

# EL DERECHO

## DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

### OPINIÓN EN "EL DERECHO"

*Adiós, Roe*, por Estela B. Sacristán  
Cita Digital: ED-MMMCCCLIX-664

### DOCTRINA

*Derecho internacional privado concursal argentino. Normas dispersas*, por Gustavo Esparza  
Cita Digital: ED-MMMCCCLIX-662

### JURISPRUDENCIA

DAÑOS Y PERJUICIOS: Ferrocarriles: responsabilidad en el contrato de transporte de pasajeros; hecho de un tercero; medidas de prevención y cuidado; incapacidad sobreviniente. DAÑO MORAL: Afecciones a los sentimientos: procedencia (CNCiv., sala H, mayo 26-2022)

ADOPCIÓN: Estado de adoptabilidad: revocación por falta de notificación fehaciente a los progenitores; mantenimiento de la guarda en favor de los aspirantes a adopción (SC Buenos Aires, marzo 23-2022)

# Adiós, Roe

por ESTELA B. SACRISTÁN

Nunca leímos tantas páginas con tanto entusiasmo. Se trata del fallo *Dobbs*, de la Corte Suprema estadounidense, del 24 de junio de 2022, en el cual se abandonaron los precedentes *Roe vs. Wade* (1973) y *Casey* (1992). Estos dos precedentes habían creado, y confirmado, respectivamente, para toda la Nación estadounidense, el peor de los frutos de su Constitución: un pretendido derecho constitucional a abortar. ¿Cómo se llegó a esta suerte de derogación?

En *Dobbs*, se hallaba en juego la constitucionalidad de una ley, del estado de Mississippi, que –salvo por emergencia médica o anomalía fetal severa– prohíbe el aborto después de la semana quince de gestación (y aquí tengamos en cuenta que las leyes civiles, penales, laborales, entre otras, en Estados Unidos, son estatales, es decir, emanan de las legislaturas locales). Apenas se sancionó esa ley, una clínica cuyo negocio es proveer abortos, junto con uno de sus médicos, la atacaron por resultar contraria a *Roe* y a *Casey*, el caso que le sigue, y solicitaron la suspensión de su aplicación. Si bien victoriosos en primera instancia y ante la Cámara federal, los actores tuvieron un revés ante la Corte Suprema. Esta, por mayoría, resolvió revocar la decisión de la Cámara federal y devolver el caso. ¿Por qué? Porque la Constitución de Estados Unidos no establece un derecho a abortar. Porque si alguien tiene poder para legislar sobre el aborto, no es la Corte sino el pueblo, quien lo hará por medio de sus representantes elegidos. *Dobbs* le ha dado el adiós a *Roe*.

*Dobbs*, hoy, tiene la particularidad de poder ser conocido en forma casi instantánea a nivel global, de la mano de la *lingua franca* moderna. Y obliga a tomar nota acerca de algunos de sus aspectos más salientes, en especial, en relación con Argentina. Veamos.

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*, sino “vida de un ser humano no nacido”, en palabras de la ley de Mississippi. ¿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 Ley 27.610, que permite la “interrupción voluntaria del embarazo”? La ley es inconstitucional; no cabe otra respuesta.

Segundo, según establece la Corte Suprema en *Dobbs*, en materia de aborto, la idea de libertad brinda escasa orientación. Aplicando el tradicional e histórico criterio de “libertad ordenada”, se concluye que la Constitución no protege el derecho a abortar. Recordemos que ese criterio no es un ideal filosófico o político, sino que es un instituto de claro linaje jurisprudencial, acuñado por el

juez Cardozo en *Palko vs. Connecticut* (1937). Y no impide que los representantes elegidos por el pueblo decidan cómo regular el aborto.

Tercero, mientras *Roe* había idolatrado el derecho a la privacidad como fundamento, en *Dobbs* se entiende que es demasiado intentar justificar el aborto apelando a un amplio derecho a la autonomía y a definir el propio “concepto de existencia”. Pensemos que, en rigor, en nombre de la autonomía, se pueden hacer muchas cosas: la autonomía puede terminar matando a una persona, incluso independientemente de su edad. De tal modo, puedo avizorar que la insuficiencia argumentativa de la privacidad para fundar el disponer 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 existencia, en especial, si mediante eutanasia.

A partir de *Dobbs*, la regulación del aborto se halla en manos del pueblo y sus representantes, y estos podrán limitarlo, e incluso prohibirlo. Empero ¿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. Pero *Dobbs* no la hizo; el máximo Tribunal estadounidense no llegó a ese punto. Enumeró, en cambio, las herramientas que empleará para controlar la constitucionalidad de las leyes estatales sobre aborto: (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.

La ingeniería legal que adopten las asociaciones pro-aborto tendrá que adaptarse, de ahora en más, a las pautas de *Dobbs* en sus batallas contra la vida del “por nacer” y a favor de la autonomía de la madre: toda ley prohibitiva del aborto –a partir del estadio que el legislador haya fijado o fije en el futuro– será objeto de esos controles y se beneficiará con aquella fuerte presunción. Después de todo, se hallan involucradas dos vidas humanas.

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