el riesgo por la decisión se sustrajo del ámbito de la Corte Suprema federal para devolverse al soberano de cada uno de los cincuenta estados. Puedo preguntarme, ¿es esto lo que esperábamos de un fallo tan constitucionalmente neutro? ¿O esperábamos un decisorio que declarara, para toda la Nación estadounidense, un constitucional derecho a la vida desde la concepción?

Un fallo óptimo hubiera sido el que efectuara tal declaración, sin lugar a dudas. No olvidemos que el derecho a la vida ha sido calificado, por el académico Juan Carlos CASSAGNE, como "megaprincipio absoluto, base de todo el Derecho y de sus principios generales"<sup>49</sup>. Pero "Dobbs" no efectuó tal declaración. El máximo Tribunal estadounidense no llegó a ese punto. Sí enumeró, en cambio, las herramientas que empleará para controlar la constitucionalidad de las leyes estatales sobre aborto. Se trata de los siguientes criterios:

i) base racional (menos exigente que el control intermedio, o que el control estricto);

<sup>49</sup> Así, CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre el control judicial a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad y de otras instituciones procesales protectoras de los derechos fundamentales", en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *El control de la actividad estatal*, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Asociación de Docentes, Buenos Aires, ps. 76 a 103, en p. 76: "Salvo el derecho a la vida y a la consecuente integridad física, que poseen carácter absoluto, no hay jerarquía dogmática entre los distintos principios que fundamentan los derechos de las personas sino de una manera convencional ya que no puede existir un conflicto entre principios ni entre los derechos individuales con los colectivos, porque al afectar el principio de no contradicción, nunca puede ser la negación de un principio una regla interpretativa válida.

"Porque atribuirle preferencia dogmática a un principio sobre otro implica negar de antemano este último, despojándolo de su condición de principio. Ello sólo puede acontecer con el derecho a la vida, que es un 'megaprincipio' absoluto, base de todo el Derecho y de sus principios generales". Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-cassagne.pdf> (último acceso: 30/5/2023).

*ii*) persecución de fines estatales legítimos (concepto más amplio que la legalidad);

*iii*) fuerte presunción de validez de las leyes sobre salud y bienestar<sup>50</sup>.

Se trata, sin duda, de herramientas de interpretación de la ley que también podrían ser aplicadas a la interpretación de leyes sobre el fin de la vida y así surgiría de la invocación de “Glucksberg” en “Dobbs”<sup>51</sup>.

En relación con la Argentina y su organización federal, se cuenta con las herramientas interpretativas enumeradas para la revisión judicial de las leyes, pero la experiencia argentina –además de la diferencia de competencia para la sanción de leyes de Derecho de fondo– no sería simétrica con la estadounidense.

Así, respecto de *i*) –y en el marco de una apretada síntesis–, nos hallamos familiarizados con criterios como el de “racionalidad del precepto” o la “racionalidad de la norma”, mas con empleos divergentes respecto de la jurisprudencia estadounidense<sup>52</sup>. Respecto de *ii*), conocemos la persecución de fines estatales o federales legítimos, que, paradójicamente, podrían haber sido revisados en un marco de “ordenada libertad” frente a competencias provinciales<sup>53</sup>. Por último, respecto de *iii*), la fuerte presunción de validez de las leyes de salud y bienestar evidenciaría, por el resultado alcanzado en diversos decisorios, un derrotero distinto al que se proclama en “Dobbs”<sup>54</sup>.

A todo evento, los tres criterios enumerados supra como *i*), *ii*) y *iii*), que enuncia la Suprema Corte en “Dobbs”, en tanto criterios de interpretación de la ley, serían aplicables a normas involucradas en casos de protección de la vida en cualquiera de sus dos extremos.

<sup>50</sup> “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), pá. 77 y 78.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> “Chocobar, Sixto Celestino c/ INPS – Caja Nac. de Prev. para el Pers. del Est. y Serv. Públ. s/ reajustes por movilidad”, *Fallos*, 319:3241, del 27/12/1996; “Itzcovich, Mabel c/ ANSES s/ reajustes varios”, *Fallos*, 328:566, del 29/3/2005.

<sup>53</sup> “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, *Fallos*, 340:1795, del 12/12/2017.

<sup>54</sup> “Resolución N° 1699/2001”, *Fallos*, 324:3988, del 20/11/2001; “Mujeres por la Vida – Asociación Civil sin Fines de Lucro – Filial Córdoba c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, *Fallos*, 329:4593, del 31/10/2006.

**§ 6. Después de “Dobbs”: el denominado “aborto químico”.** — Después de “Dobbs”, la ingeniería legal que adopten las asociaciones pro-aborto en Estados Unidos tendrá que adaptarse, de ahora en más, a sus pautas. Las batallas contra la vida del por nacer y a favor de la autonomía de la madre deberán ser reencauzadas. La autonomía personal, ahora, no tendrá los inconmensurables horizontes de “Roe”. Es que toda ley prohibitiva del aborto —a partir del estadio que el legislador local o estadual haya fijado o fije en el futuro— será objeto de los controles que vimos *supra*, i) base racional (menos exigente que el control intermedio, o que el control estricto); ii) persecución de fines estatales legítimos (concepto más amplio que la legalidad); iii) fuerte presunción de validez de las leyes sobre salud y bienestar. Esos controles, a su vez, podrían ser aplicables a la interpretación de leyes sobre el final de la vida.

Con posterioridad a “Dobbs”, resoluciones cautelares, en materia del denominado “aborto químico” mediante mifepristone (solo o en combinación con misoprostol) —una droga aprobada por la Administración estadounidense de alimentos y drogas (Food and Drug Administration, o FDA)—, pueden ser apreciadas como un desafío a lo que en “Dobbs” aparece como un expreso reconocimiento de la competencia estadual en materia de regulación del aborto en Estados Unidos<sup>55</sup>.

Sin perjuicio de los detalles involucrados en las causas, en trámite, contra el mifepristone, estimo que el nudo de la cuestión, de cara a “Dobbs”, se describe en la resolución judicial de primera instancia (justicia federal) que acogiera en forma parcial la medida cautelar solicitada por la Alianza por la Medicina Hipocrática<sup>56</sup>. Surge de dicha resolución cautelar que:

<sup>55</sup> Una reseña de las causas en trámite puede verse en: CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, “Medication Abortion: New Litigation May Affect Access”, 2023, disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10919>.

<sup>56</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS, AMARILLO DIVISION, “Alliance for Hippocratic Medicine, et. al., v. U.S. Food and Drug Administration, et al.”, 7/4/2023, suscripta por el Juez de Distrito Matthew J. Kacsmark, case No. 2:22-cv-223. En adelante, “Alliance . . .”. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txndce/2:2022cv00223/370067/137/> (último acceso: 1/6/2023).

i) En 2021, la FDA, al eliminar el recaudo del expendio “en persona” de mifepristone<sup>57</sup>, habría terminado autorizando una suerte de “aborto químico por correo postal”<sup>58</sup>.

ii) Ello, en forma concomitante con el extremo de que rige, desde antaño, una ley, llamada *Comstock Act*, que prohíbe el envío, por correo postal, de sustancias que producen aborto<sup>59</sup>.

iii) La decisión de la FDA de 2021 para que no se exija el expendio, en forma personal, de mifepristone, se mantiene al presente por decisión de la FDA de 2023<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> “Alliance . . .”, p. 2, donde leemos que se trata de un esteroide sintético que bloquea la hormona progesterona, detiene la nutrición y, finalmente, hambrea al ser humano no nacido hasta su muerte; dado que el mifepristone solo no siempre completará el aborto, la resolución cautelar de primera instancia agrega que la FDA establece un régimen de drogas en dos pasos: mifepristone para matar al ser humano no nacido, seguido de misoprostol para inducir tirones y contracciones para expelerlo del vientre materno.

<sup>58</sup> Ver: “Alliance . . .”, p. 5, donde se explica que dos años más tarde, el 12 de abril de 2021, la FDA anunció que ejercería discrecionalidad en la exigencia de cumplimiento (*enforcement*), a fin de permitir entregar mifepristone por medio del correo postal, o por medio de una farmacia que recibiera pedidos de envío postal durante la pandemia del Covid 19 –a pesar de la Ley Comstock, de casi 150 años de antigüedad, que prohíbe que se envíe, por correo postal, todo artículo, instrumento, sustancia, droga, medicamento o cosa que produce aborto–. Por último, el 16 de diciembre de 2021, la FDA denegó la mayor parte de la petición, del actor, de 2019. Específicamente, la FDA expresamente rechazó el pedido efectuado en la petición de 2019 para que se mantuviera el recaudo de entrega en persona y anunció que la agencia permitiría, en forma permanente, el aborto por correo postal (“Two years later, on April 12, 2021, FDA announced it would ‘exercise enforcement discretion’ to allow ‘dispensing of mifepristone through the mail . . . or through a mail-order pharmacy’ during the COVID pandemic –notwithstanding the nearly 150-year-old *Comstock Act* banning the mailing of ‘[e]very article, instrument, substance, drug, medicine or thing’ that produces ‘abortion’–. Finally, on December 16, 2021, FDA denied most of Plaintiff’s 2019 Petition. (. . .). Specifically, FDA expressly rejected the 2019 Petition’s request to keep the in-person dispensing requirements and announced that the agency would permanently allow chemical abortion by mail).

<sup>59</sup> Ley aprobada el 3 de marzo de 1873, publicada como: *Forty Second Congress, Sess. III, Chap. OCLVIII – An act for the suppression of trade in, and circulation of, obscene literature and articles of immoral use. March 3, 1873*, en: *A Century of Lawmaking*, p. 598: “Cualquiera (. . .) que venda (. . .) u ofrezca a la venta (. . .) cualquier (. . .) droga o medicamento (. . .) para la prevención de la concepción, o para causa aborto ilegal (. . .) será culpable de un delito menor [*misdemeanor*] y juzgado (. . .) penado con prisión con trabajos forzados en la penitenciaría por no menos de 6 meses ni más de 5 años (. . .) o multado con no menos de un ciento dólares ni más de dos mil dólares más las costas”. Disponible en: <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collid=llal&fileName=017/llal017.db&recNum=0639> (último acceso: 1/6/2023).

<sup>60</sup> En igual sentido, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, “Medication Abortion: New Litigation May Affect Access”. Abril 24, 2023, esp. p. 2 (“In January 2023, an

Así las cosas, la autorización de la FDA y sus posteriores decisiones, en relación con el mifepristone, y, en especial, su posibilidad de expendio y envío por correo postal, podría, en los hechos, hoy, significar que se permita llegar a frustrar el *holding* de "Dobbs". Ello pues, al tiempo que cada estado ha recuperado, en virtud del decisorio de la Suprema Corte, poderes para reglar en materia de aborto (incluso para prohibirlo, con excepciones o sin ellas), la FDA habría concretado lo que podría visualizarse como una posible intromisión, de hecho, en la esfera de poder local mediante el envío postal interjurisdiccional de la droga en cuestión, no obstante la antigua ley Comstock involucrada.

La resolución cautelar citada ha llegado hasta la Suprema Corte federal, la cual, por mayoría, resolvió que la droga podría continuar disponible mientras se resuelven las apelaciones<sup>61</sup>. En forma concomitante, el Presidente de los Estados Unidos expresó que iba a "continuar la lucha contra ataques, políticamente impulsados, a la salud de las mujeres"<sup>62</sup>. Ello, sin respeto alguno hacia la calidad de ser humano que en sede judicial se otorgó al por nacer<sup>63</sup>.

En el plano del federalismo, y con posterioridad a "Dobbs", el problema del denominado "aborto químico" pone en juego la efectividad de los poderes locales para legislar en una materia de fondo sobre la cual cada estado tiene poderes no delegados según la Enmienda X, con lo que integran su autonomía (o soberanía, en términos de Derecho local estadounidense). Ésta, a su vez, se halla en la base de la organización federativa.

Estimo que el control judicial del umbral de intromisión federal, en esa esfera local de poderes soberanos, tendría que tener en cuenta, además de lo antes expresado: *i*) la devolución, a los estados y sus votantes, de la competencia para legislar en materia de aborto, honrando los mecanismos democráticos, y la resultante

---

update to the REMS allowed patients to obtain the drug without an in-person visit to a clinician, including through the mail from certified prescribers or pharmacies"). Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10919>.

Ver: *REMS Single Shared System for Mifepristone 200 mg* (Enero 2023). Disponible en: <https://perma.cc/MJT5-35LF> (último acceso: 1/6/2023).

<sup>61</sup> Se trata de apelaciones tanto de la FDA como del laboratorio, respectivamente: 22A902 y 22A901.

<sup>62</sup> "Statement from President Joe Biden on the Supreme Court's decision in *Alliance for Hippocratic Medicine v. FDA*", 21/4/2023, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/04/21/statement-from-president-joe-biden-on-the-supreme-courts-decision-in-alliance-for-hippocratic-medicine-v-fda/>.

<sup>63</sup> Ver supra, nota 57.

presunción de legitimidad de la ley local, conforme “Dobbs”<sup>64</sup>; *ii*) la doctrina de la Suprema Corte en punto al “principio básico de que la rama judicial federal es suprema en la exposición del Derecho constitucional”<sup>65</sup>; *iii*) proyectos de ley, como el “Proyecto de ley de Protección de la Vida frente a los Abortos Químicos” que propone, entre otros extremos, la exigencia del expendio, de la droga que nos ocupa, “en persona”<sup>66</sup>; *iv*) el extremo fáctico de que nada en el REMS de mifepristone restringe la posibilidad de que un estado prohíba la prescripción, administración o empleo de medicamentos abortivos<sup>67</sup>.

**§ 7. En conclusión.** — Nos recuerda el académico Alfonso SANTIAGO las palabras de Bernardino MONTEJANO en cuanto a que el juez juzga “en concreto” y sobre hechos que ya han ocurrido, y agrega que lo hace “sin dejar de prever las consecuencias futuras de sus decisiones. Cada fallo es una cierta hora de la verdad del derecho, donde la ilusión jurídica se traduce de modo efectivo en una realidad concreta”<sup>68</sup>.

La ilusión que hemos tenido muchos de nosotros, en los últimos cinco decenios, se ha convertido en una realidad concreta en “Dobbs”. El por nacer ha sido “des-cosificado” y ha sido aceptado como vida humana todavía no nacida, como ser humano. Esa vida humana no nacida podrá ser destinataria de regulación estadual respecto de a partir de cuándo ya no podrá ser truncada, o incluso podrá ser destinataria de la prohibición de ser truncada. Tomando palabras de Juan Pablo II, el fallo contribuirá a que se reduzca el “otro vasto cementerio, el de los no nacidos”<sup>69</sup>.

El fallo que motiva estas líneas posee toda la solidez y riqueza de la fundamentación esperada, y fija claras reglas de interpreta-

<sup>64</sup> Ver § 5, d, supra.

<sup>65</sup> “Cooper v. Aaron”, 358 U.S. 2 (1958), esp. p. 18: “. . . the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution . . .”.

<sup>66</sup> H.R. 384, Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/384/text?e=1&r=1&q=%7B%22search%22%3A%22mifepristone%22%7D>.

<sup>67</sup> Conf. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, “Medication Abortion: New Litigation May Affect Access”, 24/4/2023, esp. p. 4: (“. . . nothing in the REMS negates state laws that prohibit the prescription, administration, or use of medication abortion”). Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10919>.

<sup>68</sup> SANTIAGO, Alfonso, su “Prólogo” a nuestro *Manual de jurisprudencia y doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. IX a XIX, esp. p. XIX.

<sup>69</sup> Nos lo recuerda BIANCHI, Alberto B., *En contra del aborto*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, esp. p. 125.

ción para casos futuros en que se requiera la revisión judicial de leyes sobre salud o bienestar, incluyendo leyes estatales limitativas o prohibitivas del aborto. Puede seguirse, lógicamente, su aplicabilidad a leyes sobre fin de la vida. La ubicación que "Dobbs" asigna a la autonomía, otrora idolatrada, obliga a la revisión y debate de soluciones pasadas tanto en materia del inicio de la vida humana, y su protección, como en materia del fin de la vida. Asimismo, considero que es un fallo que privilegia las instituciones democráticas por la devolución porque efectúa, a favor del soberano y sus representantes, las decisiones sobre la protección de la vida, en especial del por nacer. Tal materia se sustrae así de esa suerte de "gobierno de los jueces" que, por medio de dos fallos –"Roe" y "Casey"– de gravísimas consecuencias, creó un pretendido "derecho constitucional a abortar", y sumergió a los Estados Unidos en una divisoria evitable, centrada, si se quiere, en las preferencias de los decisores. Esa devolución, mediante sustracción y correcta reasignación, es efectuada, en "Dobbs", con clara transparencia a futuro en tanto se enuncian, en dicho fallo, los criterios que empleará el máximo Tribunal estadounidense para el eventual control de las leyes que, con la protección de la vida del ser humano aún no nacido como norte, puedan ser impugnadas constitucionalmente. Después de todo, se hallan involucradas dos vidas humanas.

En cuanto a los planteos efectuados en torno al denominado "aborto químico", puedo poner de relieve la apreciación que, sobre el gravamen irreparable, fuera efectuada en "Alliance", con apoyo en "Dobbs". Dicho gravamen fue visualizado desde la perspectiva de que "nada en la Constitución o en nuestra tradición jurídica autoriza a la Corte a adoptar la teoría de la vida" de que a los estados se les exige que consideren a un feto como carente del más básico derecho humano –a vivir– al menos hasta que ha pasado un punto arbitrario en un embarazo<sup>70</sup>.

Entre nosotros, queda el influjo de la experiencia comparada, procedente de un máximo Tribunal cuya producción es, de tanto en tanto, leída y aplicada por la Corte Suprema argentina. Y en ese marco hago votos para que el eco de "Dobbs" ayude, en nuestro país, a una correcta interpretación de leyes contrarias a la vida, sea a su inicio o a su fin.

<sup>70</sup> "Alliance . . .", p. 30.