

[Buenos Aires, miércoles 24 de agosto de 2022 - N° 15.366]

# EL CASO *DOBBS* REFLEXIONES SOBRE UN FALLO DE FUERTE IMPACTO

## SUPLEMENTO ESPECIAL

ALEJANDRO BORDA: Director de EL DERECHO

EUGENIO LUIS PALAZZO: Coordinador del suplemento especial  
*El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*

SOFÍA CALDERONE: Asistente editorial del suplemento especial  
*El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*

MARCO RUFINO: Coordinador de Redacción de EL DERECHO

Autores:

**LUIS MARÍA BANDIERI**

**RODOLFO C. BARRA**

**PEDRO J. ANDEREGGEN**

**URSULA C. BASSET**

**ALBERTO B. BIANCHI**

**IGNACIO COLOMBO MURÚA**

**MANUEL JOSÉ GARCÍA MANSILLA**

**FLORENCIA RATTI MENDAÑA**

**SOFÍA CALDERONE**

**EDUARDO SODERO**

**ALFREDO M. VÍTOLO**

Consejo de Redacción:

GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO  
MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA y NELSON G. A. COSSARI

60 AÑOS



EL DERECHO

# Contenido

## **PRESENTACIÓN**

*A modo de presentación: ¿Nos importa el caso Dobbs?*, por Eugenio Luis Palazzo  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-607

## **DOCTRINA**

*Apuntes al paso sobre el caso Dobbs*, por Luis María Bandieri  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-608

*"FAL" también está terriblemente equivocado*, por Pedro J. M. Andereggen y Rodolfo C. Barra  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-609

*Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo Dobbs para el jurista de hoy*, por Ursula C. Basset  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-610

*La Corte Suprema de los Estados Unidos devuelve a los estados la facultad de legislar sobre el aborto*, por Alberto B. Bianchi  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-611

*Un análisis del fallo Dobbs. Activismo judicial, política y federalismo*, por Ignacio Colombo Murúa  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-612

*Por qué Dobbs no es una decisión "originalista"*, por Manuel José García Mansilla  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-617

*Anatomía de Dobbs. Una sentencia que renueva el debate*, por Florencia Ratti Mendaña y Sofía Calderone  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-615

*Back to Blackstone: sentido y límites del stare decisis en Dobbs v. Jackson*, por Eduardo R. Sodero  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-616

*Entendiendo Dobbs*, por Alfredo M. Vítolo  
Cita Digital: ED-MMMCCCXC-617

# 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)<sup>(2)</sup> y *Planned Parenthood v. Casey* (1992)<sup>(3)</sup> 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.

Peró *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 provinda, 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<sup>(4)</sup>.

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<sup>(5)</sup> y “Portal de Belén” de 2002 rechazó la constitucionalidad del aborto<sup>(6)</sup>, y luego, con otra composición, la admitió en el caso “FAL” de 2012<sup>(7)</sup>. 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”<sup>(8)</sup>, y en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego”<sup>(9)</sup>, 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](http://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<sup>(10)</sup>.

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<sup>(11)</sup>. 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<sup>(12)</sup>. 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<sup>(13)</sup>. 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<sup>(14)</sup>. 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<sup>(15)</sup>. ¿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<sup>(16)</sup> 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<sup>(17)</sup>.

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<sup>(\*)</sup>

**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*<sup>(1)</sup>, 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](http://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<sup>(2)</sup>. 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*<sup>(3)</sup> 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”<sup>(4)</sup>, quedando abierta a las legislaturas estatales su regulación y penalización. El fundamento constitucional se estableció a partir del “*right of privacy*”, derecho a la privacidad de la madre, inferido de la Enmienda Décimo Cuarta de la constitución (sancionada en febrero de 1869) que establece en su sección primera que “ningún estado podrá sancionar ni hacer cumplir cualquier ley que restrinja los privilegios o inmunidades [*the privileges or immunities*] de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco estado alguno podrá privar a ninguna persona de la vida, la libertad [*liberty*] o la propiedad sin el debido proceso legal [*due process of law*], ni negar a cualquier persona que se

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

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

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

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

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

### 3. Repercusiones de *Roe v. Wade*

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

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

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

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

### 4. El fallo *Dobbs*

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

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

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

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

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

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

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

(11) *Dobbs*, p. 8.

(12) *Dobbs*, p. 5.

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

(14) *Dobbs*, p. 51.

(15) *Dobbs*, p. 52.

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

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

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

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

(8) *Dobbs*, p. 4.

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

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

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

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

(17) *Dobbs*, p. 29.

(18) *Dobbs*, p. 38.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. Repercusiones de *Dobbs*

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

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

## 6. ¿*Common law* o derecho natural?

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

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

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

(30) Son muchas las notas periodísticas que dan cuenta de estos hechos, por ejemplo: Jackson, E. “Continúan las protestas frente a las residencias de los jueces de la Corte Suprema”, *The Epoch Times* (en español), 13/5/2022, disponible en [https://es.theepochtimes.com/continuan-las-protestas-frente-a-las-residencias-de-los-jueces-de-la-corte-suprema\\_993611.html](https://es.theepochtimes.com/continuan-las-protestas-frente-a-las-residencias-de-los-jueces-de-la-corte-suprema_993611.html) (fecha de consulta: 12/8/2022); Howe, A., “California man arrested near Kavanaugh’s home, charged with attempted murder of justice”, SCOTUSblog, 8/6/2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/06/man-with-weapon-is-arrested-near-kavannahs-home/> (fecha de consulta: 12/8/2022).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## “FAL” también está terriblemente equivocado

por PEDRO J. M. ANDEREGGEN<sup>(\*)</sup> y RODOLFO C. BARRA<sup>(\*\*)</sup>

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

### 1. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

(\*) Presidente de la Corporación de Abogados Católicos.

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

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

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

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

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



misma Corte, entre las que se destacan las planteadas por el *Justice Scalia*, ya fallecido<sup>(5)</sup>.

*Dobbs* es un muy importante paso hacia el respeto de la vida y la dignidad humana, pero también es erróneo cuando sostiene que la Constitución es neutral con relación al derecho a la vida del ser humano todavía no nacido, y deja así la regulación del aborto al respectivo criterio de las legislaturas estatales.

Ninguna norma fundamental puede ser neutral con respecto a la protección del derecho a la vida, simplemente porque este es la base de todos los derechos. Sin derecho a la vida no habría Constitución, no habría “polis” o “comunidad organizada”, sino solo la tiranía de los más fuertes sobre los más débiles.

¿O acaso esto no lo ha vivido –y desgraciadamente lo vive todavía– la humanidad?

*Dobbs* tiene aún oportunidad de corregirse a corto plazo. Es posible que la Corte deba pronunciarse acerca de la constitucionalidad de normas dictadas por los estados con restricciones al aborto. Por ejemplo, es el caso del estado de Georgia, donde se reguló la prohibición del aborto, salvo excepciones, a partir de ser detectables los latidos del corazón del feto, aproximadamente a las seis semanas desde la concepción<sup>(6)</sup>. Claro que a los partidarios de la liberalización del aborto esos latidos no los conmueven, ni siquiera se preguntan si provienen del sistema vital de un ser humano, de un ser que porta el ADN humano individual, personal, el mismo código genético que lo acompañará durante toda su vida extrauterina.

En cualquier caso, está visto que el debate en Estados Unidos continuará. Por nuestra parte, en las líneas que siguen, nos detendremos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina en materia de aborto. De ese modo, explicaremos por qué a la decisión en “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”<sup>(7)</sup> –que este año ha cumplido 10 años– también le cabe el calificativo de “tremendamente equivocada”.

## 2. El caso “FAL”

Si el fallo de la Suprema Corte norteamericana merece aquel reparo acerca de una posible neutralidad en la materia (sin efectuar con ello reproche moral, pues la sentencia, dadas las circunstancias concretas, constituye una real morigeración respecto a un mal que se había consolidado<sup>(8)</sup>), debemos reconocer que en aquel país, a nivel federal, no existe ninguna de las normas que poseemos en nuestra legislación. En este orden, es válido inferir, de acuerdo al rigor lógico de la sentencia, que los jueces norteamericanos, frente a los antecedentes de nuestro derecho patrio<sup>(9)</sup>, en el que siempre se prohibió el aborto<sup>(10)</sup>,

frente a la presencia de textos de una literalidad tan expresa (como la que rige en el derecho argentino), hubieran declarado, sin duda, la inconstitucionalidad del aborto.

Porque, en efecto, aun bajo el razonamiento de *Dobbs* –que sostiene que la regulación en la materia debe ser determinada por el pueblo<sup>(11)</sup>–, es evidente que este ya se expidió, a través de los representantes, tanto en la sanción de la Constitución Nacional<sup>(12)</sup> como en la firma, aprobación y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, elevados a rango constitucional en la reforma del año 1994, en línea con una práctica de prohibición inveterada e ininterrumpida de más de doscientos años de vigencia, que lamentablemente se quebró con la promulgación de la ley 27.610<sup>(13)</sup>, de la que “FAL” es un grave antecedente inmediato y necesario<sup>(14)</sup>.

Es indudable que este precedente, a semejanza de *Roe*<sup>(15)</sup>, también está “terriblemente equivocado”. Se han escrito muchos sustanciales artículos con críticas a esta sentencia, desde el mismo día en que fue pronunciada, con prolija enumeración de los vicios en que ha incurrido. Quisiéramos, no obstante, señalar aquí algunos en particular.

En ese sentido, tres son los que consideramos más crasos, y de tal entidad, que le quitan toda autoridad como precedente con relación a los juicios en los que actualmente se debate la validez de la ley 27.610, respecto a una de las cuestiones fundamentales: la inconstitucionalidad del aborto libre, incausado o inmotivado, es decir por decisión *ad nutum* de la madre, hasta la semana catorce del embarazo<sup>(16)</sup>.

### i. La interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño

El primer error de este fallo, y seguramente el más notorio, es la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>(17)</sup> que postuló. No solo se tergiversó la importancia del preámbulo en esta materia, sino que, peor aún, se negó implícitamente su literalidad. Asimismo, se alteró *contra legem* el alcance de la decla-

de *Roe* y *Casey* y la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Esa disposición se ha sostenido para garantizar algunos derechos que no se mencionan en la Constitución, pero tal derecho debe estar ‘profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación’ e ‘implícito en el concepto de libertad ordenada’. *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702, 721 (1997) [...]. El derecho al aborto no entra dentro de esta categoría. Hasta la última parte del siglo XX, tal derecho era completamente desconocido en la ley estadounidense”. *Dobbs* (slip. op.), p. 5.

(11) Compárese con el caso “Portal de Belén” (Fallos: 325:292, sentencia del 5/3/2002) en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó: “[q]ue esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339)” (considerando 12). En efecto, en nuestro país el derecho natural tiene reconocimiento explícito como fuente de derecho, dado que el Preámbulo de la Constitución Nacional señala a “Dios” como “fuente de toda razón y justicia”. Santo Tomás de Aquino explicaba: “Por lo mismo, hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama ley natural” (Tomás de Aquino, *Summa Theologica* II-IIae q. 91 a. 2.).

(12) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “Declaración en defensa de la vida y pedido de veto”, 28/7/2020. Disponible en <http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2020/08/Declaraci%C3%B3n-en-defensa-de-la-vida-y-pedido-de-veto.pdf> (fecha de consulta: 13/8/2022).

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

(14) En el Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional del proyecto de ley de legalización del aborto, del 27/11/2020, se dijo: “Ese debe ser el compromiso del Estado con las mujeres y con la sociedad en su conjunto y **ese compromiso está redactado en cada una de las disposiciones de la presente iniciativa** y, en caso de convertirse en ley, ese compromiso será una realidad que, estoy convencido, nos hará una sociedad más plural, más respetuosa de nuestras diferencias, más humanitaria y menos desigual. Ese compromiso es el que nos vienen pidiendo honrar los órganos de seguimiento de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional firmados por la Argentina; **son los mismos compromisos internacionales que guiaron el fallo de nuestra CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en el caso conocido como ‘F.A.L.’**, y por los que el Estado argentino fue encontrado responsable internacionalmente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por no garantizar el acceso efectivo al aborto no punible en el caso ‘L.M.R. vs. Argentina’, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11” (el resaltado es añadido).

(15) Expresamente citado en “FAL” (considerando 5).

(16) El artículo 4° de la ley 27.610 dice: “Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar **tienen derecho** a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional” (el resaltado es añadido).

(17) Considerando 13.

(5) Por ejemplo, su voto en *Casey*, 505 U. S. 833, 844 (1992).

(6) Véase: Georgia House Bill 481, Living Infants and Fairness Equality (LIFE) Act (2019). La norma entró en efecto recientemente luego de una decisión judicial, en el caso *SisterSong Women of Color Rep. Justice Collective v. Governor of Georgia*, 11th Cir., No. 20-13024, 7/20/22.

(7) Fallos: 335:197, sentencia del 13/3/2012. En adelante, “FAL”.

(8) Conf. Juan Pablo II, *Evangelium Vitae* (25/3/1995): “Un problema concreto de conciencia podría darse en los casos en que un voto parlamentario resultase determinante para favorecer una ley más restrictiva, es decir, dirigida a restringir el número de abortos autorizados, como alternativa a otra ley más permisiva ya en vigor o en fase de votación [...] En el caso expuesto, cuando no sea posible evitar o abrogar completamente una ley abortista, un parlamentario, cuya absoluta oposición personal al aborto sea clara y notoria a todos, puede lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de esa ley y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad pública. En efecto, obrando de este modo no se presta una colaboración ilícita a una ley injusta; antes bien se realiza un intento legítimo y obligado de *limitar* sus aspectos inicuos” (núm. 73, la itálica pertenece al original). A la luz de esta doctrina, la legitimidad moral del pronunciamiento en *Dobbs*, si se considera integralmente el sistema normativo y político constitucional norteamericano, surge en forma directa y espontánea, dado que, ciertamente, el fallo removió el obstáculo constitucional que se presentaba como legalmente insuperable para aquellos estados que querían proteger la vida naciente en cualquier medida o forma.

(9) V.gr. *Fuero Juzgo* “III. TITOL DE LOS QUE TOLLEN Á LAS MVIERES QUE NON AYAN PARTO I De los que fazen abortar las mujeres por yervas Si algun omne diere yervas á la muier, porque la faga abortar, ó quel mate el fiio, el que lo faze deve prender muerte, é la muier que toma yervas por abortar; si es sierva, reciba CC. azotes; si es libre, pierda su dignidad, é sea dada por sierva á quien mandar el rey”.

(10) Véase la importancia que se le otorga en *Dobbs* a las prácticas constitucionales: “Sostenemos que *Roe* y *Casey* deben ser anulados. La Constitución no hace referencia al aborto, y dicho derecho no está protegido implícitamente por ninguna disposición constitucional, incluida aquella en la que ahora se basan principalmente los defensores

ración efectuada en la ley 23.849<sup>(18)</sup> –que aprobó la Convención–, pues de su texto surgía que debe considerarse la existencia del niño “desde la concepción”<sup>(19)</sup>. En cambio, la Corte sostuvo que, por no constituir una “reserva”, la protección desde la concepción no estaba incluida dentro de la condición de vigencia de la Convención a los fines del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, que la incorporó con rango constitucional.

Es manifiesto que, en las partes del fallo en que se trataron estas cuestiones, se realizó una interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), aprobada por la ley 19.865<sup>(20)</sup>, totalmente contraria a lo que surgía de su texto con meridiana claridad<sup>(21)</sup>.

Dijo la Corte Suprema en “FAL”:

“En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989) [...]”<sup>(22)</sup>.

“Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención ‘debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción’, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones Nº 51 –1.2; 1.3–)”<sup>(23)</sup>.

Compárese ahora con lo que señalan los artículos de la Convención de Viena en relación a lo que debe entenderse por “reserva”, así como con lo referente a las reglas que corresponde aplicar en la interpretación de los tratados, todo lo que la Corte omitió citar y analizar:

En el artículo 2º, bajo el título “Términos empleados”, se indica en el inciso 1: “Para los efectos de la presente Convención: [...] d) Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, **cualquiera que sea su enunciado o denominación**, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado [...]”<sup>(24)</sup>.

Por su parte, en el artículo 19, se establece que “[u]n Estado podrá formular una reserva en el momento de

firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) Que la reserva esté prohibida por el tratado; b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

Asimismo, en el artículo 31, bajo el epígrafe de “Regla general de interpretación”, se dispone: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: [...] b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado [...]”.

En tales condiciones normativas, resulta absolutamente evidente que la intención de la República Argentina de incluir bajo la protección de la Convención sobre los Derechos del Niño a las personas por nacer desde la concepción, fue formalmente realizada según el derecho internacional –como lo prueba su inscripción en estos términos en la Organización de las Naciones Unidas<sup>(25)</sup>–, pues la declaración realizada por nuestro país debe ser considerada, de pleno derecho, como una “reserva” “cualquiera sea el alcance de su denominación”.

No obstante, sin perder la condición jurídica aludida, desde el punto de vista técnico, la denominación “declaración interpretativa” fue la correcta, pues la Convención sobre los Derechos del Niño no dispone que estos lo sean desde el nacimiento, o que se aplique solo a partir de este hecho, u otras fórmulas que vedaran su aplicación para el no nacido. Es acorde, además, con sus propios considerandos, que tienen presente que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En consecuencia, haber llamado reserva a lo que nominalmente en forma común se entiende por tal era impropio. Es manifiesto que no quería impedirse la aplicación de alguna cláusula o parte de la Convención, sino todo lo contrario. Ese si era el caso del régimen de la adopción internacional, respecto al que se utilizó aquel término –“reserva”– porque se excluía la aplicación de ese régimen en el derecho argentino. Por ello, es absurdo y arbitrario lo que señala la Corte de que esta última circunstancia era demostrativa de que no se había realizado una reserva con la finalidad de quitarle a la protección de los niños por nacer la jerarquía constitucional que el artículo 75, inciso 22, le otorga.

A su vez la “declaración interpretativa”, que, lo reiteramos, jurídicamente es una reserva, resulta plenamente válida porque: 1) no estaba prohibida en general ni en lo específico, y 2) mucho menos resulta incompatible con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño. De hecho, para que así fuera: a) el artículo 1º no hubiera definido como niño a “**todo ser humano**”<sup>(26)</sup> –esto es, sin exclusión– y, en cambio, expresamente hubiese mencionado que se es niño –por lo menos a los efectos de la aplicación de la Convención– desde tal grado de desarrollo o desde el nacimiento, cosa que no efectuó, y b) el Preámbulo no hubiera mencionado expresamente que el niño –sin distinción– requiere protección también “antes del nacimiento”.

Debe tenerse además en cuenta que, respecto de esta Convención, los países en los que se encontraba legalmente vigente la práctica del aborto efectuaron declaraciones en sentido contrario<sup>(27)</sup>.

(25) Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, véase: [https://digitallibrary.un.org/record/175782/files/CRC\\_C\\_2\\_Rev.3-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/175782/files/CRC_C_2_Rev.3-ES.pdf). En este documento, bajo el epígrafe de “Textos de las declaraciones, reservas, objeciones y comunicaciones”, se encuentran las efectuadas por todos los países firmantes. Las de la República Argentina están en la p. 13.

(26) El resaltado es añadido.

(27) Por ejemplo: “El Gobierno de la República Francesa declara que esta Convención, particularmente el artículo 6, no puede interpretarse en el sentido de que constituye un obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo” (documento citado en nota 18, p. 19). “El Gobierno de Luxemburgo declara que el artículo 6 de la presente Convención no ofrece ningún obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación de Luxemburgo referentes a la información sexual, la prevención de los abortos clandestinos y la reglamentación de la interrupción del embarazo” (ídem, p. 23). Es de destacar que

(18) B.O. 22/10/1990.

(19) El artículo 2º de la ley 23.849 dispuso: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: “La REPÚBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.”

Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Con relación al artículo 24 inciso f) de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Con relación al artículo 38 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia”.

(20) B.O. 1/1/1973.

(21) La primera interpretación de las normas debe siempre ser la literal (Fallos: 319:2617 y dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 328:43, entre otros).

(22) Considerando 13.

(23) Ídem.

(24) El resaltado es añadido.

Por ello, los razonamientos de la Corte Suprema en “FAL”, para desvirtuar lo actuado internacionalmente por los órganos competentes de nuestro país, a través de toda clase de preciosismos rituales forzados e inconsistentes, se parecen más a los de un litigante temerario que a los del Tribunal Supremo de un estado. De manera que solo pueden ser entendidos desde razones ideológicas a los fines de intentar derribar la valla constitucional que ordenaba la protección de la vida desde la concepción, y que interpretada con verdad y de buena fe es absolutamente infranqueable.

En efecto, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 ratificó este alcance al incorporarla en el artículo 75, inciso 22, con la siguiente regla: “En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”. Estas condiciones, de acuerdo con el derecho internacional, no pueden ser otras que las aprobadas por la ley 23.849.

La consecuencia es inmediata para afirmar, sin hesitación, que el artículo 4, párrafo primero, de la ley 27.610, es claramente inconstitucional. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce tanto “el derecho intrínseco a la vida”<sup>(28)</sup> del niño como su “interés superior”<sup>(29)</sup>, lo cual es absolutamente incompatible con una legislación de rango inferior que defiera a la sola voluntad de la madre<sup>(30)</sup> la determinación acerca de si el hijo no nacido vivirá o no<sup>(31)</sup>.

Ello lleva directamente a un próximo punto: las argumentaciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizó respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), las que tampoco poseen la más mínima autoridad intelectual y moral para obligar.

#### ii. Los argumentos acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Dijo la Corte en “FAL”:

“Que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal”<sup>(32)</sup>.

Ahora bien, si consideraba ello así, cual es la razón para, sin analizar ninguno de los términos empleados por los artículos que citaba<sup>(33)</sup>, concluir de modo general párrafos más adelante que “la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, **la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste**”<sup>(34)</sup>.

Es claro que el derecho a la vida del ser humano inminente es absoluto. Es el único derecho absoluto. Nunca lícitamente puede ser negado por ninguna ley. Otra cosa es la no punibilidad, es decir, la limitación de la convenien-

cia del castigo que el legislador penal puede considerar en ciertas circunstancias.

Es evidente que admitir el aborto incausado o libre hasta la semana catorce del periodo gestacional también es inconstitucional a la luz de esta Convención. Porque, aunque se diga que la mención “en general” se refiere específicamente al “a partir del momento de la concepción”, ello no obsta a la aplicación de la regla de la Convención de que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Ciertamente, el aborto inmotivado es arbitrario, pues no puede interpretarse que el Pacto de San José haya dejado esa protección en la esfera de la decisión de los Estados en una extensión en la que directamente quede suprimido<sup>(35)</sup>, cuando el artículo claramente no efectúa exclusión de ninguna clase de persona, ya que emplea el término “nadie”, en concordancia con la expresión “toda persona”. En suma, con independencia del margen de decisión que pueda corresponder al legislador interno, así como de la supuesta existencia de casos en que el aborto podría ser admisible según la Convención, es evidente que el aborto inmotivado o a sola decisión de la madre no puede ser uno de los supuestos legítimos.

En un *obiter* de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso “Artavia Murillo”<sup>(36)</sup>, posterior a “FAL”, se intentó salvar esa valla dispuesta en el texto de la Convención. Así, la Corte IDH señaló en el párrafo 264 que la expresión “en general” del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos importa que la protección del derecho a la vida “es gradual e incremental”<sup>(37)</sup>. Es notable que la CorteIDH cita<sup>(38)</sup> en apoyo de su decisión, además de *Roe*, el pronunciamiento “FAL”, efectuado muy poco tiempo antes<sup>(39)</sup>. Es posible inferir cierta alineación, con propósitos ideológicos de muchos organismos, tendientes a preparar la legalización del aborto en Latinoamérica.

Sobre esto cabe decir que, en primer lugar, “Artavia Murillo” no se vinculaba con aborto alguno por parte de una mujer; tampoco nuestro país fue parte, por lo que mal podría esa sentencia tener algún carácter de obligatoria, ni siquiera con valor de precedente jurisprudencial, dado que la Convención Americana no lo establece para los países firmantes<sup>(40)</sup>.

Ahora bien, esa interpretación carece, aun como *obiter* en sentido estricto, de toda autoridad doctrinal. En efecto, dado que se trató de un supuesto de fertilización *in vitro*<sup>(41)</sup> y la Corte interpretó que la concepción solo se producía con la anidación en el cuerpo de la mujer del óvulo fecundado, esa formulación en términos generales ni siquiera tuvo aplicación real al caso resuelto y mucho menos puede extenderse a otro supuesto: la práctica del aborto.

Pretender aplicar obligatoriamente esa doctrina al aborto en Argentina es, por ello, de por sí contrario a los principios de orden constitucional bajo el artículo 27 de la Constitución Nacional. Entre tales principios, debe comprenderse la prohibición de que los jueces efectúen declaraciones generales de derecho violatorias de la división de poderes, circunstancia que de ninguna manera podría interpretarse que la suscripción de la Convención Americana por nuestro país autorizó a obviar. Es que se genera-

muchos otros países en que se encuentra legalizado el aborto, con algún grado de generalidad en los primeros meses, no efectuaron observaciones directas sobre el particular dada la condición jurídica que le otorgan a la Convención en su derecho interno o en relación a distintas disposiciones del tratado. Así, por ejemplo, “La República Federal de Alemania también declara que la Convención no se aplica directamente en el ámbito interno” (p. 10).

(28) CDN, Artículo 6: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

(29) CDN, Artículo 3: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

(30) “Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar”, según denomina el artículo 4º de la ley 27.610.

(31) En efecto, el artículo 29 de la Constitución Nacional fulmina de “nulidad insanable” a cualquier delegación o concesión de facultades por las que, entre otras, “la vida [...] de los argentinos quedan a merced de gobiernos o persona alguna” (el resaltado es añadido). La diferenciación literal expresa entre autoridad estatal y privada no deja duda, sin necesidad de recurrir a interpretación analógica o extensiva de que la prohibición constitucional es directamente aplicable a las facultades de vida o muerte otorgadas por la ley 27.610.

(32) Considerando 10, primer párrafo.

(33) CADH, Artículo 1: “[...] 2. Para los efectos de esta Convención, **persona es todo ser humano**”. Artículo 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. 4. Derecho a la Vida: “1. **Toda** persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. **Nadie** puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]” (el resaltado es añadido).

(34) El resaltado es añadido.

(35) En tanto el fallo propone una exégesis irrazonable de la norma aplicada que la desvirtúa y la torna inoperante (Fallos: 325:1571; 337:567, entre otros).

(36) Corte IDH. Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). En adelante, “Artavia Murillo”.

(37) “La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”. “Artavia Murillo”, párr. 264.

(38) “Artavia Murillo”, párr. 262.

(39) Recuérdese que “FAL” es de marzo de 2012; mientras que “Artavia Murillo” es de noviembre de ese mismo año.

(40) CADH, Artículo 68: “1. Los Estados Partes en la Convención **se comprometen a cumplir la decisión** de la Corte **en todo caso en que sean partes**” (el resaltado es añadido).

(41) Párrs. 62 y ss.

ría de este modo, así como con la supuesta obligatoriedad de las recomendaciones o informes de las comisiones internacionales, un régimen exorbitante del derecho de los tratados, debido a la posibilidad de sorpresa y deslealtad en relación con las condiciones y términos de las convenciones que la República Argentina tuvo verdadera intención de suscribir.

Es absurdo en sí mismo el concepto de “gradual e incremental” aplicado al derecho a la vida, porque se vive o no se vive, y por ello es un derecho insusceptible de más o de menos, tales como a aquellos a los que la Convención se refiere en su artículo 26 bajo el título de “Desarrollo Progresivo” mencionando a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” y, por lo tanto, resulta una extrapolación manifiestamente arbitraria. En efecto, el artículo 27 de la Convención regula, en el capítulo “Suspensión de Garantías”, los supuestos en que es posible la suspensión de algunos derechos: en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, y excluye expresamente, en el párrafo 2º, a los de los derechos: artículo 3º (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); artículo 4º (derecho a la vida); artículo 5º (derecho a la integridad personal); artículo 6º (prohibición de la esclavitud y servidumbre); artículo 9º (principio de legalidad y de retroactividad); artículo 12 (libertad de conciencia y de religión); artículo 17 (protección a la familia); artículo 18 (derecho al nombre); artículo 19 (derechos del niño); artículo 20 (derecho a la nacionalidad), y artículo 23 (derechos políticos, y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos). Nótese, además, que en el artículo 4.5 la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la pena de muerte no se “aplicará a las mujeres en estado de gravidez”, sin distinguir período alguno respecto a esa condición, precepto que ratifica en un todo que no cabe sino interpretar que la protección de la vida del ser humano desde la concepción establecida en el párrafo 1º corresponde en plenitud.

Es que jamás podría tener cabida semejante arbitraria creación bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento del caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2017), en el que ratificó la necesidad de que las sentencias de aquel tribunal –dictadas en casos concretos en los que nuestro país fuera parte– sean conformes a nuestros principios de orden constitucional (artículo 27, Constitución Nacional). Precisamente, eso se reiteró, frente a una nueva sentencia de la Corte IDH, en el pronunciamiento del 5 de febrero de 2017<sup>(42)</sup>.

La aplicación de esa supuesta gradualidad e incrementalidad, con el argumento de que en nuestro derecho interno los derechos son relativos y su ejercicio solo puede ser conforme a la ley que los regula (artículo 14, Constitución Nacional), no puede tener aplicación contra el niño por nacer, porque justamente resultaría autocontradictoria.

La cuestión es grave, también a nivel legislativo. Visto que la ley 27.610 no exige la concurrencia ni la invocación de motivo alguno a la mujer o persona gestante hasta la semana catorce del proceso gestacional, surge que sustancialmente se le otorga un derecho de carácter absoluto. Ello así porque, literalmente, tiene el derecho a suprimir el derecho a la vida del ser humano por nacer, pues la interrupción voluntaria del embarazo se realiza mediante la muerte intencional del *nasciturus*, para su posterior expulsión del seno materno. No se concilia o armoniza un derecho con otro, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe realizarse en los casos de concurrencia de derechos<sup>(43)</sup>, sino que se le da a uno total supremacía, quedando el otro derecho totalmente eliminado en forma definitiva.

### iii. “FAL” frente a la manda del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional

No menos suerte corre lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “FAL” respecto del artículo

75, inciso 23<sup>(44)</sup>, que confirma la aplicación a los niños nonatos de la protección de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada en el inciso anterior.

En el considerando respectivo la Corte afirmó, sobre esta norma, que “en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, **de esta norma, nada se puede derivar para definir**, en el sentido que se propugna, **la cuestión relativa a los abortos no punibles en general**, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular”<sup>(45)</sup>.

¿Cómo es posible que la Corte sostenga la irrelevancia de dicha norma cuando es la propia Constitución Nacional la que califica expresamente de “niño” al que todavía no ha nacido?

En efecto, dos veces utiliza el término “embarazo”, uno refiriéndolo al “niño” y otro a la “madre”, lo que evidencia que ambos son los sujetos de la protección: el primero “desde” el embarazo, la segunda “durante” el mismo. Que desde la concepción ya se cursa el embarazo es innegable, tanto desde las ciencias médico-biológicas como por más de doscientos años de tradición jurídica ininterrumpida, que tornan indudable que la Constitución lo empleó de este modo. Hacer un distinguo que ella no efectúa, a partir de tal o cual semana, sería una indebida exclusión.

Que esta calificación sea hecha con ocasión de una referencia al dictado de un programa de seguridad social no la altera ni la impide: es absurdo por contradictorio ser “niño” a un efecto y no a otros, en especial para el derecho más importante –la vida–, y sin el cual aquella manda constitucional no puede tener aplicación. También lo es alegar un uso inadvertido de ese término por el constituyente al incluir al no nacido. Por el contrario, es inequívoco su preciso sentido técnico concordante con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el inciso anterior.

Por ello, con independencia de cómo la interpreten organismos o tribunales internacionales, si para la Constitución Nacional el ser humano por nacer es un “niño”, por imperativo de ella se le debe aplicar la convención respectiva, y legalizar una privación de su derecho intrínseco a la vida es siempre ilícito e inconstitucional.

Nuevamente aquí, bajo cualquier regla de interpretación válida, según pautas de la propia Corte, la sentencia carece de las condiciones para ser considerada como precedente constitucional válido<sup>(46)</sup>.

(44) El artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, ordena al Congreso: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

(45) Considerando 9º (el resaltado es añadido).

(46) Es evidente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ejercido sus facultades en exceso del artículo 116 de la Constitución Nacional. El tribunal en “FAL” señala en apoyo de su interpretación: “Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente [ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198]. Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental” (considerando 9). Pero estas menciones no hacen sino demostrar el exceso que venimos señalando merced al amañamiento del fallo. Si la materia a resolver era una cuestión de no punibilidad en el Código Penal, de ningún modo debió el tribunal adentrarse en consideraciones generales sobre el derecho a la vida. Uno de los autores de este trabajo puede afirmar, por su condición de convencional constituyente, que, efectivamente, en los debates se afirmó que las excepciones para casos especiales –como el del artículo 86, inciso 2, del Código Penal entonces vigente– le correspondían al legislador penal, dado que la Constitución no era una norma de esa naturaleza. Pero lo que no es cierto, como se colige del fallo, es que no se hubiera tenido intención de establecer la protección constitucional del derecho a la vida desde la concepción mediante la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia (ley 23.849), ni que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional no tuviera ninguna relación con este derecho, dado que resulta una evidente y coherente aplicación en lo específico, razón por la cual utiliza la calificación de “niño” respecto del no nacido, tal como explicamos en el texto.

(42) CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia del 14/2/2017. Fallos: 340:47.

(43) Véase, por ejemplo, CSJN “Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531”, 18/4/1989, Fallos: 312:496.

Es que, por lo demás, no era en absoluto necesario efectuar el tratamiento en general que realizó, lo que solo puede explicarse bajo la intención soslayada de preparar el terreno para la sanción de una ley como la actualmente vigente.

En efecto, la Corte solo debía analizar, conforme a su jurisprudencia, si la no punibilidad establecida en el inciso 2, del Código Penal entonces vigente (ahora modificado por la ley 27.610) –de antigua data en el derecho comparado–, era compatible o no con los textos constitucionales vigentes, cosa que en realidad no realizó correctamente, utilizando en su lugar un camino elíptico para, en un caso abstracto<sup>(47)</sup>, elevar indebidamente causales de exculpación y exención de pena a la categoría de un verdadero derecho sustancial a abortar<sup>(48)</sup>, en lugar de examinar si aquellas causales resultaban razonables conforme a los principios generales del derecho penal y a las facultades del legislador en materia criminal según la Constitución Nacional. Pero lo más grave es que para llegar a aquella conclusión se adentró en cuestiones que excedían el caso y negó de modo general que la protección del niño por nacer, que emana de aquellas claras normas, tuviera rango constitucional. Mandó además, exorbitantemente, a dictar protocolos a las provincias<sup>(49)</sup>, en clara invasión de sus facultades, reglamentó y condicionó el derecho a la objeción de conciencia al punto de negar en algunos casos su existencia<sup>(50)</sup>, omitió, además, señalar cualquier circunstancia que obstara al aborto en aquellas causales de no punibilidad para períodos avanzados de gestación, lo que la convierte, ciertamente, en más bárbara y cruel que *Roe*<sup>(51)</sup>, porque conscientemente no consideró una solución que causara menos daño. La doctrina, trágicamen-

(47) Al igual que en *Roe*, en el considerando 5, se invoca la situación de que de lo contrario siempre llegaría tarde un pronunciamiento de estas características. No observamos que igual vara estén aplicando en la actualidad los tribunales inferiores, con honrosas excepciones, respecto a los planteos contra la ley 27.610, toda vez que de la “falta de caso” e “inexistencia de legitimación” han hecho una muletila con la sola finalidad de rechazar *in limine* las demandas o amparos presentados, vedando, con alegación de razones puramente formales –en realidad, verdaderas “chicanas”, según definición del diccionario de la RAE– la sustanciación del juicio de manera de omitir conscientemente el análisis en una sentencia de fondo de la más importante cuestión constitucional que se pudiera presentar: el derecho a la vida.

(48) Considerando 25: “Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” (el resaltado es añadido). Innecesario resulta mencionar la falacia de la afirmación general realizada por la Corte. El Código Penal abunda en ejemplos de no punibilidad de conductas que continúan siendo ilícitas. Además, a través de esta afirmación, la Corte avasalló las competencias provinciales imponiéndoles la realización de abortos en forma directa. La “exhortación” del punto 2 de la parte dispositiva de la sentencia es solo un barniz para disimular una verdadera obligación requerida imperativamente en violación del federalismo.

(49) Punto dispositivo 2: “Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”.

(50) Considerando 29: “Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”. Semejante abuso de competencias llega a causar verecundia. Con razón se ha afirmado que “FAL” es el peor fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en toda su historia.

(51) En efecto, señaló trimestres en los que los estados podían tener interés de proteger la vida del ser humano en gestación. La ley 27.610 expresamente no limita temporalmente el denominado derecho al aborto en las causales de violación y salud, ni siquiera para el caso de que exista plena y perfecta viabilidad –tal como se la ha denominado– y pudiera evitarse la muerte de un ser humano inocente adelantando su nacimiento sin ningún riesgo para la madre.

te, se ha trasladado a la ley 27.610, con el agravante de que, con el antecedente de lo dispuesto por la Corte<sup>(52)</sup>, no existe necesidad de denuncia o mínima acreditación de la violación<sup>(53)</sup>, a pesar de la posibilidad de que podrían producirse casos fabricados, tal como expresamente lo previó e infravaloró la Corte en “FAL”<sup>(54)</sup>, y como efectivamente demostró la experiencia a partir de su implementación<sup>(55)</sup>. Esta omisión, analizada a la luz del daño irreparable a un tercero<sup>(56)</sup>, también es irrazonable.

### 3. Conclusión

En síntesis, ni nuestra Constitución ni el resto de nuestro ordenamiento jurídico son neutrales en lo que respecta a la afirmación de la vida humana del ser humano, en cualquier estadio de su desarrollo, y por lo tanto tampoco lo son con relación a la obligación del Estado de proteger su vida en la mayor medida posible. Como a la vida de todo ser humano, cualquiera sea su edad. Pero también, como ocurrió en Estados Unidos, estamos mal por causa de otra decisión judicial “*egregiously wrong*”: “FAL”.

Aquí nuestra Corte hizo algo peor que lo cometido por su similar norteamericana en *Roe*. En *Roe* se inventó un derecho, en “FAL” en sus fundamentos –no en su decisorio con valor de precedente para casos similares<sup>(57)</sup>– se negó el derecho a la vida expresamente reconocido por la Constitución. Nuestra Corte Suprema es un excelente Tribunal de Justicia que, como es posible y frecuente en todo lo humano, ha cometido un error. Error que, como *Dobbs* lo ha demostrado, puede ser corregido. Esperemos que la corrección no tarde cincuenta años: muchos inocentes morirán durante tan largo tiempo.

**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 - ABORTO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL**

(52) Además de constituir una extralimitación, también se invaden las competencias locales, dado que “su aplicación” les corresponde, en este caso, a los tribunales provinciales de conformidad con el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

(53) Considerando 27.

(54) Considerando 28.

(55) El aumento de casos de aborto por esta causal no parece adecuarse a los índices de embarazo para supuestos de violaciones ocasionales. En el mejor caso, ese número mostraría que el régimen creado por “FAL” (continuado y agravado en la ley 27.610) solo sirve para aumentar las chances de impunidad de los violadores, encubriendo abusos sexuales intrafamiliares, especialmente de niñas y adolescentes. Antes de la legalización se registraban aumentos en los abortos “legales”; por ejemplo, véase Pissetta, A., “Fuerte aumento de abortos legales realizados en la Ciudad de Buenos Aires”, Perfil, 17/10/2019, disponible en <https://www.perfil.com/noticias/equipode-investigacion/interrupciones-legales-embarazo-caba-aumentaron-exponencialmente-aborto.phtml> (fecha de consulta: 16/8/2022). Las cifras siguieron en aumento luego de la ley 27.610, véase: Ministerio de Salud de la Nación, “ImplementAR IVE-ILE: Ley 27.610”, informe anual 2021. Disponible en <https://bancos.salud.gob.ar/recurso/implementar-ive-ile-ley-27610-informe-anual-2021> (fecha de consulta: 16/8/2022).

(56) Cfr. artículo 19 de la Constitución Nacional. Cabe aclarar que la dependencia de la instancia de la víctima respecto al ejercicio de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual (artículo 72, Código Penal), es una cuestión de índole meramente legal, totalmente diferenciada de aquellas de naturaleza constitucional como la ilicitud del daño a un tercero inocente, o la del agravamiento de esa posibilidad ante la inexigibilidad de mínimos y elementales recaudos –por ejemplo, la denuncia o algún otro de carácter objetivo–, por cuya omisión se aumenta desproporcionadamente el riesgo de la utilización del régimen de simple declaración jurada –establecido por la Corte– para procurar abortos en casos en los que, de acuerdo a la verdad real, el embarazo no es producto de una violación.

(57) Solo aborto en caso de violación de menor de edad.

# Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo Dobbs para el jurista de hoy

por URSULA C. BASSET<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. AUGE Y CRISIS DEL NUEVO DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y SU RELACIÓN CON EL CASO *DOBBS*. – 2. LA GÉNESIS DE LA *CRITICAL SOCIAL JUSTICE*, FUENTES Y PROBLEMAS. 2.1. UNA DEFINICIÓN. 2.2. LA EMPATÍA CON LOS GRUPOS MARGINADOS, UN PUNTO DE PARTIDA. 2.3. LA IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO DE BOURDIEU Y LA DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA O ESTRUCTURAL. 2.4. NANCY FRASER Y LA IMPORTANCIA DE ACENTUAR LA “DIFERENCIA”. 2.5. EL LENGUAJE COMO INSTRUMENTO DE GRUPOS HEGEMÓNICOS. LA IMPORTANCIA DE LA POLICÍA DE LAS PALABRAS COMO MEDIO PARA ERRADICAR LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL. 2.6. RESPECTO DE LA “IDENTITY POLITICS” Y LAS TEORÍAS DEL RECONOCIMIENTO SOCIAL Y GRUPAL. 2.7. INTERSECCIONALIDAD Y FRAGMENTACIÓN. 2.8. ASPECTOS EPÍSTÉMICOS: POSMETAFÍSICA Y POSESTRUCTURALISMO. 2.9. LA HERMENÉUTICA DE LA SOSPECHA HEGEMÓNICA FRENTE A LA CRÍTICA. – 3. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA *CRITICAL SOCIAL JUSTICE THEORY*. 3.1. EL PRINCIPIO CIENTÍFICO DE LA CSJT. 3.2. EL PRINCIPIO POLÍTICO DE LA CSJT. 3.3. CUATRO ASPECTOS QUE IMPACTAN EN EL FALLO *DOBBS*. – 4. POR QUÉ EN ARGENTINA MUCHAS DE ESTAS IDEAS IMPREGNAN ACRÍTICAMENTE LA REFLEXIÓN JURÍDICA. – 5. EL FALLO *DOBBS* Y SUS INQUIETANTES SUGERENCIAS PARA UN DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO ACRÍTICO. 5.1. A PARTIR DEL PRINCIPIO CIENTÍFICO, LAS PARADOJAS DEL VOTO DE LA MAYORÍA, LAS PECULIARIDADES DEL VOTO DE LA MINORÍA. 5.2. EL PRINCIPIO POLÍTICO DE LA TEORÍA: LAS ACUSACIONES CRUZADAS. 5.3. UNAS PALABRAS DE CONCLUSIÓN: LA TEORÍA Y LA HEGEMONÍA.

## 1. Auge y crisis del nuevo derecho antidiscriminatorio y su relación con el caso *Dobbs*

Desde hace unos años se desarrolla una nueva concepción del derecho antidiscriminatorio que, consciente o

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

(\*) Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones (UCA). Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia (UCA). Directora del Proyecto UCACYT: “Discriminación estructural y sistémica y violencia simbólica contra la mujer”.

inconscientemente, ha ganado el terreno de la reflexión jurídica. En algunos ámbitos está tan arraigada que conforma una suerte de inconsciente colectivo que preside, invisible, toda aprehensión de la realidad jurídica. Se trata de la teoría crítica de la *Social Justice*<sup>(1)</sup>, que describimos en la próxima sección, y que está en la matriz de todos los debates contemporáneos sobre la discriminación.

Esta teoría, por su misma dinámica, está en crisis. Probablemente, uno de los principales problemas de la crisis del nuevo derecho antidiscriminatorio haya sido precisamente su creciente obviedad, su carácter indiscutible y acrítico, que le impide la oxigenación del saludable debate académico. Hay una suerte de efecto rebote del pensamiento que se forma como una espiral: se convierte en tornado, y termina distanciándose de la praxis, y, en consecuencia, de las personas y sus derechos humanos, que eran la razón de ser de su narrativa. Es el momento en que la teoría se transforma en ideología y pierde así su funcionalidad epistémica.

¿Por qué sostenemos que *Dobbs*<sup>(2)</sup> es una muestra de esa puesta en crisis? Porque, a favor o en contra de lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Dobbs* es la muestra palpable de una forma de concebir el derecho antidiscriminatorio que es paradójicamente, y al mismo tiempo, su contradicción.

Es decir, que *Dobbs* revela un agotamiento discursivo y las inconsistencias a las que lleva una forma de concebir la igualdad que se enreda en sus propias palabras<sup>(3)</sup>. De ahí que, frente al “*linguistic turn*” o giro hacia lo textual propio del nuevo derecho antidiscriminatorio, crecientemente se comience a replantear la necesidad de un “*empirical turn*” o, más bien, pensamos nosotros, en un giro pragmático<sup>(4)</sup> que reconduzca al derecho discriminatorio a su finalidad originaria: la máxima universal de la primacía de la persona y el carácter secundario del derecho, y la vinculación entre ambos por vía del reconocimiento intransigente de esa primacía de la persona y de sus consecuencias en la vida social.

## 2. La génesis de la *Critical Social Justice*, fuentes y problemas

Es difícil conceptualizar un movimiento que es multifacético y pleno de matices en pocas líneas. Sin embargo, a riesgo de simplificar demasiado, y siguiendo a algunos de sus principales teóricos, algo se puede decir.

### 2.1. Una definición

Un libro de referencia aporta la siguiente definición de *Social Justice*:

“La *Social Justice* es necesariamente amplia e inclusiva de estudios históricos y críticos”<sup>(5)</sup>.

“El estudio de la *social justice* debe atender a cuál sea el significado de la justicia y si acaso la justicia es accesible o no dentro de una variedad de contextos sociales. Como seres humanos, existimos necesariamente en contextos sociales”.

“Discernir si esos mundos son justos es una tarea compleja. En una primera aproximación, estudiar la *social justice* debe comenzar con un examen acerca de cómo surgen concepciones hegemónicas y no hegemó-

(1) Como explicamos más abajo, mantenemos el inglés para diferenciarlo de la Justicia Social, que tiene otro significado en la cultura nacional argentina.

(2) 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.).

(3) El “*rights talk*” tan denunciado por Mary Ann Glendon en Glendon, M. A., *The Rights Talk. The impoverishment of all political discourse*, New York, Free Press, 1993.

(4) O’Cinneide, C. y Liu K., “Defining the limits of discrimination law in the United Kingdom: Principle and pragmatism in tension”, *International Journal of Discrimination and the Law*. 2015;15(1-2):80-100. doi: 10.1177/1358229114558544.

(5) Conservamos el original inglés deliberadamente, para diferenciarlo del concepto de justicia social, que tiene otra valencia en Argentina.

nicas de la justicia, acerca de cómo son selectivamente institucionalizadas, y cómo se aplican formal e informalmente, qué personas y/o grupos son privados de sus mandatos formales; y, finalmente, como corregir esas desviaciones”<sup>(6)</sup>.

### 2.2. La empatía con los grupos marginados, un punto de partida

La *Critical Social Justice Theory* (CSJT, en inglés, para no confundirla con la justicia social, así como se entiende en Argentina) tiene, como punto de partida, de una parte, una empatía y sensibilidad con los grupos más marginados en la vida social, que es sumamente loable. Es muy importante la referencia a los grupos, pues no se trata de identidades individuales, sino de políticas de identidad diferencial grupal. De otra parte, la afirmación, no comprobada, de que el sistema internacional de los derechos humanos sostiene involuntaria o voluntariamente siempre formas invisibles de privilegio y discriminaciones estructurales y que por ello está herido de origen.

### 2.3. La importancia del pensamiento de Bourdieu y la discriminación sistémica o estructural

Las teorías del sociólogo Pierre Bourdieu fueron esenciales para esta deriva. Bourdieu habla de una discriminación invisible, sistémica y estructural que no permite que el debate democrático discurra en términos paritarios<sup>(7)</sup>. El debate parece democrático, pero en realidad es una apariencia, porque esconde formas drásticas de disparidad que resultan invisibles porque son generalmente aceptadas. El aporte de Bourdieu es agudo e innegable, pero ¿era lícito absolutizarlo sin más?

La opción por la absolutización de la teoría de Bourdieu pone en cuestión todo discurso sobre los derechos humanos y pone en crisis el sistema de protección de derechos universal que se afianza desde la posguerra.

Si todo discurso sobre los derechos humanos está radicalmente transido de privilegios hegemónicos, eso significa inevitablemente poner en duda no solo los derechos humanos declarados, pactados y convenidos, sino también cualquier nuevo discurso sobre los derechos humanos que también podría estar viciado de origen por nuevas hegemónicas, incluso las que la CSJT considera aceptables o correctas. Cada nuevo privilegio tendrá su propio impacto cultural y teñirá con su hegemonía su producción en materia de derechos humanos.

Es decir, es una teoría que, absolutizada, se vuelve contra sí misma. No parece reflejar el propósito de Bourdieu, quien más bien parece haber querido señalar formas de desigualdad que requerían conciencia, no la de la deconstrucción total del sistema. La visión deconstructivista y antisistémica es siempre autofagocitaria.

### 2.4. Nancy Fraser y la importancia de acentuar la “diferencia”

Otra gran fuente de la CSJT es Nancy Fraser, quien, tomando elementos de Bourdieu y de las teorías críticas de la escuela de Fráncfort formuló una teoría integrada de la justicia<sup>(8)</sup>. Su punto de partida es un abordaje del derecho antidiscriminatorio acentuando la “diferencia” por sobre la igualdad, apoyada en una crítica a las teorías del reconocimiento del canadiense Charles Taylor y el alemán Alex Honneth<sup>(9)</sup>. Fraser señala la necesidad de acentuar y reconocer la diferencia por sobre la igualdad, pues habría un impacto desproporcional de las políticas de la igualdad por la discriminación invisible estructural si no se visibilizara y acentuara la diferencia<sup>(10)</sup>.

(6) Capeheart, L., “Introduction”, en Capeheart, L. y Milovanovic, D. (ed.) *Social Justice. Theories, Issues and Movements*, New Jersey, Rutgers University Press, 2007, pp. 1-2.

(7) Sobre todo en Bourdieu, P., *La Distinction. Critique Sociale du Jugement*, Paris, Les Editions de Minuit, 1979. La ilación con la CSJT es propuesta por Lovell, T. (ed.), *(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice. Nancy Fraser and Pierre Bourdieu*. Londres, Routledge, 2007. Véase el desarrollo de los conceptos marco del libro, especialmente.

(8) Fraser, N. y Honneth, A., *Redistribution and Recognition*, New York, Verso, 2003, pp. 110 y ss. Y Lovell, *(Mis) recognition...*, cit., pp. 66 y ss.

(9) Aquí es necesario ver Honneth, A., *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, MIT University Press, 1995.

(10) Lovell, T., *(Mis)recognition...*, cit. Véase también Capeheart, L. y Milovanovic, D. (ed.), *Social Justice. Theories, Issues and Movements*, New Jersey, Rutgers University Press, 2007, pp. 125 y ss., que mencionan también a Gilles Deleuze, Richard Rorty y Jean-François Lyotard.

### 2.5. El lenguaje como instrumento de grupos hegemónicos. La importancia de la policía de las palabras como medio para erradicar la discriminación estructural

Fraser incorpora también los aportes del “*cultural turn*” o “*linguistic turn*” del posestructuralismo<sup>(11)</sup>, especialmente de Jacques Derrida<sup>(12)</sup>. A diferencia de otras corrientes de derecho antidiscriminatorio (tomando elementos, pero también apartándose de la escuela de Fráncfort), llama a no reducir el problema de la discriminación a explicaciones meramente económicas, sino a integrar la idea de una discriminación estructural y sistémica que suponga un análisis de las estructuras lingüísticas.

El lenguaje plasma una forma de entender la vida social, y si esta vida social está impregnada de las distinciones invisibles de Bourdieu, entonces es necesaria una crítica del lenguaje, principal herramienta de la cultura.

Es así como la CSJT incorpora como herramienta la policía del lenguaje: una revisión siempre recomenzada de los giros lingüísticos, tratando de escrutar dónde puede estar escondiéndose una discriminación velada. Como consecuencia, una pieza clave de la CSJT es la vigilancia del lenguaje, ya sea creando nuevas expresiones más sensibles a y empáticas con los grupos invisibilizados o marginados, que da lugar al desarrollo del lenguaje inclusivo; ya sea denunciando los usos que considera discriminatorios.

### 2.6. Respeto de la “identity politics” y las teorías del reconocimiento social y grupal

Ya aquí, hay otro tanto para acotar. El reconocimiento social, así como lo planteaba Charles Taylor<sup>(13)</sup>, en el marco de su sensibilidad al contexto multicultural canadiense, o Alex Honneth, con su propio contexto de la escuela de Fráncfort, contiene en sí una idea valiosa que se recibe en el sistema universal de derechos humanos: la del reconocimiento. Esa idea del reconocimiento está presente en varias formulaciones. Por ejemplo, la idea del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la prohibición de toda discriminación al respecto<sup>(14)</sup>.

La mayoría de los Preámbulos de Declaraciones, Pactos y Convenciones parte de la idea del “reconocimiento” de la igual dignidad y de otros atributos de la persona humana<sup>(15)</sup> que pueden considerarse prejurídicos, preexistentes al derecho y, por ello, inalienables. Algo que, veremos, entra en crisis si el mismo concepto de persona humana o los grupos sociales a que refieren los tratados son objeto de una deconstrucción lingüística del derecho formulada por grupos hegemónicos viejos o nuevos.

Por otra parte, si bien el acento en la diferencia es algo sumamente valioso, pone en crisis la universalidad de los derechos y la dimensión personal-social del ser humano. La “*identity politics*”, como señala el académico francés Amin Maalouf<sup>(16)</sup>, es no solo levantar a grupos que se autoexcluyen recíprocamente en un conflictivismo social y jurídico que se inflama (y que aleja de la igualdad), sino, también, poner al individuo en conflicto con su propia riqueza plural de la propia identidad, que lo hace único, y desmembrarlo para disolverlo en anonimato de varios grupos identitarios, eventualmente opuestos. Así, una mujer pobre e indígena, debería oponerse al feminismo de clase media alta que no la representa. Por otro lado, se provoca una fragmentación al infinito en los mismos movimientos antidiscriminatorios.

### 2.7. Interseccionalidad y fragmentación

Es la tesis que está en la raíz de la interseccionalidad<sup>(17)</sup>. La interseccionalidad tiene muchos méritos, entre ellos,

(11) Sobre esto, Lovell, T. (ed.), *(Mis)recognition...*, cit., p. 15.

(12) Aunque el mismo Derrida explica que su noción de “*il n’y a pas de hors-texte*” es bastante más profunda e implica una narratividad de lo real en la inteligencia humana, más que una reducción de lo real a la narración. Véase Derrida, J. y Nielsberg, J. A., “Entretien avec Jacques Derrida - Penseur de l’événement”, *L’Humanité* 28 janvier, 2004. (Agradecemos al padre Cristián Ramírez, antiguo profesor de la casa, habernos llamado la atención sobre este reportaje).

(13) Taylor, C., “The politics of recognition” en Taylor, C. (ed.), *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*, New Jersey, Princeton University Press, 1994, pp. 25 y ss.

(14) Art. 6, DUDH; art. 16, PIDCP; art. 3, CADH. La DADDH en el art. XVII dice que toda persona tiene derecho a que se la tenga por sujeto de derechos y obligaciones. Pero también sostiene en su preámbulo que “*todos los hombres nacen libres e iguales*”.

(15) Por ejemplo, DUDH, PIDCP, PIDESC, CIDN, DADDH, CADH, entre muchos otros.

(16) Maalouf, A., *Identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, pp. 16 y ss.

(17) Crenshaw, K., “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, *43 Stan. L. Rev.* 1241 (1990-1991).

el más importante es haber captado la discriminación múltiple. Sin embargo, la interseccionalidad exacerbada plantea dificultades. Ahí se manifiestan los riesgos de un derecho antidiscriminatorio que tienda a crear nichos de adversarialidad social sobre la base de antagonismos basados en la explicación conflictivista de la historia (que es una de muchas teorías explicativas de lo social, no la única). Puede terminar reforzando la lógica del “ghetto” y no la búsqueda de una interacción social crecientemente igualitaria, que ha constituido el norte de todos los tratados de derechos humanos. Puede victimizar, en lugar de reforzar la integración igualitaria y así se aleja del objetivo utópico que persigue la misma teoría.

Es, otra vez, el problema de la desmesura de la teoría. Advertir la diferencia, reconocerla y fortalecer a sujetos vulnerables es un aporte sumamente valioso. Incluso a través de una saludable crítica del lenguaje. El exceso se puede ver en un ejemplo: el de las paradojas de la desmesura. Entre quienes perciben un patriarcado omnipresente y recurren a la policía del lenguaje, que deriva, en algunos casos, en una deconstrucción del lenguaje consistente en borrar la diferencia sexual<sup>(18)</sup>. Este mecanismo invisibiliza a las mujeres que el patriarcado venía a oprimir, ahogando su lucha. Conlleva necesariamente una autodestrucción de la misma lucha antidiscriminatoria: la invisibilización de la mujer no es la invisibilización de todos por igual y el arribo a una sociedad igualitaria: es un mito que deja sin respuesta a miles de desigualdades subsistentes<sup>(19)</sup> y sacrifica a la mujer real en el altar de la narrativa<sup>(20)</sup>.

### 2.8. Aspectos epistémicos: posmetafísica y posestructuralismo

Por último, siempre aportando apenas unos pocos trazos de una teoría muy compleja y matizada, otra de las fuentes de la CSJT es precisamente el relativismo posmetafísico de la posmodernidad. La idea de fondo es importantísima por la repercusión que tiene en el ámbito académico. Sus lineamientos principales se expresan transparentemente en la siguiente cita de Roy Bhaskar:

“Doy considerable importancia a la distinción entre el principio de ‘relatividad epistémica’, es decir que todas las creencias son producidas socialmente, y por eso el conocimiento es transitorio y no existen valores de verdad o criterios de racionalidad fuera del tiempo histórico; y, la doctrina de la crítica relativista, que sostiene que todas las creencias son igualmente válidas, en el sentido de que no hay motivos racionales para preferir una por sobre otra”<sup>(21)</sup>.

El conocimiento es transitorio, “las creencias son producidas socialmente” y no existen valores de verdad, según la realidad epistémica; o la teoría crítica relativista, en la que “no hay motivos racionales para preferir una teoría sobre otra”. Un conocimiento epistémico que no tiene un criterio de validación y que se entiende como una producción social es un producto también político, y por eso susceptible a lo hegemónico. De ahí que, en la CSJT, la producción sistémica sea catalogada a dos lados: quienes adhieren y quienes discrepan. Quienes discrepan son quienes se oponen y son sospechados. La ciencia es más una cuestión de creencia que de debate.

### 2.9. La hermenéutica de la sospecha hegemónica frente a la crítica

Si bien las teorías de Bhaskar representan una crítica al posestructuralismo en las ciencias sociales y un intento de reconducir la ciencia al “realismo” (crítico), la posibilidad de elegir criterios y valores de verdad no existentes más allá de un contexto histórico y sin referencia objetiva, se tradujo en un tropo de la metodología de las ciencias

(18) Escribimos sobre esto en nuestra nota de opinión Basset, U. C., “‘Todes’ nos invisibiliza a todas, *La Nación*, Buenos Aires, 2021, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/todes-nos-invisibiliza-a-todas-nid02092021/> (fecha de consulta: 23/7/2022).

(19) Lorber, J., “Using gender to undo gender. A feminist degendering movement”, *Feminist Theory*, Londres, 2000, p. 79 y ss.

(20) Witt, C., *The Metaphysics of Gender*, New York, Oxford University Press, 2011, p. xi y ss. del prefacio. La autora, mientras escribía su libro, tomó la costumbre de preguntar a sus colegas sobre su propio género (filósofos en general). La conclusión que extrajo de las respuestas es la siguiente: “It is hard to resist thinking about a question that both has an obvious answer and ought not be asked, that is both politically suspect, and not a philosophical question at all”.

(21) Bhaskar, R., *Scientific Realism and Human Emancipation*, Bristol, Verso, New Left Books, p. 72 (la traducción es nuestra).

sociales como un problema del discurso hegemónico<sup>(22)</sup>. Integrando esta dimensión epistemológica de la CSJT con los descriptores anteriores, la teoría crítica se transforma en indiscutible. Cualquier discusión o contradicción a la CSJT despierta lógicamente la sospecha de estar inficionada de una matriz de “privilegio” que la informa. Es la hermenéutica de la sospecha, de la que hablaba Umberto Eco<sup>(23)</sup>. La teoría se cierra, así, sobre sí misma y se transforma en inexpugnable. Si A afirma que la teoría es cuestionable, luego A es cuestionable. Cualquier crítica será demolida con un argumento, que en realidad es una falacia lógica: la falacia *ad personam*.

Vemos así que los postulados básicos de la CSJT tienen sugerencias valiosas para el derecho antidiscriminatorio, pero su desmesura tiene consecuencias por las que paga un precio demasiado alto: embrionariamente contiene un impulso autodeconstructivo y, en definitiva, autodestructivo.

## 3. Algunos problemas de la *Critical Social Justice Theory*

Últimamente, se han consagrado diversos ensayos a analizar el impacto de la *Social Justice*. Una de las críticas de más impacto fue la obra de Helen Pluckrose y James Lindsay<sup>(24)</sup>. Los autores hacen un profundo análisis de las teorías críticas. Vale la pena señalar algunos aspectos que interesan. Para ambos autores, la teoría crítica es esencialmente una teoría posmoderna, que se basa en un principio científico y en un principio político.

### 3.1. El principio científico de la CSJT

El principio científico es el escepticismo radical acerca de la posibilidad de conocer y un compromiso con el constructivismo cultural. Este movimiento priva de la validación al conocimiento científico y lo vincula con movimientos de poder académico.

Por otra parte, conceptos como el de “injusticia epistémica”<sup>(25)</sup>, “opresión epistémica”<sup>(26)</sup> y “justicia epistémica”<sup>(27)</sup> como virtud institucional han sido proyectados, luego, para analizar grupos identitarios que deberían ser favorecidos en ciertos ámbitos académicos. Desde luego que estos desarrollos son enormemente valiosos y aplicables en todo ámbito y para toda forma de exclusión o injusticia científica.

Este principio también se presta a expresiones desmesuradas. En su libro *The Epistemology of Resistance*, José Medina entiende que los científicos que pertenecen a determinados grupos privilegiados están “*epistemically spoiled*” (epistemológicamente estropeados). Pertenecer a un grupo oprimido es, en cambio, “epistémicamente virtuoso” pues aporta por definición humildad, curiosidad y diligencia y apertura<sup>(28)</sup>. José Medina habla desde las teorías poscolonialistas.

Finalmente, es difícil estar en desacuerdo con la Teoría. Barbara Applebaum, una pedagoga, escribe “[e] mero hecho de que alguien cuestione la existencia de la opresión sistémica es una función de su privilegio, que los lleva a elegir ignorar las discusiones en torno a la violencia sistémica o no”<sup>(29)</sup>.

### 3.2. El principio político de la CSJT

El principio político tiene cuatro temas: la convicción de que la sociedad está formada por sistemas de poder y jerarquías que deciden quién puede conocer y qué puede

(22) Así en Fraser, por ejemplo. Véase Lovell, *(Mis)recognition...*, cit., p. 4.

(23) Eco, U., *I limiti della interpretazione*, Milano, La Nave de Teseo, 2016, p. 130. Allí habla de la “*interpretazione sospettosa*”. También Ricoeur, P., *De l'interpretation. Essai sur Freud*, Paris, Editions du Seuil, 1965, habla del trío de la “*école du soupçon*”. Son maestros de la sospecha Marx, Nietzsche y Freud, cuyas teorías impiden toda crítica, porque incorporan la hermenéutica de la sospecha, que las coloca más allá del alcance de toda contradicción.

(24) Pluckrose, H. y Lindsay, J., *Cynical Theories*, Durham, Pitchstone Publishing, 2020.

(25) Frick, M., *Epistemic Injustice. Power and Ethics of Knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

(26) Dotson, K., “Conceptualising Epistemic Oppression”, *Social Epistemology A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, Volume 28, 2014 - Issue 2.

(27) Anderson, E., “Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions”, *Social Epistemology A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, Volume 26, 2012 - Issue 2: Epistemic Injustice.

(28) Medina, J., *The Epistemology of Resistance. Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 30-32.

(29) Applebaum, B., cit. en Pluckrose, L., *Cynical...*, cap. 8.



conocerse, el poder del lenguaje, el relativismo cultural y la pérdida del individuo y de los universales<sup>(30)</sup>.

### 3.3. Cuatro aspectos que impactan en el fallo *Dobbs*

Este elenco de cuestiones y problemas de la CSJT deriva en al menos cuatro cuestiones que impactan en el fallo *Dobbs*:

- *Desplazar a las ciencias jurídicas de su referente de validación*, y transformarlas en instrumentos de poder en manos de grupos hegemónicos.

- *Generar un énfasis en la victimización* a través de explicaciones con pretensión de totalidad (ideologías), que parten del presupuesto absoluto de la opresión y el conflicto de grupos.

- *Establecer una primacía de lo discursivo* (del signo lingüístico y su articulación) por sobre el denotado (la persona humana) en los derechos humanos. Como el lenguaje es una herramienta de poder cultural, el reconocimiento depende de la deconstrucción hegemónica, y no de un paso atrás del derecho frente a la dignidad preexistente del ser humano y de los grupos sociales prejurídicos.

- *Creación de guerras culturales*. Una necesaria ruptura de la amistad social y del lenguaje común, que es percibido con la hermenéutica de la sospecha.

## 4. Por qué en Argentina muchas de estas ideas impregnan acriticamente la reflexión jurídica

La reflexión jurídica en Argentina está invisiblemente impregnada de estas ideas, constituyéndose así la Teoría en un nuevo discurso hegemónico privilegiado.

Muchas de las capacitaciones obligatorias que deben realizarse en ámbitos oficiales son epistemológicamente “injustas”, pues presentan a la CSJT y sus derivados no como una teoría que deba someterse al debate y crítica, frente a otras alternativas, sino como una verdad única a la que debe adherirse indiscutidamente. Por eso, los críticos de la Teoría se refieren a ella como un credo. Si no se responde a los cuestionarios con las respuestas de adherencia, no es posible aprobar capacitación y los funcionarios quedan fuera de carrera.

Este dato no es un dato a celebrar por sus proponentes. En forma invariable, los sistemas epistémicos cerrados, terminan causando un efecto rebote silencioso, al principio, y luego explícito.

## 5. El fallo *Dobbs* y sus inquietantes sugerencias para un derecho antidiscriminatorio acrífico

En esta sección, sobre la que el lector puede guardar un cierto escepticismo o desconcierto, se proponen tres ataques:

- El primero, a partir del *principio científico*, pensar las paradojas argumentales del fallo, en el que el voto de la mayoría inviste algunos argumentos que parecen tomados de argumentaciones relativistas para contrariar argumentos de la Teoría Crítica, que es epistémicamente relativista y relativista crítica.

- El segundo, a partir del *principio político* de la CSJT recorrer en un breve elenco de reacciones, el impacto político del fallo, especialmente la crítica a la mayoría conservadora, la radicalización de posiciones y la acusación de que el fallo abre una guerra cultural en Norteamérica.

- El tercero es simplemente un *balance personal*, que lleva a concluir que, a partir de la misma estructura lógica argumentativa de la Teoría Crítica, tal vez sea la Teoría Crítica la que hoy incurra en discursos hegemónicos discriminatorios. No obstante, por su misma dinámica, es incapaz de advertirlo.

### 5.1. A partir del principio científico, las paradojas del voto de la mayoría, las peculiaridades del voto de la minoría

El fallo *Dobbs* aparece, en una primera lectura, como una conquista en la lucha por el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano en el estado de Mississippi, toda vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos entiende que está dentro de la potestad de cada estado regular el acceso al aborto, ya que no hay un derecho al aborto bajo la Constitución de los Estados Unidos. Resulta, por tanto, legítima la medida que restringe la mayoría de los abortos después de las 15 primeras semanas de embarazo.

Lo curioso es que la opinión de la mayoría rehúsa pronunciarse sobre el derecho a la vida del ser humano no nacido (aunque es verdad que le da entidad al argumento del sufrimiento fetal a partir de la semana 15, expresado por un testigo experto, y a la vida potencial o fetal). Pese a ello, ha sido fuertemente resistido por grupos pro aborto.

El nuevo precedente sostiene que cada estado puede decidir por vía de votación cómo regular la cuestión. El voto mayoritario desliza en sus argumentos, parecería que no sin un dejo de ironía, que las mujeres son votantes más comprometidas que los hombres, y que por eso está en sus manos decidir cómo se regulará el aborto en cada estado. Este poder político de la mujer (probablemente menos palpable en 1973, cuando se decidió el caso *Roe*<sup>(31)</sup>, que ahora se revierte), no parece haber traído serenidad a los grupos pro aborto. Ni siquiera cuando una reciente encuesta de Gallup de 2022 en Estados Unidos informa que el 61% de las mujeres se identifican como “*pro choice*” mientras que apenas un 33% de ellas se identifica como “*pro vida*”<sup>(32)</sup>.

En cuanto a los derechos de las mujeres, el voto de la mayoría parece extremadamente cuidado, y redactado con guiños a la Teoría Crítica. Por ejemplo, al citar tres precedentes que fueron revocados por la Corte con anterioridad al fallo *Roe*, comienza por la referencia al fallo *Brown v. Board of Education*, el fallo de 1954<sup>(33)</sup>, que fulminó la potestad de los Estados de mantener escuelas con segregación racial bajo la doctrina del *separate but equal*, revocando el precedente que regía la materia (*Plessy v. Ferguson*<sup>(34)</sup>) desde 1896.

La mayoría encuadra, siguiendo a *Roe*, la cuestión a decidir bajo el derecho a la libertad de la mujer<sup>(35)</sup>, y no bajo el derecho a la no discriminación (*Roe* tampoco lo hacía). El disenso de Breyer, Sotomayor y Kagan tiene un tono fuerte. Comienza diciendo que, hasta este momento, el estado no había expropiado de la mujer el derecho a decidir (el aborto del hijo). La mayoría, sin embargo, le da a la mujer el derecho a decidir con su voto en cada estado, considerando a la mujer un sujeto político poderoso (como vimos en las estadísticas de Gallup). La minoría, en cambio, considera que el aborto debe estar pre-decidió por los jueces en su fallo<sup>(36)</sup>. Un paternalismo involuntario, en algún sentido.

Otro interesante guiño a la Teoría del voto mayoritario es el plural que niega los universales, tan difundido en nuestro ámbito local<sup>(37)</sup>. La mayoría dice que es difícil hablar del efecto de aborto en la mujer, porque hay muchas mujeres. La referencia a la interseccionalidad y su fragmentación está implícita. Los distintos casos apelan a las Cortes para que examinen el efecto en las mujeres “pero la regulación puede tener un impacto muy diferenciado en las diversas mujeres por una variedad de razones incluyendo el lugar de residencia, los recursos financieros, las situaciones familiares, el trabajo, las obligaciones personales, el conocimiento sobre el desarrollo fetal y el aborto, la disposición psicológica y emocional y la firmeza de su propósito de llevar a cabo el aborto”<sup>(38)</sup>. La Corte no está en condiciones de decidir cuándo el impedimento al aborto es sustancial, porque no sabe sobre qué mujeres está decidiendo... Adviértase el énfasis en conceptos que venimos de estudiar, y que son de la Teoría: el énfasis en la diferencia y en la fragmentación de las mujeres, y la negación de los universales. Mientras que la minoría enfatiza los casos más dramáticos en los que la mujer entra en conflicto con su embarazo, dando por sentado que con el fallo de la Corte el giro de la democracia llevará a regulaciones más restrictivas. En una cosa tienen razón

(31) 410 US 113 (1973).

(32) Véase: Gallup, “Abortion Trends by Gender”, mayo 2022, disponible en <https://news.gallup.com/poll/245618/abortion-trends-gender.aspx> (fecha de consulta: 23/7/2022).

(33) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

(34) 163 U.S. 537 (1896).

(35) “*With this new theory addressed, we turn to Casey’s bold assertion that the abortion right is an aspect of the ‘liberty’ protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*”, *Dobbs*, p. 11.

(36) “*The point of a right is to shield individual actions and decisions from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts*”, *Barnette*, 319 U.S., at 638; *supra*, at 7. “*However divisive, a right is not at the people’s mercy*”, *Dobbs*, disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 32. El aborto no es “democrático”, según este criterio.

(37) “*Infancias*”, “*familias*”, “*discapacidades*”...

(38) De la opinión de la mayoría en el fallo *Dobbs*, p. 58 (la traducción es nuestra).

(30) Pluckrose, L., *Cynical...*, cit., cap. I.

mayoría y minoría. Según el Guttmacher Institute, hacia el 2014, el 75% de las mujeres que se practicaban abortos lo hacían en un contexto de falta de recursos: eran pobres o muy pobres<sup>(39)</sup>. Es verdad que el aborto golpea más en la pobreza. Son los pobres los que no tienen hijos con las legislaciones liberales.

Valdría la pena seguir con varios párrafos contrastados. Es imposible continuar un análisis de esa profundidad en una contribución que es ya demasiado larga. En todo caso se advierte ya que la Teoría resultó un arma de doble filo, y no es seguro que eso sea una buena noticia para ninguna de las dos caras de la moneda.

### 5.2. El principio político de la Teoría: las acusaciones cruzadas

Entre las acusaciones que sufrió el fallo de la mayoría, fue resonante la que acusó a los jueces de ceder a presiones políticas. Con cita del precedente *Planned Parenthood v. Casey* (1992)<sup>(40)</sup>, el disenso minoritario de Breyer, Sotomayor y Kagan recuerda que “[u]na decisión que revocara *Roe* sería percibida como hecha ‘bajo fuego’ y como ‘rendirse ante la presión política’<sup>(41)</sup>. Esa nos parece una buena descripción”. Rápidamente se fuga el discurso distrayendo la atención sobre una acusación que no se le escapa a nadie: la minoría no cree que la mayoría haya respetado la ley con su voto, sino que obra por “presión política” de poderes hegemónicos (la minoría provida, carácter minoritario que quienes están a favor del aborto no dejan de recalcar). Lo curioso es que el voto minoritario ahora defiende sostener el *stare decisis* cuando en otros casos favorece una interpretación innovadora, sobre todo cuando se trata de ampliar derechos. Una minoría que se vuelve conservadora del estado de cosas.

La acusación de una guerra de culturas resulta de la mayoría de los diarios, en general alineados con el voto de la minoría. Es, sin embargo, muy interesante la recopilación de opiniones que hace uno de los *blogs* más influyentes de Estados Unidos, el *Político*. Entrevista a referentes de ambos lugares de la grieta y a posiciones intermedias. La mayoría de quienes se oponen al *holding* de *Dobbs* acusan a la mayoría de la Corte de haber abierto una herida profunda en la sociedad norteamericana<sup>(42)</sup>. Algunos incluso señalan que los grupos provida no estarán tranquilos hasta que el aborto resulte prohibido.

Es curioso, porque lo mismo sucede de la parte favorable al aborto, que pujó hasta obtener un “derecho al aborto” y puja permanentemente por eliminar toda restricción. Es remarcable que Ruth Bader Ginsburg, la famosa jueza de la Corte Suprema, que activamente defendió los derechos de la mujer y que era públicamente favorable al aborto, hubiera lamentado *Roe*: “Mi crítica hacia *Roe* es que pareció haber detenido un momento de cambio”, dijo Ginsburg. Ella hubiera preferido que los “derechos al aborto” se hubieran asegurado más gradualmente, en un proceso que incluyera las legislaturas y las cortes<sup>(43)</sup>.

(39) Guttmacher Institute, “Abortion Patients More Likely to be Poor in 2014 than in 2008”, 10/5/2016, disponible en <https://www.guttmacher.org/news-release/2016/abortion-patients-more-likely-be-poor-2014-2008> (fecha de consulta: 27/7/2022).

(40) 505 U.S. 833 (1992).

(41) *Dobbs*, disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 56.

(42) Véase “20 Ways the Supreme Court Just Changed America”, *politico.com*, 25/6/2022. Disponible en <https://www.politico.com/news/magazine/2022/06/25/post-roe-america-roundup-00042377> (fecha de consulta: 23/7/2022).

(43) Véase el reportaje que se le hiciera en la Universidad de Chicago con ocasión de los 40 años de *Roe*: Heagney, M., “Justice Ruth Bader Ginsburg Offers Critique of *Roe v. Wade* During Law School Visit”, *The University of Chicago Law School*, 15/5/2013, disponible en <https://www.law.uchicago.edu/news/justice-ruth-bader-ginsburg-offers-critique-roe-v-wade-during-law-school-visit> (fecha de consulta: 23/7/2022).

### 5.3. Unas palabras de conclusión: la Teoría y la hegemonía

Nadie duda, porque es contra el sentido común hacerlo, que lo que engendran dos células reproductivas humanas que se unen es un ser que pertenece a la especie humana, es decir, un ser humano. De acuerdo con el art. 6 de la DUDH y el 16 del PIDCP, todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de la personalidad jurídica. Un ser humano, después de las tragedias de las grandes guerras, tiene siempre, en todas partes, sin excepción, derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y por eso, el acceso a la ciudadanía en derechos humanos.

Que no se le reconozca personalidad jurídica al ser humano durante el período de gestación, simplemente porque está en el vientre materno, es decir que no se le reconozca ciudadanía en materia de derechos humanos, obedece sencillamente al privilegio adulto: los adultos se arrogan el derecho, que delegan en las madres, de decidir cuáles de esos seres humanos tienen su vida protegida por el derecho y cuáles no. Es una cuestión de sencillo poder hegemónico deconstructivo de una cláusula jurídica de protección que no deja lugar a duda en cuanto a su literalidad.

Si a eso le sumamos los aportes de la interseccionalidad, sabemos que determinados grupos abortan más que otros y deciden menos que otros. La misma ley que se funda en el derecho a decidir no deja decidir, pues deja a la mujer sin opciones (los efectos tienen prohibido ofrecérselas, bajo las mayores amenazas de penas)<sup>(44)</sup>. Un cierto feminismo radical tiene ante los ojos un solo tipo de mujer y no las muchas mujeres. No es interseccional. Es el feminismo que tiene privilegios que hace valer, generalmente privilegios asociados a una clase social y un estatus. En su discurso, las otras mujeres son valiosas herramientas discursivas, pero rara vez tienen derechos reales. El caso más palpable es el de Tartagal, en donde una mujer se negó a que le practicaran un aborto, la médica lo practicó contra la voluntad de la madre, la niña nació viva y apareció muerta en un desecho. La médica, hoy acusada penalmente, es defendida por movimientos feministas. La madre, sola, sin su hija, pobre y marginada, no tiene voz.

El problema de la Teoría es que fracasa por sus mismos presupuestos. No solo porque puede ser un recurso válido para contradecirse a sí misma, como lo prueba el fallo *Dobbs*, sino, sobre todo, porque se olvida del sentido mismo de los derechos humanos, que es la protección de todo ser humano sin discriminación de ningún tipo, ni siquiera la del hecho de haber nacido o no. Más bien al contrario, a mayor dependencia, mayor deber de protección.

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

offers-critique-roe-v-wade-during-law-school-visit (fecha de consulta: 23/7/2022).

(44) Ley 27.610, B.O. 15/1/2021.

# La Corte Suprema de los Estados Unidos devuelve a los estados la facultad de legislar sobre el aborto

por ALBERTO B. BIANCHI<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. PLANTEO. – II. UNA BREVE SÍNTESIS DE PRECEDENTES. – III. EL CASO *DOBBS*. A. LA EVOLUCIÓN CONSERVADORA DE LA CORTE. B. LA CUESTIÓN PLANTEADA. C. LOS VOTOS DE LA MAYORÍA. 1. Alito. Una pieza de doctrina sobre el *stare decisis*. 2. Thomas. Una *footnote* sobre el debido proceso. 3. Kavanaugh. El énfasis por la neutralidad de la Constitución. 4. Roberts. Al borde de la disidencia. D. EL VOTO DE LA MINORÍA. NIHIL NOVUM SUB SOLE. E. EN SÍNTESIS. – IV. ALGUNAS REFLEXIONES PERSONALES. A. LOS EFECTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS. B. STARE DECISIS Y ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO. C. LOS EFECTOS EN LA ARGENTINA. – V. CONCLUSIONES.

## I. Planteo

Hace casi cincuenta años, en *Roe v. Wade*<sup>(1)</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que el derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente su embarazo –con las limitaciones que surgen del fallo– tenía fundamentos directos en la Constitución. A partir de entonces, muchas leyes estatales que prohibían, o bien, regulaban el aborto en forma diferente a lo decidido en *Roe*, fueron declaradas inconstitucionales.

Esta decisión ha sido modificada en el reciente caso *Dobbs v. Jackson*, del 24 de junio de 2022<sup>(2)</sup>, donde –por mayoría– el Tribunal resuelve que el aborto debe ser regulado por la legislación de cada estado. En opinión del *Justice* Alito, cuyo voto lidera la mayoría, (a) la Constitución no protege el derecho a abortar<sup>(3)</sup> y (b) es preciso de-

volver la cuestión del aborto a los representantes electos del pueblo<sup>(4)</sup>.

Analizado sin apasionamientos, este caso no constituye ni una victoria ni una derrota absoluta para ninguno de los dos bandos en pugna. Ciertamente constituye una importante limitación, en los Estados Unidos, a la matanza de las personas por nacer que *Roe* legalizó con carácter nacional, pero tampoco contiene –lamentablemente– una prohibición para hacerlo<sup>(5)</sup>. En todo caso, esa decisión la tomarán, de ahora en adelante, las legislaturas de los estados, hasta que una eventual mayoría liberal vuelva a controlar la Corte y reaparezca en escena una versión renovada de *Roe*<sup>(6)</sup>.

En síntesis, la regulación del aborto ha cambiado de escala. *Roe* lo había colocado en el orden federal y *Dobbs* la devuelve al orden local. Veamos, entonces, cuáles son los fundamentos de esta sentencia que, como bien podemos ver, no tiene posibilidades de ser replicada por la Corte Suprema argentina, pues el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional lo impide.

## II. Una breve síntesis de precedentes

Brevemente explicado, el desarrollo jurisprudencial sobre el aborto en los Estados Unidos, que corre a través de numerosos casos, tiene tres precedentes centrales antes de *Dobbs*.

El primero de ellos es *Roe*<sup>(7)</sup>, decidido por medio del voto del *Justice* Blackmun con mayoría de 7 a 2<sup>(8)</sup>. Se trataba de un caso planteado, en marzo de 1970, por una mujer soltera y entonces embarazada<sup>(9)</sup> –Jane Roe<sup>(10)</sup>– residente en el estado de Texas, cuya legislación le impedía abortar. Luego de efectuar una extensa reseña histórica del aborto en Inglaterra y los Estados Unidos, el voto de Blackmun concluye que el derecho de una mujer a abortar yace en el derecho a la privacidad o, dicho de otro modo, el impedimento legal a abortar es violatorio de la privacidad de la mujer, a quien se le puede infligir un daño físico y mental si se le impone la carga de continuar con un embarazo y tener un hijo que no desea. El problema de la existencia en el embrión de la persona humana fue resuelto estableciéndose que la Constitución solo protege a las personas que han nacido, ya que no existe protección constitucional para el feto<sup>(11)</sup>, agregando que no era de competencia de la justicia resolver en qué momento se produce el comienzo de la vida humana, especialmente cuando los expertos de todas las disciplinas no se habían puesto de acuerdo en este punto<sup>(12)</sup>.

No obstante, la legalización del aborto no fue absoluta. La Corte intentó hacer un balance entre el *compelling interest* (interés apremiante o imperativo)<sup>(13)</sup> de la mujer

(4) “It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people’s elected representatives”. Ídem anterior.

(5) De hecho, como veremos, el voto del juez Kavanaugh, que integra la mayoría, se esfuerza en poner de manifiesto la neutralidad de la Constitución ante el aborto.

(6) Como veremos en el punto III.A, la historia de la Corte Suprema norteamericana tiene abundantes *corsi e ricorsi* en este sentido, de modo tal que no esperemos que esta decisión sea definitiva. Lo será mientras los republicanos duros sean mayoría, y dejará de serlo, eventualmente, si los presidentes demócratas tienen la oportunidad de reemplazar las vacantes conservadoras con jueces de su partido y obtengan una mayoría en el Tribunal.

(7) Un análisis exhaustivo del caso a través de sus diversas instancias puede verse en Faux, M., *Roe v. Wade*, Mentor Book, New York, 1993.

(8) Votaron en disidencia los jueces Rehnquist y White y concurren, pero con votos separados el entonces *Chief Justice* Burger y los jueces Stewart y Douglas.

(9) Obvio es decir que cuando la Corte decidió el caso la accionante ya había dado a luz, pero el caso no era abstracto, pues fue planteado como una acción de clase.

(10) Su nombre real era Norma McCorvey, pero a los efectos del juicio adoptó ese nombre por consejo de sus abogadas Sarah Weddington y Linda Coffee, pertenecientes a una agrupación feminista, quienes encontraron en Norma una candidata ideal para el caso pro aborto que estaban intentando llevar ante la justicia. Acerca de estos primeros pasos del caso, véase el libro de Marian Faux, citado *supra*, caps. I y II.

(11) 410 U.S. en pp. 157/158.

(12) 410 U.S. en p. 159.

(13) Para un estudio detallado del concepto con que en el derecho norteamericano se maneja el *compelling interest*, véase Barra, R. C., *La Protección Constitucional del Derecho a la Vida*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 95-97, nota 124.

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 FLORIO, 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](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado. Doctor en Derecho. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Premio Konex en Derecho Constitucional, año 2016. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral.

(1) 410 U.S. 113 (1973).

(2) *Dobbs, state health officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, 597 U.S. (2022).

(3) “The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision”. Véase la parte introductoria del voto.

abortante y el del Estado en proteger la vida de un futuro ciudadano. Para ello acudió a la tesis de la viabilidad [*viability*] entendida como la posibilidad del feto de tener vida fuera del seno materno, y determinó –con la misma ausencia de autoridad científica que había acusado para establecer en qué momento comienza la vida humana– que el embarazo debía dividirse en tres trimestres. Durante el primero –época de total ausencia de viabilidad– estableció un derecho pleno de la mujer a abortar sin que el Estado pudiera exigir otra limitación que no fuera la intervención de un médico debidamente habilitado. En el segundo trimestre –con una viabilidad más clara– el Estado, si bien no puede prohibirlo, sí puede poner límites al aborto que sean razonables en función de la salud maternal. En el tercer trimestre el Estado puede prohibir el aborto siempre y cuando el embarazo no comprometa la salud de la madre. Junto con *Roe* fue decidido *Doe v. Bolton*<sup>(14)</sup>, en el cual se declaró inconstitucional una ley de Georgia que de todos modos era más moderna que la cuestionada en el primer caso<sup>(15)</sup>.

El segundo caso es *Webster v. Reproductive Health Service*<sup>(16)</sup>. Desde 1973 *Roe* tuvo que pasar numerosas pruebas judiciales de las cuales resultó airoso<sup>(17)</sup>. Así, pueden mencionarse casos como *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*<sup>(18)</sup> y *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*<sup>(19)</sup>. Sin embargo, hacia fines de la década de 1980 la composición de la Corte había variado sustancialmente en relación con la de 1973 y, fruto de los ocho años de Ronald Reagan en el gobierno, el tribunal había adquirido un tinte más conservador<sup>(20)</sup>, donde sus nuevos miembros –todos republicanos moderados– habían reemplazado sucesivamente a la vieja guardia liberal que había decidido *Roe*<sup>(21)</sup>. No era improbable, entonces, que un nuevo caso de aborto sacudiera la estabilidad judicial de la legalidad del aborto. En este contexto la Corte resolvió *Webster*, donde se cuestionaba la constitucionalidad de una ley de Missouri según la cual la vida humana comenzaba con la concepción y prohibía la asistencia financiera estatal o el uso de instalaciones públicas para el aborto. Sin embargo, con una mayoría de 5-4<sup>(22)</sup>, la Corte falló a favor de la constitucionalidad de la ley, pero sin derogar expresamente a *Roe*. En los votos de Rehnquist, White y Kennedy, se lo criticó fuertemente, pero no se hizo una declaración expresa en el sentido de derogarlo, lo que sí propuso el voto de Scalia. Por el contrario, el voto de Brennan, Blackmun y Marshall lamentaba que la doctrina de *Roe* estaba amenazada<sup>(23)</sup>. Sandra Day O'Connor, si bien votó en la mayoría, se abstuvo de hacer algún argumento sobre la derogación de *Roe*<sup>(24)</sup>.

(14) 410 U.S. 179 (1973).

(15) Esta ley había sido sancionada en 1968, siguiendo el modelo de Código Penal establecido por el American Law Institute, que regía en un 25 por ciento de los estados norteamericanos y poseía un contexto más moderno respecto del aborto que la legislación de Texas que era de 1859.

(16) 492 U.S. 490 (1989).

(17) En este terreno la Corte Suprema libró una gran batalla contra las leyes estatales que limitaban el acceso a un aborto en los términos establecidos en *Roe*. Así, por ejemplo, la exigencia del consentimiento exigida por una ley de Missouri fue declarada inconstitucional en *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976); aun cuando no declaró inconstitucional la no asignación de recursos económicos a los hospitales públicos para practicar abortos dentro de los programas de bienestar social. En este sentido pueden verse tres casos: *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977); *Harris v. McRae* 448 U.S. 297 (1980) y *Rust v. Sullivan* 500 U.S. 173 (1991).

(18) 462 U.S. 416 (1983).

(19) 476 U.S. 747 (1986).

(20) Ronald Reagan designó a Sandra Day O'Connor (1981); Antonin E. Scalia (1986) y Anthony M. Kennedy (1988), todos ellos republicanos. Asimismo, designó *Chief Justice* a William Rehnquist –también republicano– cuando se retiró Warren E. Burger.

(21) El *Chief Justice* Burger, adherente a la mayoría en *Roe* con voto separado, había sido reemplazado por Rehnquist en 1986, quien había votado en disidencia. Sandra Day O'Connor había reemplazado a Stewart que también había apoyado a la mayoría. Douglas había sido reemplazado en 1975 por Stevens –republicano– designado por Gerald Ford y White, autor de la otra disidencia, permaneció en el Tribunal. De modo tal que de la mayoría en *Roe* solo quedaban William Brennan, Thurgood Marshall y Blackmun.

(22) Votaron por la mayoría: el *Chief Justice* Rehnquist, y los jueces Scalia, Kennedy, White y O'Connor. En la minoría votaron los jueces Brennan, T. Marshall, Blackmun y Stevens.

(23) Dicen con cierto aire romántico que “un viento helado sopla” (en contra de *Roe*), 492 U.S. en p. 560.

(24) Este caso sirve para aprender de la experiencia judicial norteamericana. Salvo Scalia que tuvo una posición expresa en favor de la derogación de *Roe*, los otros tres –Rehnquist, White y Kennedy– prefirieron no decirlo, no porque no estuvieran de acuerdo en ello, sino probablemente porque se hallaban en minoría (respecto de este tema) y habrán quedado a la espera de encontrar el caso propicio para

El tercer caso que merece especial atención es *Planned Parenthood v. Casey*<sup>(25)</sup>, una sentencia muy compleja por la forma en que se producen sus votos. Hacia 1992 la situación se había tornado más difícil aún para *Roe*. Dos de sus más encendidos defensores, William Brennan y Thurgood Marshall, se habían retirado de la Corte en 1990 y 1992 respectivamente, y habían sido reemplazados por David Souter y Clarence Thomas ambos de tendencia conservadora, el primero mucho más moderado que el segundo. Con una composición en la que el último bastión de la defensa de *Roe* parecía ser su redactor, William Blackmun, llegó ante la Corte este caso vinculado con la constitucionalidad de una ley de Pennsylvania que establecía una serie de limitaciones al aborto, entre ellas se exigía: (a) que los médicos analizaran con sus pacientes los riesgos del aborto y obtuvieran de ellas su consentimiento por escrito; (b) que la mujer luego de haber dado su consentimiento escrito esperara 24 horas para abortar; (c) que las mujeres solteras menores de dieciocho años debían obtener el consentimiento de por lo menos uno de sus padres, o bien, autorización judicial; (d) que los médicos reportaran cada aborto realizado a las autoridades sanitarias.

*Roe*, sin embargo, habría de sobrevivir una vez más. Con una mayoría de 5 a 4<sup>(26)</sup>, en *Casey* se estableció que todos estos requisitos eran constitucionales –a menos que se tornaran una carga indebida [*undue burden*] para la abortante– pero reafirmó que los estados no podían prohibir el aborto antes de la viabilidad, lo que constituye uno de los pilares de *Roe*, aun cuando el voto de los jueces O'Connor, Souter y Kennedy se pronunció en contra de la división en trimestres. Solamente se declaró inconstitucional el requisito que exigía la prueba de la notificación al esposo previa al aborto, pues se lo consideró un “*undue burden*”.

En síntesis, pese a todas sus vicisitudes, al momento de ser decidido *Dobbs*, *Roe* seguía vigente.

### III. El caso *Dobbs*

#### A. La evolución conservadora de la Corte

Para comprender mejor la larga subsistencia de *Roe* y su progenie, y por qué esta se ha cortado ahora, conviene recordar cómo ha sido la evolución de la Corte Suprema a lo largo del último medio siglo, que va prácticamente de un extremo al otro del arco político norteamericano.

Ya mencioné en el punto anterior que, a comienzos de la década de 1970, dominaba en la Corte una mayoría claramente liberal, cuya gestación había comenzado, casi dos décadas antes, en la época de Franklin D. Roosevelt, con jueces como William O. Douglas (1939-1975), Earl Warren (1953-1969) y Hugo L. Black (1937-1971). A ellos se sumaron luego William Brennan, nombrado en 1956 por Eisenhower, Thurgood Marshall, nombrado en 1967 por Lyndon Johnson y Harry Blackmun, nombrado en 1970 por Nixon<sup>(27)</sup>. Como resultado de ello, cuando *Roe* fue decidido el “*pack*” liberal integrado por Douglas, Marshall, Blackmun y Brennan ejercía un fuerte dominio; en el centro estaban Burger (*Chief Justice*), Stewart y Powell y el ala derecha era marginal, pues la integraban solamente Byron White, un juez pragmático, y Rehnquist el más “conservador”. En 1975 Gerald Ford nombró a John Paul Stevens, en reemplazo de Douglas. Si bien con el retiro de Douglas la Corte perdía uno de sus “ases” liberales, Stevens era un conservador moderado que tampoco inclinó decididamente la balanza<sup>(28)</sup>.

escribir allí lo que la elasticidad de la mayoría permite, sin quedar sujetos a lo que escribieron en un voto minoritario y en un caso que tal vez no posea las características necesarias de una declaración tan trascendente para la sociedad norteamericana.

(25) 505 U.S. 833 (1992).

(26) Votaron en la mayoría los jueces O'Connor, Kennedy y Souter, a quienes adhirieron en parte Stevens y Blackmun.

(27) Tal vez convenga hacer notar que, por aquella época, presidentes republicanos, como Eisenhower y Nixon, no siempre elegían jueces de su partido. Un caso curioso fue el de Earl Warren que, siendo republicano y habiendo sido nombrado por Eisenhower, en la Corte se convirtió en el campeón de los derechos civiles.

(28) Registrado electoralmente como republicano, a medida que las decisiones fueron inclinándose hacia la derecha, se convirtió paulatinamente en uno de los jueces liberales del Tribunal, bien que sin llegar a los estándares de Douglas, Brennan o Marshall. Fue conservador, por ejemplo, al decidir en contra de la *affirmative action* en un programa de ingreso a la universidad, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), donde votó con Burger, Rehnquist, Stewart y Powell y también acompañó a la entonces minoría conservadora en *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) cuando la

Fue con la “revolución conservadora” de Ronald Reagan, a comienzos de la década de 1980, que el giro hacia la derecha fue haciéndose sentir cada vez más. Su primera designación recayó en Sandra Day O’Connor en 1981, la primera mujer en la Corte, que reemplazó a Potter Stewart, un centrista pragmático nombrado por Eisenhower en 1958. La tendencia hacia la derecha continuó cuando Burger se retiró de la Corte en septiembre de 1986. Dado que era el *Chief Justice* quien dejaba la vacante, Reagan podría haber elegido un nuevo juez o bien promover a uno de los existentes y nombrar otro. Obviamente eligió esto último, pues le daba la oportunidad de hacer dos nombramientos al mismo tiempo. Con ello sentó a William Rehnquist, el más conservador de todos los jueces de la Corte en el sillón central, y nombró a otro republicano duro, Antonin Scalia.

Lewis Powell se retiró en junio de 1987 y esta vacante fue vista por Reagan como una nueva oportunidad para seguir asegurando en la Corte la tendencia hacia la derecha. Esta vez, sin embargo, no le resultó tan fácil, pues eligió candidatos muy controvertidos. El primero de ellos fue Robert H. Bork, un ex *Solicitor General*<sup>(29)</sup>, juez de Circuito y profesor universitario, con impecables credenciales ideológicas para satisfacer estos fines<sup>(30)</sup>. Como era de esperar, después de los nombramientos de Rehnquist y Scalia, los demócratas estaban muy poco predispuestos a tolerar que Reagan continuara inclinando la Corte hacia el sector más intransigente de los republicanos y el Senado no le dio el acuerdo<sup>(31)</sup>. El segundo candidato fue Douglas H.

Ginsburg, otro juez del D.C. Circuit, tan conservador como Bork, pero mucho más joven, también fracasó<sup>(32)</sup>. Reagan tuvo que conformarse, entonces, con la designación de Anthony Kennedy un conservador mucho más moderado.

Instalado George H. Bush en la presidencia, se produjeron dos nombramientos que quebraron finalmente el ala liberal de la Corte. En 1990 se retiró Brennan y fue reemplazado por David H. Souter, una persona muy poco conocida hasta entonces, a quien se apodó “el candidato invisible” [*the stealth candidate*]. Un republicano mode-

rado, el giro progresivo hacia la derecha ubicó a Souter en el centro de la Corte. Muy diferente fue el caso de Clarence Thomas. En 1991 se retiró Thurgood Marshall: la figura más icónica de la lucha por los derechos civiles y el primer afroamericano en la Corte. Su reemplazo no era fácil, pero Bush hábilmente encontró su sucesor en Clarence Thomas, afroamericano también, pero que milita en las antípodas políticas de Marshall<sup>(33)</sup>. Como todos recordamos, las audiencias de confirmación en el Senado fueron controvertidas debido a las acusaciones de acoso sexual que le hizo Anita Hill, una antigua empleada suya. De todos modos, las pruebas no eran concretas y Thomas obtuvo el acuerdo por un escaso margen de 52-48.

Con Bill Clinton en el gobierno, los demócratas lograron revitalizar un poco el frente liberal en la Corte. Byron White, disidente junto con Rehnquist en *Roe*<sup>(34)</sup>, se retiró en 1993. Su vacante fue cubierta por Ruth Bader Ginsburg, la segunda mujer en la Corte y una conocida activista de los derechos civiles. Al año siguiente se retiró Harry Blackmun y fue nombrado Stephen G. Breyer. Este aire fresco para los demócratas duró algunos unos años. En 2005 murió Rehnquist y lo sucedió en la presidencia de la Corte John G. Roberts, uno de sus antiguos *law clerks* y, en 2006, se retiró Sandra Day O’Connor, que había votado en *Casey* por la confirmación de *Roe*. Su sillón fue cubierto por George W. Bush con Samuel A. Alito, que, como vimos, se ha convertido en la nave insignia de la derogación de *Roe*. Barack Obama, a su turno, designó en 2009 a Sonia Sotomayor, cuando se retiró David Souter y a Elena Kagan en 2010 que reemplazó a Stevens.

Si hacemos un arqueo de la Corte en 2016, antes de que Donald Trump hiciera sus tres nombramientos, veremos que, si bien con una mayoría de 5-4 a favor de los republicanos, la Corte estaba en cierto equilibrio. En el ala derecha militaban Scalia, Thomas y Alito; más hacia el centro estaban ubicados Roberts y Kennedy y los demócratas contaban con Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan. Podía anticiparse que Trump inclinaría el péndulo hacia la derecha y así lo hizo. Pese a que su mandato duró un solo período, tuvo oportunidad de cubrir tres vacantes. La primera de ellas fue la de Neil M. Gorsuch que sucedió a Scalia, fallecido en 2017. Esto no produjo un gran cimbronazo en el barco, salvo que un juez muy colorido era reemplazado por otro de bajo perfil, pero los dos nombramientos siguientes sí tuvieron su efecto. Brett M. Kavanaugh sustituyó a Kennedy cuando este se retiró en 2018 y los liberales perdieron a Ruth Ginsburg que se retiró en 2020 y fue reemplazada por Amy Coney Barrett, jueza del Séptimo Circuito y profesora en Notre Dame Law School, un conocido foro académico católico.

Con ello la Corte ha quedado 6-3 y el nombramiento de Ketanji Brown Jackson, una joven jueza afroamericana ultraliberal designada por el presidente Biden, que obtuvo el acuerdo del Senado en abril de 2022, no altera la mayoría conservadora, pues reemplaza a Stephen Breyer. Obviamente, la agenda demócrata para la Corte está claramente trazada y –sin que ello pueda causar sorpresa alguna– continúa en la misma línea trazada por sus predecesores, de uno y otro partido. Aunque esto no suene bien, la Corte de los Estados Unidos puede ser también un botín de la política.

### B. La cuestión planteada

Para ubicarnos en el contexto procesal y de fondo de este caso, recordemos que *Dobbs* llega a la Corte Suprema por medio del *certiorari* planteado por el Departamento de Salud del estado de Mississippi, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito<sup>(35)</sup> que, al confirmar la del tribunal de distrito<sup>(36)</sup>, había declarado inconstitucional una ley de ese estado<sup>(37)</sup> que se aparta de lo

mayoría liberal sostuvo que la quema de la bandera estaba protegida por la Enmienda I. Pero ha votado en el ala liberal en casos difíciles como *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000) y los hábeas corpus presentados por los detenidos con motivo de la lucha contra el terrorismo a partir del ataque del 11/09/01. Véase *Rumsfeld v. Padilla*, 524 U.S. 426 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) y *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

(29) Como *Solicitor General* designado por Nixon, le tocó echar a Archibald Cox de su cargo de fiscal especial en la investigación del caso Watergate en la célebre “Saturday Night Massacre”. Este antecedente sería recordado negativamente cuando fue propuesto para integrar la Corte.

(30) Sus puntos de vista ultraconservadores sobre el derecho, la filosofía constitucional y la sociedad norteamericana han quedado claramente expuestos en tres de sus más conocidas obras, escritas varios años después de haber sido candidato para la Corte. Ellas son: *The Tempting of America* (Touchstone Books, New York, Simmons & Schuster, 1990); *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline* (New York, Regan Books, 1996) y *A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values* (Stanford, Hoover Institution Press, 2005).

(31) En el Senado, donde los demócratas habían recuperado la mayoría en las elecciones de 1986, le esperaba a Bork una dura batalla que no superó. El tratamiento de la propuesta fue inaugurado con un célebre e inflamado discurso del entonces senador Edward Kennedy, pronunciado el mismo día en que se formuló la candidatura, donde sostuvo que la designación de Bork acarrearía calamidades tales como un retroceso en la libertad de las mujeres para abortar, la segregación de los afroamericanos, la censura de escritores disidentes, el allanamiento nocturno de los domicilios, etc. Luego de esta poco cálida bienvenida, Bork tuvo que enfrentar al Judiciary Committee, cuya presidencia ejercía el entonces senador Joseph (Joe) Biden, hoy presidente de los Estados Unidos. Biden atacó a Bork en todos los campos. En lo político organizó una fuerte campaña en su contra con la ayuda de líderes sureños, a quienes advertía muy tenazmente que la nominación de Bork pondría en peligro todo el régimen de los derechos civiles. También logró que testificaran en las audiencias de confirmación William Coleman, ex secretario de Transporte y Barbara Jordan, activista de los derechos civiles y ex representante por Texas. Ambos afroamericanos, sus testimonios fueron sumamente efectivos para desacreditar a Bork. En lo doctrinario, para revisar las opiniones jurídicas de Bork, fue consultado Laurence Tribe, un célebre profesor de Derecho Constitucional en Harvard, de tendencia ultraliberal. Tampoco faltó la propaganda publicitaria, donde un grupo denominado *People for the American Way*, contrató a Gregory Peck para que presentara a Bork como un extremista enemigo de la libertad.

(32) Los demócratas esta vez tardaron mucho menos en demoler la imagen del elegido sacando a la luz que Ginsburg fumaba marihuana siendo un joven profesor en Harvard. Al conocerse estas revelaciones que fueron admitidas por Ginsburg, él mismo pidió que se retirara su candidatura apenas nueve días después de haber sido lanzada.

(33) Descendiente de esclavos que trabajaron en las plantaciones de Georgia, Thomas pertenece a una nueva generación de republicanos negros y exitosos, como puede ser la ex secretaria de Estado Condoleezza Rice.

(34) Conviene recordar que White había sido designado por Kennedy en 1962, de quien era un antiguo conocido, pero en el tribunal estuvo muy lejos de ser un liberal.

(35) *Jackson Women’s Health Org. v. Dobbs*, 945 F. 3d 265 (2019).

(36) *Jackson Women’s Health Org. v. Currier*, 349 F. Supp. 3d 536,539–540 (SD Miss. 2019).

(37) *Gestational Age Act*, Miss. Code Ann. §41–41–191(4)(b) (2018).

establecido en *Roe*, en tanto prohíbe abortar luego de las 15 semanas de gestación<sup>(38)</sup>.

### C. Los votos de la mayoría

#### 1. Alito. Una pieza de doctrina sobre el *stare decisis*

Como ya dije, el voto del juez Alito lidera la mayoría. Lo acompañan la jueza Barrett y los jueces Gorsuch, Thomas y Kavanaugh, estos dos últimos con votos concurrentes. Por su lado, el *Chief Justice* Roberts vota también con la mayoría, pero con alcances más limitados.

Luego de hacer una introducción general de la cuestión, en donde se describe básicamente el conflicto que se produjo entre la Corte Suprema y los estados a partir de *Roe*, el punto II del voto del juez Alito analiza lo que considera la “critical question”, es decir, si la Constitución, bien entendida, otorga el derecho a abortar. Una primera conclusión a partir del desarrollo histórico del asunto<sup>(39)</sup> le permite sostener que, hasta *Roe* (1973), este derecho no estaba reconocido<sup>(40)</sup>. La segunda conclusión es que ni *Roe* ni *Casey* tienen una base sólida en precedentes jurisprudenciales. Antes bien, estos precedentes reconocen derechos que *Roe* y *Casey* destruyen<sup>(41)</sup>. Reconoce luego que, a cada lado del debate actual sobre el aborto, se plantean una serie de cuestiones, fácticas y científicas, que los estados han ido considerando a su turno, y sostiene que los defensores de *Roe* y *Casey* deberían demostrar que la Corte Suprema tiene competencia (autoridad) para evaluar tales cuestiones, pero han fallado en el intento<sup>(42)</sup>. Como última parte de este punto II, el voto de Alito critica a sus colegas disidentes y sostiene, en primer lugar, que no han podido demostrar que el derecho a abortar esté profundamente enraizado [*deeply rooted*] en la historia de los Estados Unidos<sup>(43)</sup>. Pero lo que considera la “most striking feature” (el aspecto más llamativo) del voto en disidencia, es su falta de análisis sobre la legitimidad del interés de los estados en la protección de la vida fetal<sup>(44)</sup>.

En el punto III, el juez Alito analiza la doctrina del precedente [*stare decisis*]. Si bien reconoce la importancia de esta doctrina, admite, sin embargo, que no entraña un mandato inexorable, pues lo importante no es decidir una cuestión, sino decidirla bien<sup>(45)</sup>. Cita en su apoyo tres casos centrales de la jurisprudencia de la Corte en los cuales esta cambió, drásticamente, el rumbo de los casos anteriores<sup>(46)</sup>. Señala luego las cinco razones en virtud de las cuales *Roe* y *Casey* deben ser “derogados” [*overruled*]. Ellas son: (a) la naturaleza de su error; (b) la calidad

(38) Recordemos que *Roe* recién prohíbe abortar al final del segundo trimestre de gestación, momento en el cual, según este caso, el feto ya tiene viabilidad fuera del útero materno.

(39) Véase II.B.2.

(40) “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”. Véase II.B.2.d.

(41) “What sharply distinguishes the abortion right from the rights recognized in the cases on which *Roe* and *Casey* rely is something that both those decisions acknowledged: Abortion destroys what those decisions call ‘potential life’ and what the law at issue in this case regards as the life of an ‘unborn human being.’ See *Roe*, 410 U. S., at 159 (abortion is ‘inherently different’); *Casey*, 505 U. S., at 852 (abortion is ‘a unique act’). None of the other decisions cited by *Roe* and *Casey* involved the critical moral question posed by abortion. They are therefore inapposite. They do not support the right to obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way”. Véase II.C.1.

(42) “Both sides make important policy arguments, but supporters of *Roe* and *Casey* must show that this Court has the authority to weigh those arguments and decide how abortion may be regulated in the States. They have failed to make that showing, and we thus return the power to weigh those arguments to the people and their elected representatives”. Véase II.C.2.

(43) Véase II.D.1.

(44) “The most striking feature of the dissent is the absence of any serious discussion of the legitimacy of the States’ interest in protecting fetal life [...] The dissent has much to say about the effects of pregnancy on women, the burdens of motherhood, and the difficulties faced by poor women. These are important concerns. However, the dissent evinces no similar regard for a State’s interest in protecting prenatal life”. Véase II.D.3.

(45) “We have long recognized, however, that *stare decisis* is ‘not an inexorable command,’ *Pearson v. Callahan*, 555 U. S. 223, 233 (2009) (internal quotation marks omitted), and it ‘is at its weakest when we interpret the Constitution,’ *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997). It has been said that it is sometimes more important that an issue ‘be settled than that it be settled right.’” *Kimble*, 576 U. S., at 455 (quoting *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393, 406 (1932) [*Brandeis, J., dissenting*]). Véase la introducción al punto III.

(46) Estos casos son: *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954); *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937), y *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943).

de su razonamiento; (c) la viabilidad [*workability*] de las reglas que imponen; (d) el efecto disruptivo que produce en otras áreas del derecho y (e) que la derogación del precedente no afecte o revierta “reliance interests”.

En relación con la primera, dice que el error esencial de los casos citados es que en ellos la Corte “usurpó” el poder de los estados para atender una cuestión de profunda importancia moral y social que le corresponde decidir a los representantes del pueblo<sup>(47)</sup>.

Sobre la calidad del razonamiento del precedente que se invoca, este voto es muy crítico de *Roe* y *Casey*. Sostiene que *Roe* (i) se basa en una narrativa histórica equivocada; (ii) puso demasiado énfasis en cuestiones carentes de relación con el significado de la Constitución; (iii) descartó la diferencia fundamental que existe entre los precedentes en los que se apoya y lo decidido en el caso; (iv) impuso reglas diferentes para cada trimestre en que divide el período de gestación, sin explicar cómo surgen estas de la Constitución, o se apoyan en las historia de las leyes de aborto, otros precedentes o en otras fuentes y (v) nunca explicó de manera plausible por qué los estados no pueden proteger la vida fetal antes de la viabilidad<sup>(48)</sup>. *Casey*, por su lado, sin derogar *Roe*, cambió su “esquema arbitrario” y lo reemplazó por el test de la “carga indebida”, aplicando la doctrina del *stare decisis* en forma excepcional, como nunca había sido empleada<sup>(49)</sup>.

Se critica, en tercer lugar, la viabilidad del precedente, entendida como la posibilidad de ser interpretado y aplicado de manera predecible. Esta observación apunta al test de la “carga indebida” impuesto por *Casey*<sup>(50)</sup>, el cual es criticado, básicamente, por la vaguedad de este concepto, cuestión que ya había hecho notar en su voto disidente el juez Scalia.

En relación con el efecto disruptivo o la distorsión que han producido *Roe* y *Casey* en otras áreas del derecho, el juez Alito señala que (i) han diluido o debilitado los estándares estrictos con los cuales debe ejercerse la revisión judicial en casos de inconstitucionalidad manifiesta [*facial challenge*]; (ii) ignoran la doctrina del “third party standing”<sup>(51)</sup>; (iii) han hecho caso omiso de los principios de la cosa juzgada; (iv) se han burlado [*flouted*] de las reglas de la separación de las disposiciones inconstitucionales y de las leyes que deben ser interpretadas haciendo un esfuerzo por declararlas constitucionales, y (v) han alterado [*distorted*] las doctrinas sobre la Primera Enmienda<sup>(52)</sup>.

Por último, el voto sostiene que la derogación de *Roe* y *Casey* no altera “reliance interests”, entendidos como la confianza que un precedente otorga para obrar de determinada manera. *Casey* sostuvo que muchas personas tenían relaciones sexuales confiando en que podían abortar frente a una falla de un método anticonceptivo, pero Alito en

(47) “[...] [T]he Court usurped the power to address a question of profound moral and social importance that the Constitution unequivocally leaves for the people”. Véase III.A.

(48) “*Roe* found that the Constitution implicitly conferred a right to obtain an abortion, but it failed to ground its decision in text, history, or precedent. It relied on an erroneous historical narrative; it devoted great attention to and presumably relied on matters that have no bearing on the meaning of the Constitution; it disregarded the fundamental difference between the precedents on which it relied and the question before the Court; it concocted an elaborate set of rules, with different restrictions for each trimester of pregnancy, but it did not explain how this veritable code could be teased out of anything in the Constitution, the history of abortion laws, prior precedent, or any other cited source; and its most important rule (that States cannot protect fetal life prior to ‘viability’) was never raised by any party and has never been plausibly explained”. Véase III.B.

(49) “The *Casey* plurality, while reaffirming *Roe*’s central holding, pointedly refrained from endorsing most of its reasoning. It revised the textual basis for the abortion right, silently abandoned *Roe*’s erroneous historical narrative, and jettisoned the trimester framework. But it replaced that scheme with an arbitrary ‘undue burden test and relied on an exceptional version of *stare decisis* that, as explained below, this Court had never before applied and has never invoked since”. Véase III.B.

(50) En el caso se discutía la constitucionalidad de la Pennsylvania Abortion Control Act of 1982 y la Corte –en una decisión muy larga y compleja– sostuvo que algunas de sus exigencias imponían una “carga indebida” en el derecho de las mujeres a abortar.

(51) En pocas palabras, esta doctrina sostiene que no existe legitimación procesal para reclamar por los derechos de terceros. Véase Chemerinsky, E., *Federal Jurisdiction*, 7th edition, Wolters Kluwer, 2016, p. 88 y ss.

(52) “The Court’s abortion cases have diluted the strict standard for facial constitutional challenges. They have ignored the Court’s third-party standing doctrine. They have disregarded standard *res judicata* principles. They have flouted the ordinary rules on the severability of unconstitutional provisions, as well as the rule that statutes should be read where possible to avoid unconstitutionality. And they have distorted First Amendment doctrines”. Véase III.E.

su voto sostiene que medir esa confianza es algo empírico y ajeno a la apreciación judicial<sup>(53)</sup>.

El *stare decisis* reaparece en el punto V.A.1 del voto de Alito para responder a una objeción de los jueces disidentes, en cuya opinión un precedente solo debería modificarse si los hechos posteriores justifican el cambio. Para no extenderme demasiado en esta cuestión, pues el objetivo principal de este comentario no es la doctrina del precedente, diré tan solo que Alito responde a esta objeción diciendo que, si bien los precedentes, como principio, deben ser respetados, es preciso cambiarlos cuando son manifiestamente erróneos<sup>(54)</sup>.

En su punto IV, el voto analiza un argumento desarrollado por la Corte en *Casey*, según el cual la derogación de ambos precedentes (*Roe* y *Casey*) generaría una gran desconfianza del pueblo norteamericano en la Corte como institución, pues sería percibida como fruto de presiones ejercidas sobre el Tribunal, antes que como el resultado de la aplicación de diferentes principios<sup>(55)</sup>. A este argumento le contesta diciendo que es correcto sostener que las decisiones de la Corte no deben surgir de presiones políticas o sociales, pero ello no implica –al mismo tiempo– que la Corte deba abstenerse de decir lo que entiende es correcto por las reacciones negativas que ello pueda producir en el público<sup>(56)</sup>. Agrega, a mayor abundamiento, que precisamente *Roe*, lejos de apaciguar las divisiones internas de la sociedad norteamericana, las inflamó durante el siguiente medio siglo<sup>(57)</sup>.

Finalmente, en el punto VI establece los estándares bajo los cuales deberá ejercerse en el futuro el control constitucional de las leyes estatales sobre aborto. Ello son: (a) los estados pueden regular sobre el aborto por “razones legítimas” y, cuando se plantee la inconstitucionalidad de estas leyes, los tribunales no podrán sustituir el criterio legislativo con el que tengan personalmente sobre cuestiones sociales o económicas, aun cuando las leyes estatales regulen cuestiones moral o socialmente trascendentes; (b) las leyes sobre aborto tendrán una fuerte presunción de constitucionalidad; (c) dentro de los intereses legítimos que los estados pueden regular, se encuentra la preservación de la vida prenatal en todas sus etapas; (d) la protección de la salud y seguridad maternal; (e) la eliminación de procedimientos médicos particularmente horribles o bárbaros; (f) la preservación de la integridad de la profesión médica; (g) la mitigación del sufrimiento fetal, y (h) la prevención de la discriminación en razón de la raza, el sexo o la discapacidad.

Dice luego que estos intereses justifican la constitucionalidad de la *Gestational Age Act* de Mississippi y por ello se revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito.

## 2. Thomas. Una *footnote* sobre el debido proceso

Muy breve, casi complementando lo dicho por Alito, el voto del juez Thomas está enfocado en (a) que el aborto no está garantizado por la Cláusula del Debido Proceso y (b) que esta cláusula garantiza solamente el “proceso”, de

(53) “That form of reliance depends on an empirical question that is hard for anyone –and in particular, for a court– to assess, namely, the effect of the abortion right on society and in particular on the lives of women”.

(54) “Precedents should be respected, but sometimes the Court errs, and occasionally the Court issues an important decision that is egregiously wrong. When that happens, *stare decisis* is not a straitjacket. And indeed, the dissent eventually admits that a decision could ‘be overruled just because it is terribly wrong,’ though the dissent does not explain when that would be so”.

(55) “The American people’s belief in the rule of law would be shaken if they lost respect for this Court as an institution that decides important cases based on principle, not ‘social and political pressures.’ 505 U. S., at 865. There is a special danger that the public will perceive a decision as having been made for unprincipled reasons when the Court overrules a controversial ‘watershed’ decision, such as *Roe*. 505 U. S., at 866–867. A decision overruling *Roe* would be perceived as having been made ‘under fire’ and as a ‘surrender to political pressure,’ 505 U. S., at 867, and therefore the preservation of public approval of the Court weighs heavily in favor of retaining *Roe*, see 505 U. S., at 869”.

(56) “The *Casey* plurality was certainly right that it is important for the public to perceive that our decisions are based on principle, and we should make every effort to achieve that objective by issuing opinions that carefully show how a proper understanding of the law leads to the results we reach. But we cannot exceed the scope of our authority under the Constitution, and we cannot allow our decisions to be affected by any extraneous influences such as concern about the public’s reaction to our work”.

(57) “*Roe* certainly did not succeed in ending division on the issue of abortion. On the contrary, *Roe* ‘inflamed’ a national issue that has remained bitterly divisive for the past half century”.

modo tal que hablar de debido proceso sustantivo es un oxímoron. Sostiene, entonces, que deberán ser revisados en el futuro muchos precedentes en los cuales se haya aplicado el debido proceso sustantivo.

## 3. Kavanaugh. El énfasis por la neutralidad de la Constitución

La principal preocupación de este voto es señalar –y lo dice claramente al comienzo<sup>(58)</sup>– que la Constitución es neutral ante el aborto. Sostiene así que la Constitución no es ni *pro-life*, ni *pro-abortion*, y por eso la Corte carece de autoridad constitucional para imponer su criterio a 330 millones de norteamericanos<sup>(59)</sup>. Para ser más claro todavía, dice que la sentencia no prohíbe el aborto, sino que deja librada la cuestión del aborto a la decisión de los representantes del pueblo en el proceso democrático<sup>(60)</sup>. Refuerza esta afirmación sosteniendo que la Constitución no le otorga a los “nueve miembros no electos de esta Corte” el poder de reescribirla, creando nuevos derechos fundados en sus propias convicciones políticas o morales<sup>(61)</sup>.

En el punto II del voto vuelve sobre la doctrina del *stare decisis* y justifica el apartamiento de *Roe* y *Casey* sin agregar nada particularmente sustancial al extenso análisis de Alito sobre el tema.

Concluye en el punto III haciendo algunas aclaraciones (bastante obvias) sobre el impacto de esta sentencia en otros derechos y pone nuevamente el acento en el daño que la Corte produjo en *Roe* al tomar partido en un asunto que no era de su competencia<sup>(62)</sup>.

## 4. Roberts. Al borde de la disidencia

Roberts (*Chief Justice*) vota con la mayoría, pero con algunos matices que provocan un debate intramayoría con Alito, quien le contesta en el punto V.B de su voto.

Sostiene que la mayoría decide más de lo que se le ha requerido a la Corte, por lo que prefiere ser más mesurado<sup>(63)</sup>. y afirma dos cuestiones que son centrales en su voto (a) el hito o umbral de la viabilidad adoptado en *Roe* y *Casey* debe ser abandonado bajo un *stare decisis* estricto, porque jamás tuvo sentido; afirma, además, que la división en trimestres del período de gestación nace de la nada<sup>(64)</sup> y (b) el derecho a abortar debe extenderse lo suficiente durante la gestación como para asegurar a la mujer embarazada una razonable oportunidad de elegir.

Aquí, en este segundo punto, es donde se advierte la diferencia fundamental de Roberts con sus colegas de la mayoría. Estos (Kavanaugh en especial) se esfuerzan en sostener que la Constitución es neutral, mientras que Roberts cree en la protección constitucional del derecho a elegir y sostiene, entonces, que la mujer debe tener para ello un plazo razonable. Podría decirse, incluso, que este

(58) Véase el punto I.

(59) “The issue before this Court, however, is not the policy or morality of abortion. The issue before this Court is what the Constitution says about abortion. The Constitution does not take sides on the issue of abortion. The text of the Constitution does not refer to or encompass abortion. To be sure, this Court has held that the Constitution protects unenumerated rights that are deeply rooted in this Nation’s history and tradition, and implicit in the concept of ordered liberty. But a right to abortion is not deeply rooted in American history and tradition, as the Court today thoroughly explains.”

On the question of abortion, the Constitution is therefore neither *pro-life* nor *pro-choice*. The Constitution is neutral and leaves the issue for the people and their elected representatives to resolve through the democratic process in the States or Congress—like the numerous other difficult questions of American social and economic policy that the Constitution does not address.

Because the Constitution is neutral on the issue of abortion, this Court also must be scrupulously neutral. The nine unelected Members of this Court do not possess the constitutional authority to override the democratic process and to decree either a *pro-life* or a *pro-choice* abortion policy for all 330 million people in the United States”.

(60) “To be clear, then, the Court’s decision today does not outlaw abortion throughout the United States. On the contrary, the Court’s decision properly leaves the question of abortion for the people and their elected representatives in the democratic process”.

(61) “The Constitution does not grant the nine unelected Members of this Court the unilateral authority to rewrite the Constitution to create new rights and liberties based on our own moral or policy views”.

(62) “By taking sides, the *Roe* Court distorted the Nation’s understanding of this Court’s proper role in the American constitutional system and thereby damaged the Court as an institution”.

(63) “I would take a more measured course”.

(64) “[...] [T]his Court seriously erred in *Roe* in adopting viability as the earliest point at which a State may legislate to advance its substantial interests in the area of abortion [...] *Roe* set forth a rigid three-part framework anchored to viability, which more closely resembled a regulatory code than a body of constitutional law. That framework, moreover, came out of thin air”. Véase el punto I.

voto, si bien ha sido calificado como concurrente, en este aspecto en particular está al borde de la disidencia.

A *Roe* y sus errores le dedica el punto I de su voto, repitiendo –sin mayores altibajos– lo ya dicho por la mayoría, en particular, por Alito. Es en el punto II donde se advierte una cierta disidencia (bien disimulada procesalmente) con la mayoría, con la cual solo concurre en la decisión, pero no en los fundamentos, pues aquí funda el derecho de la mujer a tener un plazo razonable para elegir si aborta o no aborta. Dice que es preciso eliminar el umbral de la viabilidad establecido en *Roe*, pues es una reliquia de otro tiempo en que se reconocían derechos a los estados muchos más limitados<sup>(65)</sup>, pero eso no exige, en el presente caso, eliminar el derecho a abortar como tal<sup>(66)</sup>.

Pero tengamos en cuenta que, en este punto, el voto de Roberts es cuidadoso y acude a un argumento procesal para justificar su decisión. Sostiene que ni siquiera la actora (el estado de Mississippi) le ha planteado a la Corte que se elimine de la Constitución el derecho a abortar y, por lo tanto, no es necesario resolver esta cuestión. Ya había anticipado, haciendo un juego de palabras, que, si para resolver un caso no es necesario decidir más, es necesario no decidir más<sup>(67)</sup>. Con ello se “abstiene” de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. En su opinión la mayoría fuerza la marcha sosteniendo que Mississippi los había puesto ante la alternativa de confirmar o revocar *Roe*, pero ello no es así y si esta hubiera sido la única opción, la Corte no está obligada a caer en tal confinamiento<sup>(68)</sup>. Concluye, entonces, que en esta ocasión solo debe resolverse lo atinente al umbral de la viabilidad establecido por *Roe*, mientras que el derecho de fondo a abortar será materia para otro día<sup>(69)</sup>.

Para ello sostiene que *Roe* estableció dos reglas diferentes y separadas: (a) el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo y (b) que los estados pueden prohibir el aborto luego de que el feto es viable fuera del útero. A diferencia de la mayoría, Roberts entiende que de estas reglas solo la segunda es la que está en juego en este caso y, por lo tanto, no es necesario ni conveniente decidir sobre la primera<sup>(70)</sup>. Con ello Roberts trata de parecer neutral ante el derecho a abortar reconocido por *Roe*, pero sus propias palabras indican que no lo es, en tanto admite que la ley de Mississippi, al permitir el aborto hasta la decimoquinta semana, asegura debidamente el derecho de las mujeres a elegir si interrumpen o no interrumpen su embarazo<sup>(71)</sup>.

#### D. El voto de la minoría. *Nihil novum sub sole*

Sin que esto pueda causar sorpresa alguna, el ala liberal, integrada por los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, vota en disidencia por la confirmación de *Roe* y *Casey*. Tampoco son muy novedosos los argumentos expuestos para ello. Hemos leído y escuchado los prodigios y maravillas del aborto durante los últimos cincuenta años, en todas las versiones posibles. A ellas se suman las adver-

tencias sobre los graves cataclismos que vendrán –según la minoría– con la derogación de *Roe*.

Es realmente curioso como los jueces de un tribunal federal –no electos por el pueblo– pueden llegar a convencerse de que la protección de los derechos depende solo de ellos, frente a la amenaza que representan, para esos derechos, las legislaturas estatales integradas por personas que, finalmente, han sido elegidas en forma razonablemente democrática, conforme el sistema electoral vigente en cada jurisdicción<sup>(72)</sup>. Afirmaciones autoritarias de este tipo no parecen propias de la Corte Suprema de un país con un sistema constitucional muy evolucionado. Nadie duda de que son los “guardianes de la Constitución”, pero eso no les da prerrogativas para reinventarla a su antojo.

En esa línea, el voto minoritario comienza refutando que *Roe* y *Casey* carezcan de antecedentes en la historia legal de los Estados Unidos. Explican, de paso, qué dicen estos casos, por si ello fuera necesario<sup>(73)</sup> y luego van juntando aquí y allá un mosaico de precedentes que, todos unidos bajo el alto techo de la libertad y la igualdad, generan como resultado –por un proceso de acumulación– la libertad para abortar.

Se dedican luego, en el punto II, a la “vedette” de este caso, que es el *stare decisis*. Hay más páginas –en la mayoría y la minoría– dedicadas a la doctrina del precedente, que al aborto mismo. Me extraña, sinceramente, que en ambos sectores del Tribunal se hayan tomado tanto trabajo para explicar: la mayoría por qué no se ha violado la doctrina del precedente y la minoría por qué se la ha violado, si todos sabemos que, en materia constitucional, el *stare decisis* es muy flexible, a tal punto que los casos que unos y otros emplean para justificar ya sea la imposición de *Roe* o su abandono son los mismos. De hecho, Laurence Tribe, uno de los campeones del ultraliberalismo y, como tal, firme defensor del aborto, reconoce que la ocasional derogación de casos precedentes no es un fenómeno antinatural y sostiene, incluso, que por su propio diseño la Constitución está llena de palabras que garantizan la falta de permanencia del precedente judicial<sup>(74)</sup>.

Tampoco debe olvidarse –y los casos citados por la mayoría y minoría son un testimonio elocuente– que la derogación del precedente ha sido empleada con más frecuencia por los jueces liberales para derogar casos de tendencia conservadora que a la inversa. En este punto, el voto de la minoría refuta puntualmente y casi en el mismo orden –como si fuera la contestación de una demanda– el voto de la mayoría. Debo reconocer que esto da prueba del debate –ciertamente áspero– entre los miembros del Tribunal, que es precisamente lo que se espera de un cuerpo colegiado.

#### E. En síntesis

Pese a su extensión, los principios establecidos por *Dobbs* en los votos de la mayoría no son muchos y pueden sintetizarse en lo siguiente:

1. La Constitución es neutral frente al aborto, es decir, ni lo prohíbe ni lo permite.
2. Son los estados los que tiene amplia competencia para regular el aborto.

(65) “The viability line is a relic of a time when we recognized only two state interests warranting regulation of abortion: maternal health and protection of ‘potential life’”. *Roe*, 410 U. S., at 162–163. That changed with *Gonzales v. Carhart*, 550 U. S. 124 (2007). There, we recognized a broader array of interests, such as drawing ‘a bright line that clearly distinguishes abortion and infanticide,’ maintaining societal ethics, and preserving the integrity of the medical profession”.

(66) “None of this, however, requires that we also take the dramatic step of altogether eliminating the abortion right first recognized in *Roe*”.

(67) “If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more”.

(68) “There is no rule that parties can confine this Court to disposing of their case on a particular ground—let alone when review was sought and granted on a different one. Our established practice is instead not to ‘formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied’”.

(69) “Here, there is a clear path to deciding this case correctly without overruling *Roe* all the way down to the studs: recognize that the viability line must be discarded, as the majority rightly does, and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all”.

(70) “My point is that *Roe* adopted two distinct rules of constitutional law: one, that a woman has the right to choose to terminate a pregnancy; two, that such right may be overridden by the State’s legitimate interests when the fetus is viable outside the womb. The latter is obviously distinct from the former. I would abandon that timing rule, but see no need in this case to consider the basic right”.

(71) “The law at issue allows abortions up through fifteen weeks, providing an adequate opportunity to exercise the right *Roe* protects. By the time a pregnant woman has reached that point, her pregnancy is well into the second trimester. Pregnancy tests are now inexpensive and accurate, and a woman ordinarily discovers she is pregnant by six weeks of gestation”.

(72) Escuchemos a la minoría: “Whatever the exact scope of the coming laws, one result of today’s decision is certain: the curtailment of women’s rights, and of their status as free and equal citizens. Yesterday, the Constitution guaranteed that a woman confronted with an unplanned pregnancy could (within reasonable limits) make her own decision about whether to bear a child, with all the life-transforming consequences that act involves. And in thus safeguarding each woman’s reproductive freedom, the Constitution also protected ‘[t]he ability of women to participate equally in [this Nation’s] economic and social life.’ *Casey*, 505 U. S., at 856. But no longer. As of today, this Court holds, a State can always force a woman to give birth, prohibiting even the earliest abortions. A State can thus transform what, when freely undertaken, is a wonder into what, when forced, may be a nightmare. Some women, especially women of means, will find ways around the State’s assertion of power. Others –those without money or childcare or the ability to take time off from work– will not be so fortunate. Maybe they will try an unsafe method of abortion, and come to physical harm, or even die. Maybe they will undergo pregnancy and have a child, but at significant personal or familial cost. At the least, they will incur the cost of losing control of their lives. The Constitution will, today’s majority holds, provide no shield, despite its guarantees of liberty and equality for all. And no one should be confident that this majority is done with its work. The right *Roe* and *Casey* recognized does not stand alone. To the contrary, the Court has linked it for decades to other settled freedoms involving bodily integrity, familial relationships, and procreation”.

(73) Véase I.A.

(74) Tribe, L. H., *American Constitutional Law*, 3rd edition, New York, Foundation Press, 2000, vol 1, p. 248.



Se deduce de ello que los estados pueden prohibir el aborto o permitirlo, en la medida en que respeten las directivas establecidas en el voto del juez Alito.

Cabe mencionar también que tanto la mayoría como la minoría concuerdan en que el *stare decisis* no es una regla absoluta y un precedente puede ser modificado cuando es manifiestamente erróneo.

#### IV. Algunas reflexiones personales

Creo que es razonable tratar por separado las consecuencias que tiene este caso en los Estados Unidos y en la Argentina, pues son muy diferentes. Allí tiene un fuerte impacto, aquí sus efectos son muy limitados.

##### A. Los efectos en los Estados Unidos

En los Estados Unidos *Dobbs* ha “quitado” de la Constitución el derecho a abortar que *Roe* había insertado en ella y los casos posteriores, sin perjuicio de sus diferencias, habían mantenido. Ello no es menor. Mientras se mantenga la mayoría republicana dura que hoy controla el Tribunal, las mujeres que desean interrumpir voluntariamente su embarazo han perdido el foro supremo al cual acudían cuando una ley estatal las privaba de este derecho, o bien, les imponía para ejercerlo una “*undue burden*” en los términos de *Casey*.

Ahora bien, tengamos en cuenta dos cuestiones que, a mi juicio, son relevantes. En primer lugar, el fallo no sienta una doctrina prohibitiva del aborto. En ningún lugar de la sentencia hallaremos un párrafo en el cual se condene el aborto o se niegue el derecho a ejercerlo. Por el contrario, a los estados se les entrega una libertad casi absoluta para hacerlo, salvo las limitaciones muy generales que surgen de las directivas del voto de Alito. De hecho, la ley de Mississippi aplicable en el caso permitía abortar hasta la décimo quinta semana, es decir, una vez entrado el segundo trimestre de la gestación.

Sin perjuicio de ello, entre los jueces de *Roe* y los jueces de *Dobbs* hay una gran diferencia. Mientras los primeros avanzaron al galope en un “*uncharted territory*”, escribiendo en la Constitución lo que ella no dice, los segundos se han limitado a borrar todo eso, pero sin reescribir nada en su reemplazo. Se han limitado a poner un freno a la proactividad de *Roe*. Han sido mucho más “neutrales”. Como vimos, el voto de Kavanaugh se encarga especialmente de señalar que la Constitución en este punto es laica, no profesa ninguna de las creencias que sustentan el “*pro life*” o el “*pro choice*”. De tal manera, los verdaderos vencedores de este caso no somos, estrictamente, quienes nos oponemos al aborto, pues no hemos obtenido de la Corte un pronunciamiento doctrinario específico sobre la cuestión. Los verdaderos ganadores son los gobiernos estatales que se oponen al aborto, pues sus leyes ya no correrán el riesgo de ser declaradas inconstitucionales bajo lo establecido en *Roe*. Admitamos, entonces, que este no es un triunfo de orden doctrinario, sino político.

Por lo tanto, para quienes condenamos el aborto, esta es una victoria muy relativa. A partir de ahora son las legislaturas estatales quienes han recobrado la plenitud de sus facultades para regular el aborto, sin que la Corte haya establecido directivas muy específicas. Estas directivas aparecen en el punto VI del voto de Alito y hay dos de ellas que merecen especial atención. La primera establece que los estados pueden regular el aborto por “legítimas razones”<sup>(75)</sup>. Esto implica que podría permitirse el aborto terapéutico, o bien, el que sea resultado de una violación. Por cierto, las “*legitimate reasons*” podrían ampliarse mucho más y las directivas exigen a los tribunales que sean deferentes con ellas. Habrá que ver en el futuro cómo lidia la Corte con ellas.

La segunda directiva dispone que los estados tienen interés legítimo en respetar y preservar la vida prenatal en todas las etapas de su desarrollo<sup>(76)</sup>. Esto parecería ser una muy buena noticia, sin embargo, adviértase que solo se les reconoce a los estados tal legítimo interés, pero ello no los obliga a ejercerlo. La directiva cita, además, el caso *Gonzales v. Carhart*<sup>(77)</sup> que, en modo alguno, colisiona con *Roe* o *Casey*, pues allí la Corte se limitó a decir que la *Partial-Birth Abortion Ban Act* de 2003, es constitucional,

(75) “[...] [T]he States may regulate abortion for legitimate reasons”.

(76) “These legitimate interests include respect for and preservation of prenatal life at all stages of development”.

(77) 550 U.S. 124 (2007).

pues solo prohíbe un método abortivo extremo, usualmente practicado en el tercer trimestre, conocido como *intact dilation and extraction (D&X, IDX, intact D&E)*, que permite extraer el feto de su madre cuando ya está completamente formado. Todo ello indica que la preservación de la vida prenatal, en estos términos, no parece ser muy eficaz.

Como resultado de ello, no faltarán, por cierto, las demandas contra las nuevas leyes, bien que la creatividad e imaginación de los abogados que las escriban deberá agudizarse para no chocar contra el valladar que *Dobbs* ha levantado y poder obtener el otorgamiento del *certiorari*.

En segundo lugar, y por estas mismas razones, la batalla no ha terminado. En todo caso este es un episodio más del conflicto, que se reavivará especialmente si los demócratas se mantienen en el poder y controlan la presidencia o el Senado. Allí en la cámara alta, incluso con un presidente republicano, podrán controlar la comisión de asuntos judiciales, tal como, muy hábilmente, hizo en su momento Joseph Biden, cuando impidió que Ronald Reagan nombrara a Robert Bork. Sobre este particular, seamos conscientes de que, si bien los casos como *Roe* nacen del ala liberal, encuentran un eficaz apoyo también en los conservadores “centristas”, como Kennedy, Sandra Day O’Connor o David Souter, que lideraron la mayoría en *Casey*. En la actualidad, Roberts parecería inclinarse por esa misma línea, que les otorga a los moderados el curioso y no siempre predecible poder del “*swing vote*”, el cual no favorece, en especial, a ninguna tendencia en particular<sup>(78)</sup>. Ha señalado Laurence Tribe que el aborto presenta un “*clash of absolutes*”<sup>(79)</sup>, de modo tal que la única manera de combatir a los halcones liberales es oponiéndoles halcones conservadores. Por cierto, mi coincidencia con Tribe es limitada, pues –tal como señalé hace casi un cuarto de siglo– no estoy de acuerdo con los extremos que propone<sup>(80)</sup>.

Yendo a sus efectos prácticos, el fallo también es limitado. La devolución a los estados del poder de regular sobre el aborto nos obliga a mirar el “*abortion map*” actual y nos encontramos allí con un mosaico muy variado y probablemente cambiante<sup>(81)</sup>. Ello implica que quien no pueda practicarse un aborto en su estado podrá eventualmente trasladarse a otro que lo permita. Ciertamente campea siempre en contra de este argumento el de la pobreza, que la minoría no ha dejado de recordar<sup>(82)</sup>. No olvidemos que *Roe* fue construido sobre esta base: una mujer embarazada y sin recursos económicos para trasladarse a un estado tolerante del aborto.

##### B. Stare decisis y argumento contramayoritario

Solo dos reflexiones muy breves sobre el *stare decisis* y el argumento contramayoritario. En relación con lo primero, sin ser un experto en la doctrina del precedente en

(78) Recordemos que Roberts votó haciendo mayoría con los jueces liberales, en *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. \_\_\_ (2020), donde se declaró inconstitucional una ley de Louisiana de 2014 que imponía ciertas restricciones indirectas a las clínicas donde se llevan a cabo abortos. Antes de ello, en *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016), frente a una ley similar de Texas, Roberts había votado por inconstitucionalidad de la ley, pero en *June*, 591 U.S. \_\_\_ (2020) votó a favor, amparándose en el *stare decisis*.

(79) Tribe, L., *Abortion. The Clash of Absolutes*, New York, W.W. Norton & Co, 1992.

(80) Dije en su momento que “mis coincidencias con el distinguido profesor de Harvard terminan cuando plantea la cuestión como una colisión entre la vida y la libertad, pues creo que existe un grado más elevado de absolutos en esta temática. Para quienes creemos que existe vida humana desde el mismo momento de la concepción, el aborto es irremediablemente la eliminación de un ser humano. El hecho de no haber salido aún del seno materno es en todo caso un dato biológica y jurídicamente irrelevante. Por el contrario, quienes no creen en ello, por lo general, ven al aborto como una técnica aceptable que, fundada en el derecho a la privacidad o en la libertad individual, permite a la mujer interrumpir su embarazo a voluntad”. Bianchi, A. B., *En contra del Aborto. Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, p. 45.

(81) Véase Hilary Brueck, H.; Gal, S. y Panetta, G., “This map shows where abortion is illegal, protected, or under threat across all 50 US states”, *Insider*, 27/7/2022, disponible en <https://www.insider.com/map-where-is-abortion-illegal-us-roe-v-wade-overturned-2022-6> (fecha de consulta: 30/7/2022).

(82) “That is especially so for women without money. When we ‘count [...] the cost of [Roe’s] repudiation’ on women who once relied on that decision, it is not hard to see where the greatest burden will fall. *Casey*, 505 U. S., at 855. In States that bar abortion, women of means will still be able to travel to obtain the services they need. It is women who cannot afford to do so who will suffer most. These are the women most likely to seek abortion care in the first place. Women living below the federal poverty line experience unintended pregnancies at rates five times higher than higher income women do, and nearly half of women who seek abortion care live in households below the poverty line”.

el mundo anglosajón –ya me corregirán quienes lo son– tengo para mí que el fallo no aporta grandes novedades.

Toda la Corte –mayoría y minoría– está de acuerdo en que el *stare decisis* –al menos en su versión horizontal– es flexible y, por eso, cuando un fallo es manifiestamente erróneo o han cambiado sensiblemente las circunstancias políticas o socioeconómicas que le dieron lugar, puede ser modificado por uno posterior. Obviamente, cada sector del Tribunal difiere, por razones ideológicas, en cuáles son los precedentes que merecen ser cambiados, pero ello no afecta jurídicamente el principio.

Tampoco creo que el caso lleve mucha agua hacia el molino del argumento contramayoritario. No hay un solo párrafo en el fallo que cuestione la legitimación de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes. Que la Corte devuelva a los estados la facultad de legislar el aborto, absteniéndose de regularlo ella porque, a juicio de la mayoría, la Constitución es neutral sobre el tema, no implica cuestionar las bases del “*judicial review*” construidas desde *Marbury v. Madison*<sup>(83)</sup> en adelante. En todo caso, ello implica tan solo que se ha identificado un área del derecho en la cual la intervención de los jueces debe ser más limitada.

### C. Los efectos en la Argentina

Para la Argentina los efectos jurídico-constitucionales de *Dobbs* son muy limitados, sino nulos, lamentablemente.

No es un precedente cuyos fundamentos podamos invocar aquí porque (a) nuestro federalismo, centralizado por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, establece que es el Congreso el que tiene competencia para legislar sobre el aborto; (b) el Congreso ya lo ha hecho –inconstitucionalmente– con la Ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)<sup>(84)</sup>, y (c) la “neutralidad” constitucional del fallo no aporta argumento alguno para quienes sostenemos la inconstitucionalidad de esta norma.

Por lo demás, antes de la sanción de esta ley, la Corte Suprema, hace ya diez años, había dado vía libre al aborto en “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”<sup>(85)</sup>, una sentencia que critiqué en su momento<sup>(86)</sup>.

En síntesis, a diferencia de lo que pueda opinarse en los Estados Unidos, en la Argentina el aborto es una “cuestión constitucional” que –por ahora– está resuelta en forma inconstitucional. De todos modos, me abstengo en esta oportunidad de repetir los argumentos dados en otros trabajos antes citados, pues el objetivo central de este es el comentario del fallo norteamericano.

## V. Conclusiones

Hace cincuenta años, los halcones liberales en la Corte de los Estados Unidos, abusando de la hermenéutica, le hicieron decir a la Constitución algo que ella no dice. No solo crearon un derecho, sino que decidieron, como si fueran un congreso de médicos o biólogos, el momento a

partir del cual hay viabilidad fetal fuera del seno materno. Se tomaron, también, la libertad de dividir el período de gestación en tres trimestres y le adjudicaron a cada uno un régimen jurídico diferente. En síntesis, como dice el fallo que comento, crearon el estatuto jurídico del aborto “de la nada” [*out of the thin air*]<sup>(87)</sup>.

Hoy en día, los halcones conservadores no han reescrito ese estatuto en sentido contrario, se han limitado –más prudentemente– a derogarlo, en la convicción de que la Constitución es neutral en relación con el aborto y, por ende, no es la Corte Suprema el cuerpo competente para hacerlo, en tanto ello corresponde a las legislaturas estatales.

Sería ingenuo pensar, de todos modos, que la batalla (o la guerra) ha terminado, o terminará. No hay Paz de Westfalia para abortistas y antiabortistas. Son muchos los intereses ideológicos, sociales y económicos en juego. Debemos entender, por ello, que esto es un episodio más de un largo conflicto para el cual no habrá un armisticio, pues las fuerzas en pugna se nutren y retroalimentan constantemente.

Hoy la batalla la han ganado los estados antiabortistas, pero es una victoria política, más que doctrinaria. La ley que estaba en juego y que sale victoriosa del caso permite abortar hasta la décimo quinta semana. Yo no calificaría a este resultado como un triunfo para quienes defendemos la vida desde el instante de la concepción.

Tampoco creo que la Corte, pese a su manifiesto de neutralidad, deje de ser asediada por los ingeniosos planteos de los “*counselors*” de las asociaciones de derechos civiles, que dedican su vida profesional al armado de casos como fue *Roe* en su momento.

Ya encontrarán la forma de que la Corte les otorgue el *certiorari*.

Tal vez, la enseñanza más útil y perdurable que este caso nos deja para la Argentina es que un cambio tan trascendente en la jurisprudencia se produjo sin juicios políticos masivos, sin renunciadas forzadas y sin incrementos extravagantes de jueces, teñidos de partidismo político. Más allá de las profundas disputas entre conservadores y liberales, todos allí son muy conscientes de que tienen, por encima de ellos, el sistema constitucional, del cual nadie se atreve a apropiarse, pues la condena política y social que puede recibir quien se atreva a hacerlo es muy grave.

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

(83) 5 U.S. 137 (1803).

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

(85) Fallos 335-197 (2012).

(86) Bianchi, A. B., “Un avance preocupante en la legalización del aborto”, LL 2012-B, p. 241.

(87) Véase, entre otros lugares, el voto del juez Alito en V.B.1.

# Un análisis del fallo *Dobbs*

## Activismo judicial, política y federalismo<sup>(\*)</sup>

por IGNACIO COLOMBO MURÚA<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. EL VOTO DE MAYORÍA, CONTRAPUNTO CON LOS CONCURRENTES. – II. LO QUE DETERMINÓ EL FALLO. – III. EL JUEGO DE LAS INTERPRETACIONES – IV. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN. – V. CONCLUSIONES.

En el caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization* (2022)<sup>(1)</sup>, la Suprema Corte de los Estados Unidos dejó sin efecto los precedentes *Roe vs. Wade* (1973)<sup>(2)</sup> y *Casey vs. Planned Parenthood*(1992)<sup>(3)</sup>. Con ello, devolvió a los estados miembros de la federación la decisión de regular la cuestión del aborto. En *Dobbs* se discutía si una ley del estado de Mississippi que permitía el aborto hasta la semana quince de gestación resultaba o no constitucional. La polémica giró en torno a si debían o no mantenerse los precedentes sobre la cuestión y si esos pronunciamientos se ajustaban a lo determinado por la Constitución. Para ello se analizó el alcance de la cláusula del debido proceso que se estipula en la Decimocuarta Enmienda y si de ella puede extraerse el derecho al aborto como un derecho implícito en la Constitución.

En este artículo nos centraremos en el análisis del voto de la mayoría de la Corte. Intentaremos, en esa línea, establecer con precisión qué fue lo que se decidió y con

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

(\*) Una versión preliminar de este trabajo se publicó en la revista digital de la Universidad de San Andrés: Colombo Murúa, I. "Es el federalismo, estúpido: un análisis del fallo 'Dobbs'", En *Disidencia*, 6/7/2022. Disponible en <https://endisidencia.com/2022/07/es-el-federalismo-estupido-un-analisis-del-fallo-dobbs/> (fecha de consulta: 23/7/2022). Agradezco los comentarios de los profesores Andrés Rosler y Sebastián Elías.

(\*\*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) (Universidad de Castilla la Mancha, España). Profesor de Derecho Constitucional en grado y posgrado en las Universidades Nacional de Salta y Católica de Salta. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro Titular y secretario del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Salta. Miembro Correspondiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Juez de Garantías en el Poder Judicial de la Provincia de Salta.

(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.).

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

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

qué alcance –lo cual ha sido, postularemos, muy mal interpretado–.

### I. El voto de mayoría, contrapunto con los concurrentes

En primer lugar, veamos brevemente, cuál fue la posición de cada uno de los jueces que integraron la mayoría.

El núcleo de la decisión del voto mayoritario, liderado por el juez Alito, es *competencial*: al no ser el aborto un derecho asentado en la Constitución, el gobierno federal no tiene competencia para regularlo. Por ende, esa tarea les corresponde a los estados integrantes de la federación. Ellos pueden regularlo libremente siempre y cuando la regulación sea razonable y de acuerdo con los intereses estatales en juego (protección de la salud de la madre, la mitigación del sufrimiento del feto, etcétera).

La Constitución no contiene ni explícita ni implícitamente al derecho al aborto. No hay fundamentos "firmes" para extraerlo de alguna norma implícita textual o sociológico-histórica. Tampoco de algún precedente válido. Los dos que hay son claramente errados y deben ser dejados de lado.

En este punto se produce un contrapunto entre Roberts, quien sostiene que la ley en cuestión es constitucional (Mississippi) pero que de ello no se sigue que haya que derogar el precedente, y la mayoría. Roberts entiende que los precedentes pueden mantenerse porque determinan que puede existir un derecho al aborto. Considera adecuado, en esa línea, que se establezca que la madre tenga una "razonable oportunidad" para decidir –tal como lo dispone la ley de Mississippi–, por lo que supone una compatibilidad entre los precedentes que establecen el derecho y la regulación que hace la ley del estado de Mississippi. La mayoría rechaza esa afirmación señalando lo siguiente:

a) Que la interpretación de Roberts fuerza y modifica los precedentes. En los precedentes el derecho al aborto se enlaza con un término: se puede abortar hasta que haya "viabilidad" del feto fuera del útero materno. Por ende, ello contradice directamente la ley de Mississippi (permite el aborto hasta la semana 15).

b) Inventar un derecho a donde no lo hay. El aborto no es un derecho que surja de la Constitución. Por lo tanto, la regla de la "oportunidad razonable" no puede extraerse o inferirse de la norma y quedará, otra vez, en manos de cada estado adoptar ese u otro criterio. Una solución diferente implica que los jueces se arroguen facultades que no les pertenecen.

Otro contrapunto interesante se da entre la mayoría y el juez Clarence Thomas. Para ambos votos esta decisión es solo para el caso del aborto; pero, para Thomas, este mismo criterio debe extenderse, cuando llegue el momento, a otros precedentes, a su criterio errados. Acá hay un Thomas "radicalizado". Él entiende que el error de los referidos precedentes consiste en extraer derechos sustantivos implícitos de la cláusula del debido proceso –que es, precisamente, procedimental–. Así dice que hablar del "debido proceso sustantivo" es un oxímoron. Agrega que, como la cláusula del debido proceso no puede asegurar ningún derecho sustantivo, tampoco puede consagrar el aborto. El problema que se genera acá es que de esta misma cláusula se han extraído otros derechos sustantivos de gran relevancia. Thomas concluye que se debe rechazar la noción completa del *debido proceso sustantivo* y, con ello, sus supuestos derechos inherentes.

La mayoría desacuerda fuertemente en ese punto. Aclara, varias, numerosas veces, que esta decisión no pone en peligro otros precedentes dictados por la Corte: *Griswold* (anticoncepción)<sup>(4)</sup>, *Lawrence* (actos sexuales entre personas del mismo sexo)<sup>(5)</sup>, *Obergefell* (matrimonio igualitario)<sup>(6)</sup>, entre otros. En esos casos, el ejercicio de los derechos no destruye una vida potencial, como sí ocurre en el aborto. Una y otra vez aclara que el aborto es un

(4) 381 U.S. 479 (1965).

(5) 539 U.S. 558 (2003).

(6) 576 U.S. 644 (2015).

“acto único” porque termina una “vida potencial”, y eso lo distingue de los demás precedentes.

Kavanaugh, en un voto concurrente, hace hincapié en la neutralidad de la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución, afirma, ni permite ni prohíbe el aborto, con lo cual es una cuestión reservada estrictamente al ámbito de los estados.

Para caracterizar brevemente a los votos de mayoría y concurrentes podríamos decir que: i) tenemos a un Alito potenciado –con relación a su *draft*– argumenta en contra de todos los actores. A la disidencia (inventan un derecho sin sustento), a la concurrencia de Roberts (quiere hacer un equilibrio incompatible con la Constitución), a Thomas, quien quiere avanzar sobre otros derechos, cuando esta argumentación es solo sobre el aborto. De paso critica a las manifestaciones y reacciones sociales, y en ese sentido dedica varios párrafos para afirmar que los jueces no están allí para agrandar o decidir de acuerdo con las reacciones sociales, sino para aplicar e interpretar la ley. ii) Tenemos un Roberts equilibrista, que propone no revocar los precedentes, pero sostener, a un mismo tiempo, la constitucionalidad de la ley de Mississippi. iii) Un Thomas radicalizado, que postula que de estos mismos argumentos se sigue que deberán revisarse muchos otros precedentes que estipularon, indebidamente, otros derechos. iv) Un Kavanaugh neutral, que afirma que la constitución ni prohíbe ni permite. Queda para el juego democrático estadual resolver la cuestión.

## II. Lo que determinó el fallo

Por lo general, la información que circula en las redes y medios suele ser parcial y confusa respecto del contenido del fallo, tal como sucede en ocasión de las decisiones judiciales que despiertan fuertes pasiones. Por ello conviene precisar con claridad qué ha resuelto, en concreto, la Corte norteamericana.

El voto mayoritario determinó lo siguiente:

i) Si bien la ley de Mississippi contradecía los precedentes *Roe* y *Casey*, dicha ley no contradice la Constitución; por lo tanto, lo que debe caer no es la ley sino los precedentes.

ii) Si bien existen derechos implícitos que se desprenden de la cláusula del debido proceso (Enmienda Decimocuarta), el aborto no es uno de ellos.

iii) Por no estar incluida en la Constitución, la cuestión del aborto debe ser regulada por cada uno de los estados.

iv) La Corte sí debe realizar un control de las leyes que regulen el aborto, pero el parámetro es el de la mera razonabilidad y sobre la base de la presunción de constitucionalidad de la norma. Dicho de otro modo, el escrutinio en estos casos no es el llamado *estricto* o *robusto*, que corresponde a la regulación o restricción de derechos constitucionales, sino el escrutinio débil de razonabilidad.

## III. El juego de las interpretaciones

Empecemos la discusión del fallo por el principio: el derecho al aborto no surge del texto constitucional. Para un intérprete textualista –si es que existe algo semejante– el caso sería sencillo de resolver. La pregunta que se hace la Corte es si el aborto, pese a estar ausente del texto, surge como un derecho implícito o no enumerado. Con ello la clave pasa a estar en el método interpretativo empleado. Por otro lado, al existir dos precedentes que concluyeron que sí surge como uno de los derechos no enumerados, el voto mayoritario analiza si dicha jurisprudencia es compatible con lo establecido por la Constitución. La respuesta es radical: *Roe* y *Casey* son precedentes decididamente errados, mal argumentados y “sin sustento alguno en el texto constitucional, la historia o los precedentes” (*without any grounding in the constitutional text, history, or precedent*).

Si aceptamos el principio de no contradicción, tendremos que convenir que no se puede abrazar al activismo cuando nos gusta lo que se decide (*Roe*) y rechazarlo cuando no nos gusta (*Dobbs*). Si bien esto solo desde la forma, ya que *Dobbs* es un pronunciamiento antiactivista en su sustancia, en el sentido que decide que el derecho no está en la Constitución y por ende debe ser regulado por los órganos democráticos.

Para quienes dudan del control judicial de constitucionalidad, el fallo *Dobbs* presenta una estructura aparentemente paradójica, puesto que un fallo judicial decide que la cuestión del aborto no puede ser dirimida a través de un fallo judicial. Además, utiliza herramientas que la teoría

del precedente ha ido delineando para concluir que los precedentes derogados no son fuente válida en esta cuestión.

La Corte recurre a criterios interpretativos que han sido receptados por la propia jurisprudencia norteamericana. Ello también representa un problema para el activista disconforme con la sentencia, puesto que el activismo supone tanto arribar a decisiones como construir cuáles son los procesos y cánones interpretativos que se utilizarán para solucionar cada cuestión. Por otro lado, es incoherente aceptar el activismo en una parte (el resultado) y rechazarlo en otro (el procedimiento).

## IV. La reconstrucción de la argumentación

En lo que sigue trataré de reconstruir y explicar las premisas principales que ha sostenido el voto mayoritario, iré desde lo más general a lo más particular.

1) La primera afirmación genérica es que no todas las soluciones que buscamos a nuestros conflictos están en la Constitución. Hay derechos que se han fijado en la Constitución a la vez que hay maneras en las que esa Constitución ha sido leída por la sociedad y por los jueces.

Por lo tanto, en una democracia constitucional, lo que no está fijado o “atrincherado” en la Constitución debe ser resuelto por los mecanismos institucionales políticos, que, en el caso norteamericano, quedan en manos de los legisladores de los estados federados. Acá operan los principios de división de poderes –los jueces aplican e interpretan los derechos que están en Constitución, no los crean–; de democracia –los derechos son decididos mediante procedimientos deliberativos– y federalismo –cada estado tiene prioridad, de acuerdo con sus rasgos particulares, para dictar las normas locales–.

Esto último resulta un punto fundamental para comprender la sentencia, puesto que la lógica del federalismo norteamericano se diferencia de la del argentino. En el sistema estadounidense, el principio general es que el derecho es decidido por los estados, salvo lo que configura materia federal que es la que se desprende de la Constitución<sup>(7)</sup>. El “salvo” en Argentina es “casi todo”, ya que nuestro derecho prevé un federalismo débil, debido a la existencia del llamado derecho “común”, es decir, el derecho que, aunque aplicado por las provincias, es dictado exclusivamente por el Congreso Federal (art. 75, inc. 12 Const. Nac.).

Una materia como la del aborto, tal y como fue resuelto en nuestro país, sería sin duda una materia de derecho común y, por ende, reservada a la regulación exclusiva del Congreso Federal. Esta es una de las cuestiones que ha generado polémica respecto de la decisión de la Corte estadounidense, pues, allí y de acuerdo con las fisonomías políticas de los estados, las legislaciones respecto al aborto serán múltiples y divergentes. No obstante, debe señalarse que el pluralismo y la divergencia de legislaciones y normativas es, en definitiva, lo específicamente constitutivo del federalismo que, como todo sistema, tiene sus ventajas y sus desventajas.

2) Hay una segunda afirmación importante: debido a la distinción entre poder constituyente y poder constituido, por un lado, y la separación de los poderes por el otro, los jueces no pueden leer libremente la Constitución ni extraer normas *implícitas* sin anclaje alguno. Está, por un lado, el texto constitucional y, por el otro, las pautas interpretativas instauradas por la teoría del precedente. En síntesis, hay elementos externos y limitantes de la mera voluntad del juez. De ello se desprende una premisa que campea la sentencia: no todo es interpretación. Hay, entonces, una forma “correcta” de leer la Constitución<sup>(8)</sup>.

(7) Explica Caminos, lo que revela la dimensión del federalismo norteamericano, que: “[...] la Constitución de 1787 no incluía originalmente una declaración de derechos. El equivalente a una declaración de esa naturaleza fue incluido cuando, unos pocos años después, en 1791, se ratificaron las primeras enmiendas. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX se interpretó que los derechos consagrados en esas enmiendas no podían ser invocados frente a los estados, sino únicamente frente al gobierno federal. Esa situación cambió cuando, después de la Guerra Civil, en 1868, se ratificaron tres enmiendas. Una de ellas, la enmienda decimotercera, fue la que abolió la esclavitud. La otra, la decimocuarta, fue la que consagró en su sección primera una serie de derechos frente a los estados”. Caminos, P. “La comunidad liberal amenazada en EE.UU.”, en *diario Perfil*, 2/7/2022. Disponible en <https://www.perfil.com/noticias/internacional/la-comunidad-liberal-amenazada-en-eeuu.phtml> (fecha de consulta: 25/7/2022).

(8) El fallo plantea, ya desde el comienzo, que lo que debe determinarse es si la Constitución, *correctamente* entendida, confiere el derecho a obtener un aborto. “*The critical question is whether the Constitution, properly understood, confers a right to obtain an abortion*”, *Dobbs*, p. 1.

El fallo concluye, en esta línea, que no hay fundamentos firmes para extraer el derecho al aborto del texto ni de alguna otra norma implícita de la Constitución.

3) Una tercera proposición que se sostiene en el fallo es que el método interpretativo utilizado no concluye en la inexistencia de derechos implícitos. Estos derechos surgen de la Constitución; pero, a la vez, hay una serie de parámetros para determinarlos. Nuevamente, bajo la excusa de lo implícito los jueces no pueden *construir* libremente cualquier derecho que se les ocurra, sino que hay patrones que deben guiarlos en su identificación.

¿De dónde surgen estos principios? Hay dos pautas que se han utilizado para responder a esta pregunta, una, material y la otra, formal.

a) El criterio material: se sustenta, a su vez, en dos postulados:

i) *Uno sociológico*: los derechos implícitos son aquellos que surgen de la tradición (el método burkeano o tradicionalista)<sup>(9)</sup>. Deben reconocerse aquellos derechos que, aunque no explícitos, se encuentran profundamente arraigados en la historia y en las tradiciones norteamericanas (“*deeply rooted in the nation’s history and traditions*”). Este ha sido un método profusamente utilizado en la doctrina y jurisprudencia norteamericana para interpretar la cláusula del debido proceso, en la búsqueda de criterios neutrales que impidan que el juez introduzca su propia ideología a la hora de *encontrar* estos derechos ocultos<sup>(10)</sup>.

Este es un criterio que ha criticado fuertemente la disidencia, argumentando que el voto mayoritario recorta la historia para encontrar, sesgadamente, no la respuesta objetiva, sino la solución que los jueces prefieren (según sus ideologías) Aunque, claro, la misma objeción puede hacerse a la disidencia en su lectura histórica.

ii) *Uno normativo*: los derechos implícitos deben ser compatibles con la noción de “libertad ordenada” —o “libertad bien ordenada”—<sup>(11)</sup>. Esta pauta parte de la concepción liberal de la Constitución norteamericana y establece que los derechos que deben ser reconocidos, aunque no se encuentren estrictamente enumerados en la norma, son aquellos que son connaturales con la libertad de la persona. Esto significa que se debe asegurar que todas las personas puedan vivir sus vidas *libremente*, en la medida en que esas decisiones no infrinjan el *orden* representado por los derechos equivalentes de los demás. Este argumento es de tipo normativo y supera la objeción al tradicionalismo, según la cual este último supedita los derechos a las costumbres mayoritarias<sup>(12)</sup>. Las personas, entonces, pueden escoger libremente sus planes de vida, siempre y cuando estas decisiones no afecten derechos equivalentes de los demás. En esos casos ya no hay, por así decir, una “libertad totalmente libre” —del orden jurídico— y el derecho debe *tallar* para ordenar y compatibilizar las libertades en juego.

Este es un punto esencial del voto mayoritario y el que explica el contrapunto que se genera entre este voto y el concurrente del juez Thomas. Este último, como hemos visto, niega la posibilidad de que se puedan extraer derechos de una cláusula procedimental, ya que semejante idea es, para el juez, un oxímoron: lo procesal no puede ser sustancial. En la misma línea, Ely decía que hablar del “debido proceso sustantivo es una contradicción en los términos, algo así como hablar de un ‘verde pastel rojo’”<sup>(13)</sup>.

Para Thomas, entonces, la cláusula en juego solo protege el debido proceso que debe seguirse si se quieren restringir distintas libertades de los ciudadanos. De ello no pueden seguirse derechos sustanciales implícitos. El juez concluye que, llegado el caso, la Corte deberá revisar otras decisiones en las que se han reconocido *indebidamente* otros derechos constitucionales sobre la base de esta cláusula. La afirmación de Thomas es, por así decir, bastante polémica, ya que de la enmienda en cuestión se han extraído derechos de gran relevancia, como el de mantener relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo, el del matrimonio igualitario, el de definir la educación de los hijos o el de utilizar métodos anti-conceptivos de manera libre, entre otros.

La mayoría rechaza esta radical conclusión de Thomas. Y es que a partir del criterio de la *libertad ordenada* se sostiene que las personas tienen derechos que no pueden ser restringidos en la medida en que su ejercicio no afecte las libertades de los demás. Cuando, por el contrario, se afecta a otros y hay intereses contrapuestos, entonces no se trata ya de un derecho constitucional implícito y el *poder de policía* estadual es reclamado para regularlos y compatibilizarlos.

Esto implica, pese a lo que muchos comentaristas han afirmado, que el voto mayoritario sostiene que la cláusula del debido proceso contiene derechos implícitos que no pueden ser regulados libremente por los estados, y para el caso de que se estipulen restricciones, su constitucionalidad deberá controlarse con un criterio estrictísimo o robusto<sup>(14)</sup>. Ello ha pasado, incluso, en los casos que critica el juez Thomas.

Es por este motivo que el voto mayoritario repite una y otra vez que —en contrapunto con Thomas— acá estamos ante una situación “críticamente diferente”: el caso del aborto, leído desde la cláusula del debido proceso, no es similar a los demás precedentes en donde se han reconocido derechos implícitos<sup>(15)</sup>. Se trata de una cuestión en la cual existen interferencias y conflictos de intereses. El aborto “destruye” lo que esas decisiones (*Roe* y *Casey*) llaman “vida fetal” y la ley de Mississippi describe como un “ser humano no nacido”. Es decir, acá no se trata de un acto libre que no afecta a otras personas o a otros intereses y por ello no se compatibiliza, concluye el voto, con la idea de *libertad ordenada*. Ello se asienta, claro, en la discusión sobre el estatus del feto y si, efectivamente, es un “otro”, cuestión sobre la que hay un profundo desacuerdo moral en la sociedad norteamericana. El punto de la mayoría es que, llegados a esta instancia, los jueces no deben ponderar los intereses en juego, ya que —cabe recordar— se trata de una tarea que la Constitución ha reservado a los legisladores estaduales<sup>(16)</sup>.

b) El criterio formal: si bien tanto el criterio del tradicionalismo como el de la *libertad ordenada* han recibido diversas críticas doctrinarias, nadie niega que se trata de pautas establecidas históricamente por numerosos precedentes de la Corte norteamericana. Otra vez, uno podría decir que no son pautas arbitrarias, sino que los propios precedentes las han estipulado como parámetros que deben seguir los jueces. Según la doctrina del precedente, estos son los criterios que deben utilizarse para analizar la cláusula del debido proceso y es por ello, que, desde el punto de vista del precedente, la Corte procede correctamente.

4) Por último, el fallo concluye que la legislación estadual que regula la cuestión debe ser revisada judicial-

(9) Puede verse el completo análisis realizado por Bartlett, K., “Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis”, 62 *Duke Law Journal* 535-578, 2012. Disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol62/iss3/2> (fecha de consulta: 27/7/2022).

(10) “Tradition is [...] an objective criterion that prevents courts from substituting their own subjective preferences for those of legislatures [...] If a tradition was not firmly established at the time of the Framers or when the Fourteenth Amendment was adopted, or if a particular tradition supports a legislative act, the substantive due process challenge at issue fails”. *Ibidem*.

(11) La expresión aparece por primera vez en un fallo de 1937: *Palko v. Connecticut*, 15 302 U.S. 319 (1937). Allí, y en muchos precedentes posteriores, se afirma que el concepto de *order liberty* supone que deben protegerse contra cualquier poder de policía a aquellos derechos que si son sacrificados provocarían la destrucción de la libertad y la justicia.

(12) Vid. Krotoszynskik, R. J. Jr., “Dumbo’s Feather: An Examination and Critique of the Supreme Court’s Use, Misuse, and Abuse of Tradition in Protecting Fundamental Rights”, 48 *WM. & MARY L. REV.* 923 (2006). Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss3/4> (fecha de consulta: 24/7/2022).

(13) Ely, J. H., *Democracia y desconfianza* (Holguín, M. trad.) Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997, p. 37.

(14) Es decir, cuando los estados regulan derechos constitucionales implícitos el escrutinio que debe utilizarse para revisar la constitucionalidad de la norma es el estricto. Vid. por ejemplo: *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

(15) El voto mayoritario afirma, por ejemplo, que “[n]inguna de esas decisiones involucraron aquello que es distintivo acerca del aborto: sus efectos en lo que *Roe* denomina ‘vida potencial’”. “None of these decisions involved what is distinctive about abortion: its effect on what *Roe* termed ‘potential life’”.

(16) La Corte razona que el modo de argumentar en *Roe* y *Casey* no es propio de los jueces, sino de los cuerpos legislativos. No hay una norma para interpretar y aplicar y, a la vez, que hay intereses y visiones en conflicto, ergo, previa a la actividad jurisdiccional debe delimitarse legalmente el derecho. En ese sentido, se afirma: “When the Court summarized the basis for the scheme it imposed on the country, it asserted that its rules were ‘consistent with,’ among other things, ‘the relative weights of the respective interests involved’ and ‘the demands of the profound problems of the present day’.” *Roe*, 410 U. S., at 165. These are precisely the sort of considerations that legislative bodies often take into account when they draw lines that accommodate competing interests. The scheme *Roe* produced looked like legislation, and the Court provided the sort of explanation that might be expected from a legislative body”.

mente, pero sobre la base de un escrutinio “débil”; esto es limitado a controlar si ha sido dictada sobre bases razonables y poniendo en armonía los distintos intereses en juego. En realidad, desde este punto podría también releerse todo el fallo: ¿qué grado de control judicial de constitucionalidad debe aplicarse a la regulación del aborto?

La Corte determina que los estados pueden priorizar y ponderar distintos y hasta incompatibles intereses en juego (protección del feto, protección de los derechos reproductivos, etcétera) y, de haber control de constitucionalidad, este será solo respecto a si la ley en cuestión es razonable y se encuentra racionalmente relacionada a intereses gubernamentales legítimos (*rational-basis review*). La legitimidad se determina porque la regulación busca prevenir un daño concreto a un interés específico —el que debe estar predeterminado—.

## V. Conclusiones

La Corte Suprema en *Dobbs* resuelve que no les corresponde a los jueces *hallar* un derecho que no se encuentra enumerado en la Constitución y que si se siguen los métodos interpretativos que ha receptado la propia jurisprudencia, tampoco surge como un derecho implícito o no enumerado. De ello se desprende que no se trata de una cuestión federal y que, por lo tanto, el aborto debe ser regulado por cada uno de los estados a través de los procedimientos político-democráticos preestablecidos.

El tema del aborto genera profundas divisiones en la sociedad norteamericana ya que entran en colisión diversas e incompatibles visiones morales. Los jueces no están para ponderar las visiones e intereses en juego, sino que esa tarea le corresponde al órgano político-legislativo. Esto no quiere decir que, una vez que se dicten las leyes, el poder judicial no pueda revisarlas. Pero esa revisión deberá ser deferente, partiendo de la presunción de legalidad de lo que cuenta con legitimidad democrática —*rational-basis review*—. Es decir, lo que la Corte deberá verificar es

la razonabilidad de la legislación, por ejemplo, analizando si ha sido dictada conforme finalidades legítimas y si hay una relación de medio fin en las normas estipuladas.

El voto mayoritario también contiene una decisión radical a este respecto: siempre que la ley supere el *test* de razonabilidad podrá tanto permitir como prohibir el aborto. Esto será el producto de una tarea política y deliberativa, basada en los intereses que cada estado defina proteger de manera prevalente. Para la Corte Suprema, el derecho no preexiste a la decisión legislativa, sino que es creado por ella. No hay un derecho previo a la decisión, ya que existen posiciones incompatibles acerca de si el aborto involucra la existencia de un otro, acerca de si se trata de una vida humana actual o potencial, o de si solo están en juego los derechos reproductivos de las mujeres.

En ese sentido, tal como lo explicita el juez Kavanaugh, el voto de mayoría concluye en una *neutralidad* constitucional respecto de la cuestión. Es que la Constitución ni permite ni prohíbe al aborto y, por ello, en la medida en que su regulación, prohibición, restricción o permisión sea razonable, la norma será constitucional y reservada a la decisión estadual.

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

# Por qué *Dobbs* no es una decisión “originalista”

por MANUEL JOSÉ GARCÍA MANSILLA<sup>(\*)</sup>

*“Roe v. Wade seems like a durable decision. It is, nevertheless, a very bad decision. [...] It is bad because it is bad constitutional law, or rather because it is not constitutional law and gives almost no sense of an obligation to try to be”.*

JOHN HART ELY, *“The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade”*<sup>(1)</sup>.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *Aborto e ideología*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS, ED, 287-514; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por MARÍA INÉS FRANCK, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y LUCÍA CAMPO, ED, 286-586; *Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE y ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 288; *¿Existe un “derecho al aborto”?*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS y ELIANA DE ROSA, ED, 289-945; *El Gobierno promueve el aborto adolescente*, por JUAN G. NAVARRO FLORÍA, 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,

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. ¿DOBBS ES UN FALLO ORIGINALISTA? – 3. ¿QUÉ ES EL “ORIGINALISMO”? – 4. *DOBBS* NO ES UN FALLO ORIGINALISTA. – 5. CONCLUSIÓN.

## 1. Introducción

La reciente sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (“SCOTUS”) en el caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*<sup>(2)</sup> dejó sin efecto dos de sus célebres decisiones previas en materia de aborto: (i) *Roe v. Wade*<sup>(3)</sup> y (ii) *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*<sup>(4)</sup>, que había confirmado *Roe* en sus aspectos esen-

RE, 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](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado (Universidad del Salvador; 1996). Master of Laws (LL.M., Georgetown University Law Center, Washington D.C.; 2001). Profesor de “Derecho Constitucional I” (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y miembro individual de la *International Association of Constitutional Law*. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Una primera versión reducida de este trabajo fue publicada en García Mansilla, M. J., “El (nuevo) sospechoso de siempre: el caso ‘Dobbs’ y el originalismo”, *En Disidencia*, 18/7/2022, disponible en: <https://endisidencia.com/2022/07/el-nuevo-sospechoso-de-siempre-el-caso-dobbs-y-el-originalismo> (fecha de consulta: 1/8/2020). Agradezco los comentarios y críticas de José Sebastián Elías, Gabriel Bouzat, Guillermo Jensen, Luciano Laise y Pedro Caminos, quienes me ayudaron a mejorar argumentos y corregir errores o advertir cuestiones no previstas. Por supuesto, soy el único responsable del resto de los errores y omisiones que todavía persistan y que no haya sabido advertir.

(1) *The Yale Law Journal*, Vol. 82:920, 1973, p. 947.

(2) 597 U.S. \_\_\_ (2022). La SCOTUS aún no ha publicado oficialmente el número de página.

(3) 410 U.S. 113 (1973).

(4) 505 U.S. 833 (1992).

ciales. Al dejar sin efecto ambos precedentes, la SCOTUS decidió que la Enmienda XIV no reconoce al aborto como derecho no enumerado de carácter fundamental y que, en consecuencia, son los estados los que pueden regularlo, sea permitiéndolo o prohibiéndolo, en ejercicio de sus respectivas competencias. Debido tal vez a las pasiones que despierta el tema del aborto, el caso *Dobbs* generó un interés inusitado en nuestro país, máxime para una sentencia extranjera. De hecho, fue objeto de múltiples comentarios y análisis. Para quienes venimos advirtiendo, hace ya varios años, acerca de la necesidad de redescubrir las bases norteamericanas de nuestra Constitución<sup>(5)</sup>, no deja de ser una buena noticia que volvamos a mirar qué ocurre en los Estados Unidos en materia constitucional.

Sin embargo, el caso *Dobbs* no parece ser la mejor ocasión para ese redescubrimiento, ya que las diferencias entre nuestro sistema constitucional y el estadounidense en materia de aborto son fundamentales. Basta con señalar rápidamente tres cuestiones importantes para ilustrar lo que digo: (i) contrariamente a lo que ocurre en los Estados Unidos, nuestro ordenamiento jurídico a nivel federal contiene referencias concretas al derecho a la vida de todas las personas a partir del momento de la concepción (i.e., art. 4.1. CADH)<sup>(6)</sup>; (ii) en nuestro país fue una ley del Congreso, y no una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que creó un derecho amplio al aborto (Ley 27.610<sup>(7)</sup>); y (iii) más allá de las críticas que se puedan hacer a la Ley 27.610, esto último ha sido posible porque en nuestra organización federal las provincias han delegado al Congreso de la Nación la atribución de dictar los códigos de fondo a través del art. 75, inc. 12, de la Constitución. En Estados Unidos, en cambio, esa facultad ha sido retenida por cada uno de los estados y no delegada al Congreso federal.

No me propongo reeditar en este trabajo la discusión constitucional sobre el tema del aborto en la República Argentina<sup>(8)</sup>. Tampoco analizar el caso en detalle<sup>(9)</sup>, ni si la sentencia de la SCOTUS en *Dobbs* fue o no bien decidida a la luz del derecho constitucional de los Estados Unidos, o cuál puede ser su impacto en la legitimidad del tribunal<sup>(10)</sup>. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el aborto, la legitimidad de la SCOTUS como institución, la trascendencia o no de *Dobbs* como precedente, ya sea en general o para nuestro país, creo que, a pesar de todo, la revisión de este caso tiene alguna relevancia, especialmente en materia de interpretación constitucional.

En ese marco, el objetivo del trabajo es explicar las razones por las que creo que –a contramano de lo que parece ser una impresión extendida en algunos círculos académicos en nuestro país– *Dobbs* no es una decisión producto de la aplicación del método de interpretación constitucio-

nal conocido como “originalismo”. De hecho, tal como explicaré más adelante, la metodología que sigue la SCOTUS para resolver *Dobbs* es decididamente no originalista y es más bien propia de la llamada *living constitution*.

Creo que es importante corregir la errónea impresión de aquellos que creen que *Dobbs* es consecuencia directa de la aplicación del método originalista. En primer lugar, por una simple cuestión de precisión. No importa el tema de que se trate, en materia jurídica, en general, y constitucional, en particular, siempre es importante intentar el mayor grado de precisión posible para evitar errores o confusiones en el análisis que se va a exponer. En segundo lugar y mucho más importante, porque entiendo que, en algunos casos, lo que se busca al afirmar que *Dobbs* es un fallo originalista es encontrar un chivo expiatorio para explicar una decisión que se rechaza desde el punto de vista político o moral y descalificar así a un método de interpretación constitucional, pero por las razones incorrectas. Para decirlo de otro modo: si consideramos que *Roe* es un fallo canónico al igual que, por ejemplo, *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>(11)</sup>, cualquier método de interpretación constitucional que no lo justifique queda automáticamente descalificado. De ahí que, si la caída de *Roe* se debe a un fallo basado en una metodología de tipo originalista, el problema entonces es el originalismo que, sí o sí, se convierte en un método de interpretación constitucional implausible e indefendible porque lleva a un resultado indeseable o que se considera moralmente reprochable o políticamente ilegítimo.

Al igual que Gary Lawson, creo que esto es un error. Tal como explica en un lúcido artículo: “las teorías modernas de interpretación constitucional suelen plantear que la verdad de las proposiciones sobre el significado constitucional depende, al menos hasta cierto punto, de la medida en que estas proposiciones (1) conducen a resultados políticamente legítimos, y/o (2) son coherentes con la práctica constitucional moderna. Es decir, estas teorías sostienen generalmente que las interpretaciones correctas de la Constitución deben brindar bases normativas para aplicar esas interpretaciones en casos reales, deben ser consistentes con al menos una cantidad sustancial de decisiones constitucionales del mundo real, o ambas”<sup>(12)</sup>. Lawson critica, con razón, que este enfoque de la interpretación constitucional pone el carro delante de los caballos y propone hacer las cosas completamente al revés de lo que corresponde. Coincido: para poder evaluar la legitimidad de la Constitución y su coherencia con la práctica moderna, primero tengo que saber qué dice la Constitución, cuál es el significado del texto constitucional. Y ese significado no depende de su legitimidad o de su coherencia con ciertos casos a los que se considere como canónicos. En realidad, primero hay que recuperar el contenido comunicativo que tiene el texto de la Constitución. Recién a partir de ese paso previo es que se puede evaluar si la Constitución una vez interpretada es o no legítima y si la práctica que consideramos canónica es consistente o no con ella. Como dice Lawson, la interpretación viene primero y la evaluación después y no al revés.

Como ejemplo de la posición que critico tomaré un reciente artículo de Roberto Gargarella, publicado en la *Revista Pensamiento Penal*<sup>(13)</sup>. Esta revisión me permitirá aclarar algunos malentendidos relacionados con el caso *Dobbs*. Y también me dará la oportunidad de intentar disipar algunas confusiones que suelen aparecer en nuestro medio acerca de una de las principales teorías de interpretación constitucional que existen actualmente en el ámbito académico en los Estados Unidos y sobre la que, a pesar de haber tenido un gran desarrollo en los últimos 30 años y de generar una incipiente curiosidad en nuestro país<sup>(14)</sup>, se conoce relativamente poco.

(11) 347 U.S. 483 (1954).

(12) Lawson, G., “On Reading Recipes... and Constitutions”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 85, 1997, p. 1823.

(13) Gargarella, R., “El derecho al aborto según ‘Dobbs’. Originalismo y mayoritarismo en fallidas dosis” (columna), *Revista Pensamiento Penal*, No. 429, julio de 2022, p. 1, disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90200-derecho-al-aborto-segun-dobbs-originalismo-y-mayoritarismo-fallidas-dosis> (fecha de consulta: 1/8/2022). Aclaro que no voy a analizar todas las críticas y argumentos expuestos en ese trabajo, sino solamente los referidos al originalismo y a su vinculación con la decisión del voto mayoritario en *Dobbs*.

(14) El originalismo como teoría y método de interpretación constitucional ha sido objeto de una brillante tesis doctoral en nuestro país, publicada luego en México: Laise, L., *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas en la interpretación constitucional originalista*, Porrúa, México, 2017.

(5) Más allá de la estéril discusión acerca de si nuestra Constitución de 1853/60 era una copia o no de su modelo, no cabe duda de que la Constitución Nacional tomó de la Constitución de los Estados Unidos los elementos determinantes que conforman la estructura fundamental de nuestro sistema constitucional. De ahí la importancia de conocer y estudiar la historia y el derecho constitucional de los Estados Unidos. Al respecto, remito a dos libros: García Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R., *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, y *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, Salta, Virtudes, 2008.

(6) El art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece: “Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

(7) BO, 15/1/2021.

(8) Expuse los fundamentos de mi opinión contraria en el contexto de (i) el fallo “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197 (2012), (ii) el fallido proyecto de ley de legalización de 2018, y (iii) la Ley 27.610. Lo hice en varios artículos de diarios y revistas especializadas a los que remito, entre otros, García Mansilla, M. J., “Las arbitrariedades del caso «F., A. L.»”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXIX, Parte II, 2013, p. 347; “Un truco de magia constitucional demasiado evidente. Omisiones, debilidades y (ho) errores del ‘Roe v. Wade’ argentino”, *Revista de Derecho de la Familia y de las Personas*, Año IV, Número 4, La Ley, Thomson Reuters, 2012, p. 173; “El proyecto de ley de aborto y la Constitución Nacional”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, No. 78, To. 1, 2018, p. 16; “Inconstitucionalidad de la Ley 27.610”, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Erreius, 2021, IUSDC3288038A.

(9) Al respecto, remito al completo trabajo de Bianchi, A. B., “La Corte Suprema de los Estados Unidos devuelve a los estados la facultad de legislar sobre el aborto”, que se publica en este mismo número.

(10) Las estadísticas de los escasos 60 fallos emitidos durante este término muestran un preocupante 40% de decisiones tomadas por mayorías de 6 a 3 o 5 a 4 que pueden considerarse de tinte “ideológico”. Cfr. Shapiro, I., “The Supreme Court Really Did Move Right”, 30/7/2022, disponible en: [https://ilyashapiro.substack.com/p/the-supreme-court-really-did-move?utm\\_campaign=auto\\_share](https://ilyashapiro.substack.com/p/the-supreme-court-really-did-move?utm_campaign=auto_share) (fecha de consulta: 1/8/2022).

## 2. ¿Dobbs es un fallo originalista?

En un artículo en el que no ahorra críticas al fallo de la SCOTUS, Gargarella afirma que “en términos argumentativos, el fallo ‘Dobbs’ ofrece una muestra extrema acerca de una línea interpretativa llamativa –la teoría ‘originalista’–, que prima en la Corte Suprema de los Estados Unidos desde que el máximo tribunal comenzó a albergar a una mayoría de jueces conservadores. Debe decirse que la versión extrema y más bien absurda del ‘originalismo’, que hoy prevalece en el superior tribunal es, más que consistente con, producto directo del carácter extremista que ha ido tomando dicho tribunal en estos últimos años”<sup>(15)</sup>.

A renglón seguido, Gargarella identifica al originalismo como una reacción conservadora frente a las decisiones “liberales” de la SCOTUS que presidía el *Chief Justice* Earl Warren<sup>(16)</sup>. Ese movimiento reactivo habría resurgido en los Estados Unidos en la década de 1960 y como resistencia o contrataque contra decisiones de la SCOTUS, a la que se le endilgaba ser el producto de una “interpretación libre” de la Constitución, desvinculadas del derecho vigente. A partir de esa reacción conservadora es que se habría comenzado a “reivindicar lecturas ‘originalistas’ [de la Constitución], profundamente enraizadas o ‘ancladas’ en la historia del país. Es decir –según los conservadores– el derecho no debía buscarse ‘por fuera’ de la Constitución, en los grandes principios o ideas filosóficas, sino ‘buceando’ dentro de la Carta Magna: por ‘adentro’, en las raíces mismas de la historia nacional”<sup>(17)</sup>.

Luego de esa reacción conservadora, se afirma, es que “[l]os originalistas o conservadores de entonces afirmaron algo como lo siguiente: ‘Si usted tiene dudas sobre cómo interpretar un artículo de la Constitución, estudie historia, indague acerca de cuál era el entendimiento que había en la materia, en los orígenes de la cláusula que hoy le genera dudas. En lugar de decirnos cómo es que a usted le gustaría leer ese artículo, vaya a investigar qué era lo que se entendía al respecto, cuando ese texto nacía’. Los originalistas prometieron así dar certeza a un derecho que la Corte Warren (y el ‘liberalismo jurídico’, en general), había convertido en ‘incierto’, al ‘des-amarrarlo’ de la historia del país”<sup>(18)</sup>.

A partir de esa explicación de lo que sería el originalismo moderno, el autor denuncia “la enorme debilidad de los argumentos originalistas que la Corte norteamericana, en su actual composición, radicaliza hasta el absurdo. Por supuesto, los problemas del originalismo son extraordinarios y una discusión detallada del tema nos llevaría demasiado lejos. Pero, para los propósitos de este artículo, puede resultar suficiente señalar lo que sigue. Si hay algo que los originalistas no están en condiciones de garantizar eso es, justamente, aquello que primero prometen: certeza. Y ello, por razones bastante evidentes. Ocurre que, cuando uno ‘bucea’ en la historia constitucional de un país, en pos de una cierta respuesta, se encuentra con absolutamente todo lo que está dispuesto a encontrar. Y es que la historia promete darnos básicamente todo lo que busquemos. [...] Quiero decir: buscando una respuesta cierta, ‘anclada en la historia’, nos encontramos con cantidad de respuestas posibles, muy habitualmente en tensión entre sí”<sup>(19)</sup>.

Gargarella aclara, sin embargo, que “[m]uchos de los principales originalistas contemporáneos repudian, directamente, caminos como los sugeridos, y sugieren prestar atención no a lo que ‘estaba en las mentes de los ‘padres fundadores’ de la Constitución,’ sino a las opiniones prevalecientes en la comunidad, en el momento de su dictado. Por ejemplo, Antonin Scalia, el fallecido y prominente juez de la Corte norteamericana (jurista ultraconservador, controvertido y uno de los principales propulsores contemporáneos del originalismo) directamente ridiculizaba a algunos de sus pares originalistas, que pretendían desen-

trañar las ‘intenciones’ de los primeros constituyentes, y sugería a cambio preguntarse por el sentido original de los términos en disputa (por ejemplo: qué significaba ‘castigo cruel e inusual’ en el momento en que esa referencia fue incorporada en la Constitución? ¿Incluía o no a la ‘pena de muerte’?)”<sup>(20)</sup>.

El autor sostiene que, aun así, los problemas que enfrenta el originalismo son múltiples e insalvables, debido a que no terminamos por saber qué cosa hay que buscar dónde, del pasado: la opinión de quién, expresada dónde, cuándo, de qué modo, leída en qué nivel de abstracción, etcétera. Y que en *Dobbs* esos problemas “aparecen extremados hasta lo ridículo”<sup>(21)</sup>. Gargarella cuestiona que la mayoría en *Dobbs* “dedica largo tiempo a demostrar que –contra las sugerencias de ‘Roe v. Wade’– no puede reconocerse al aborto como estando *deeply rooted* –‘profundamente enraizado’– en la historia de los Estados Unidos. [...] Para la mayoría de la Corte, ‘el pueblo’ de los Estados Unidos no pensó al aborto como formando parte de las ‘garantías de libertad’ establecidas por la Constitución a través de la Enmienda XIV. Ello así, hasta que llegó ‘Roe’ y quiso imponer la lectura contraria. Por ello mismo, para la mayoría ultraconservadora, ‘Roe’ representa un fallo ‘aberrante’. Se trató de una nueva muestra de la justicia ‘inventando’ una respuesta ajena al derecho y a la historia del país. En este sentido, y de modo esperable (dado que varios miembros de la actual Corte se reconocen como militantes del ‘originalismo’), la mayoría derribó ‘Roe’ a partir de una línea argumental anclada en la historia, y fundada en una interpretación constitucional de tipo originalista”<sup>(22)</sup>.

En definitiva, Gargarella sostiene que la “respuesta ‘histórica’” que ensaya la mayoría en *Dobbs* tiene dificultades que son evidentes e insalvables<sup>(23)</sup>. Y que esos problemas son consecuencia directa de que la mayoría ultraconservadora que impera en la SCOTUS utilizó el método originalista de interpretación para resolver el caso a partir de argumentos insostenibles<sup>(24)</sup>. Antes de analizar críticamente esta afirmación, explicaré brevemente en qué consiste el método de interpretación constitucional conocido como “originalismo”.

## 3. ¿Qué es el “originalismo”?

Gargarella ha advertido durante muchos años acerca de la importancia central que tienen las cuestiones de interpretación, especialmente en materia constitucional<sup>(25)</sup>. Y ha publicado varios trabajos en los que se ocupa de dar a conocer, si bien de forma crítica y parcial, los debates sobre el tema en los Estados Unidos<sup>(26)</sup>. En ese marco, cualquier lector no familiarizado con ese debate podría aceptar, sin mayor reflexión, la caracterización que hace (i) de *Dobbs* como un fallo originalista, (ii) la del originalismo como una teoría de interpretación constitucional “llamativa” que, además, impera en la SCOTUS desde que un grupo de jueces conservadores (o ultraconservadores) alcanzó la mayoría en el tribunal, (iii) la de la SCOTUS como un tribunal de carácter extremista en los últimos años, y (iv) la del “originalismo” aplicado por esa mayoría de jueces militantes de ideología radical como una versión “absurda” de un ya peculiar método de interpretación constitucional.

Sin entrar a considerar la opinión acerca del carácter “extremista” que tendría la SCOTUS en los últimos años (aspecto que no voy a tratar, más allá de señalar que se trata de una apreciación de carácter subjetivo), el resto de las afirmaciones son problemáticas. Ni *Dobbs* es un fallo originalista, ni el originalismo es el método de interpretación constitucional que “prima” o “imperar” en la SCOTUS en los últimos años. Tampoco existe en el tribunal una mayoría de jueces conservadores que pueda denominarse seriamente como “originalista”. Si bien es cierto que la mayoría de la SCOTUS se modificó con las tres designaciones que el presidente Donald Trump hizo

(15) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, p. 1.

(16) Warren presidió la SCOTUS entre 1953 y 1969. Entre esos años, el tribunal dictó gran cantidad de sentencias de enorme impacto en los Estados Unidos. Según se explica en uno de los principales estudios publicados sobre ese período: “It was a period in which the Supreme Court furiously generated precedent after legal precedent that would touch more American lives, then and later, more directly than any other institution or series of events in the twentieth century save the Great Depression” (Schwartz, B., *Inside the Warren Court*, Doubleday & Co., Nueva York, 1983, p. 3. El libro fue escrito con la colaboración de Leshner, S.).

(17) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, pp. 1-2.

(18) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, p. 2.

(19) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, pp. 2-3.

(20) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, p. 3.

(21) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, pp. 3-4.

(22) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, p. 4.

(23) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, p. 5.

(24) Ídem.

(25) Véase, entre otros, Gargarella, R., “Interpretation and Democratic Dialogue”, *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, Curitiba, Vol. 60, No. 2, 2015, p. 42.

(26) Véase, entre otros, Gargarella, R., “Interpretación del Derecho”, en Albanese, S.; Dalla Via, A.; Gargarella, R.; Hernández, A. y Sabsay, D., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 649 y ss.



entre 2017 y 2020<sup>(27)</sup>, no todos los jueces que integran esa nueva mayoría son originalistas. De hecho, tres de los jueces de la mayoría en *Dobbs* no son originalistas: Samuel Alito (redactor del voto de mayoría), Brett Kavanaugh (designado por Trump) y el *Chief Justice* John Roberts. Solamente los tres restantes integrantes de la mayoría alcanzada en *Dobbs* pueden ser considerados como originalistas: Clarence Thomas, Neil Gorsuch y Amy Coney Barrett. Esa supuesta “primacía” de jueces originalistas en la SCOTUS no existe como tal. Nadie que siga la jurisprudencia de la SCOTUS en los últimos 30 años puede afirmar eso. Ninguna versión del originalismo “prima”, “prevalece” o “imperera” ahí.

No voy a cuestionar en detalle la confusa exposición que se hace sobre el originalismo en ese trabajo y que resumí en el punto anterior. Seguramente, por limitaciones de espacio, la explicación adolece de omisiones, simplificaciones y exageraciones. Queda claro, sin embargo, que el autor caricaturiza una teoría de interpretación que, obviamente, no comparte. Lo que, en cambio, sí quiero cuestionar es la idea de que el originalismo emerge como “reacción conservadora” al “liberalismo” judicial de los 60<sup>(28)</sup>. Y que es a partir de ahí que se comenzó a reivindicar lecturas originalistas, profundamente enraizadas o “ancladas” en la historia del país. Esto es doblemente confuso y es importante aclararlo para poder determinar si efectivamente *Dobbs* es o no un fallo originalista.

Por un lado, se olvida que el método originalista histórico se mantuvo vigente durante la segunda parte del siglo XX gracias a jueces como Hugo Black y, fundamentalmente, al trabajo ciclópeo de Raoul Berger<sup>(29)</sup>. Tanto Black como Berger eran progresistas, admiradores del llamado *New Deal*. No eran conservadores<sup>(30)</sup>. Por el otro, como explico en el punto que sigue, la “curiosa indagación histórica”<sup>(31)</sup> que Gargarella critica no es originalista, sino que, en realidad, es el producto de un test antiguo creado en el marco de la jurisprudencia de la Enmienda XIV. Y ese test no es originalista: fue creado por los jueces.

Sorprende, además, que el trabajo que critico cite solamente a Scalia y que se quiera emparentar al originalismo con una posición “ultraconservadora”. Aunque no es este el lugar para hacer una historia detallada del originalismo como método de interpretación constitucional, me parece que es importante hacer un par de aclaraciones básicas. Si bien se suele personificar al originalismo en la figura del *Justice Antonin Scalia* para remarcar que se trata de un método “conservador” en términos políticos, esto es un error. Scalia es, sin duda, una figura importante dentro del originalismo: fue quien propuso a mediados de 1986 abandonar la interpretación a partir de las intenciones de los *Founding Fathers* o los *Framers* y concentrarse exclusivamente en el significado público original del texto constitucional<sup>(32)</sup>. Sin embargo, el originalismo como

teoría y método de interpretación constitucional a nivel académico en los Estados Unidos ha tenido un desarrollo extraordinario en los últimos 30 años. Ese desarrollo trasciende largamente la figura de Scalia.

En la actualidad, el originalismo es una familia de teorías que incluye a autores que se definen políticamente como conservadores, anarquistas, progresistas, liberales en sentido clásico, libertarios, etcétera. Con independencia de la ideología de cada uno de ellos, todos coinciden en recuperar el mismo significado original del texto constitucional a partir de una metodología que consideran neutra en términos políticos. Sus diferentes ideologías políticas no pretenden incidir en la interpretación constitucional. El originalismo no les devuelve como un espejo su propia ideología política al interpretar la Constitución, sino que es una puerta que los conduce al significado originario del texto<sup>(33)</sup>.

Así es que el originalismo está lejos de agotarse en la figura de un autor o en su supuesto conservadurismo en términos políticos. Sin estudiar en detalle los trabajos de Larry Solum<sup>(34)</sup>, Randy Barnett<sup>(35)</sup>, Gary Lawson<sup>(36)</sup>,

*posted high up on the pillars of the forum, thus rendering them more difficult to read and more easy to transgress unknowingly. The secrets of legislative history are the twentieth-century equivalent of high-posting. Statutes should be interpreted, it seems to me, not on the basis of the unpromulgated intentions of those who enacted them (assuming quite unrealistically as to most points of interpretation that such unpromulgated intentions actually existed on the part of more than a few legislators) but rather on the basis of what is the most probable meaning of the words of the enactment, in the context of the whole body of public law with which they must be reconciled*” (“Address by Justice Antonin Scalia before the Attorney General’s Conference on Economic Liberties in Washington, D.C. (June 14, 1986)”, Report to the Attorney General. *Original meaning jurisprudence: A sourcebook*, U.S. Department of Justice, Office of Legal Policy, 12 de marzo de 1987, p. 103 y ss. Énfasis en el original. Copia en poder del autor). En materia constitucional, Scalia propuso abandonar la expresión “intenciones originales” y reemplazarla por “significado original” (“In the interests of precision, however, I suppose I ought to campaign to change the label from the Doctrine of Original Intent to the Doctrine of Original Meaning. As I often tell my law clerks, terminology is destiny”, ob. cit., p. 106).

(33) Alguien podría plantear a un originalista, parafraseando al *Justice Felix Frankfurter*, que “[e]s una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional norteamericano el confinarlo a las palabras de la Constitución y dejar de lado las glosas que la vida ha escrito sobre ellas”. La respuesta de ese originalista sería, probablemente, que, por un lado, esa frase de Frankfurter está sacada de contexto y no impugna el apegarse al texto constitucional en sí, sino el desprecio a la práctica constitucional como elemento para interpretar ese texto en lo referido al sistema de gobierno. En efecto, lo que dijo Frankfurter es sutilmente distinto: “*The Constitution is a framework for government. Therefore, the way the framework has consistently operated fairly establishes that it has operated according to its true nature. Deeply embedded traditional ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they give meaning to the words of a text or supply them. It is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them*” (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, p. 610 [1952]). Por el otro, ese originalista apelaría a lo dicho por el mismo Frankfurter que, en un caso en el que se discutía el alcance de la doctrina de la inmunidad tributaria del gobierno, aclaró que es más importante lo que dice el texto de la Constitución que lo que los jueces dijeron acerca de ella: “*The judicial history of this doctrine of immunity is a striking illustration of an occasional tendency to encrust unwarranted interpretations upon the Constitution, and thereafter to consider merely what has been judicially said about the Constitution, rather than to be primarily controlled by a fair conception of the Constitution. Judicial exegesis is unavoidable with reference to an organic act like our Constitution, drawn in many particulars with purposed vagueness so as to leave room for the unfolding future. But the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself, and not what we have said about it*” (*Graves v. New York ex rel. O’Keefe*, 306 U.S. 466, pp. 491/492 [1939]).

(34) Entre su prolífica obra, además de los trabajos que cito más adelante, menciono solo algunos de los más importantes, Solum, L. B., “The Public Meaning Thesis: An Originalist Theory of Constitutional Meaning”, *Boston University Law Review*, Vol. 101, 2021, p. 1953; “Originalism versus living constitutionalism: the Conceptual Structure of the Great Debate”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, 2019, p. 1243; “Originalist Methodology”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 84, 2017, p. 269; “Intellectual History as Constitutional Theory”, *Virginia Law Review*, Vol. 101, 2015, p. 1111; “Originalism and Constitutional Construction”, *Fordham Law Review*, Vol. 82, 2013, p. 453; etc.

(35) Barnett, R. E., *The Original Meaning of the 14th Amendment. Its Letter & Spirit*, Cambridge, Harvard University Press, 2021 (en coautoría con Bernick, E.); “The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 107, 2018, p. 1 (en coautoría con Bernick, E.); “Interpretation and Construction”, *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, Vol. 34, No. 1, 2012, p. 65; *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 2004; “An Originalism for Non-Originalists”, *Loyola Law Review*, Vol. 45, 1999, p. 611; “The Relevance of the Framers Intent”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 19, 1996, p. 403; etc.

(36) Además del trabajo que cito más adelante, menciono Lawson, G., “Reflections of an Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right

(27) Trump designó como jueces en la SCOTUS a Neil McGill Gorsuch en reemplazo de Antonin Scalia en abril de 2017, a Brett Michael Kavanaugh en reemplazo de Anthony Kennedy en octubre de 2018, y a Amy Vivian Coney Barrett en reemplazo de Ruth Bader Ginsburg en octubre de 2020.

(28) La palabra “liberal” en el contexto anglosajón puede inducir a confusión. Ese “liberalismo”, por ejemplo, es contrario al llamado “liberalismo clásico” (al respecto, ver Smith, G. H., *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 7-25).

(29) Nacido en Rusia, en 1901, Berger abandonó una carrera como concertista de violín para dedicarse al Derecho. Después de décadas de ejercicio de la profesión en ámbitos públicos y privados, Berger dedicó sus últimos años a la vida académica en Berkeley, primero, y luego en Harvard. Uno de sus varios libros (*Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, publicado en 1977) causó una gran controversia académica por su defensa de la interpretación de la Enmienda XIV basada en el método originalista. Esa controversia se mantuvo por varios años. Berger contestó a cada uno de sus críticos a través de decenas de artículos. En su importante historia sobre el originalismo, O’Neill afirma que “la motivación de atacar o refutar a Berger, sumado a su tenacidad en responder a sus críticos, fue una de las grandes razones por las que el originalismo se convirtió en un tema central de debate en la teoría constitucional estadounidense” (O’Neill, J., *Originalism in American Law and Politics*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2005, p. 125).

(30) Más adelante me referiré concretamente a ese intento de asociar, de forma inescindible, el “originalismo” con el pensamiento conservador como si fueran sinónimos.

(31) Gargarella, “El derecho al aborto según ‘Dobbs’...”, p. 3.

(32) El 14 de junio de 1986, en un discurso ante los integrantes de la oficina del *Attorney General*, Scalia criticó la interpretación a partir de la intención del legislador o del constituyente y sostuvo: “*Even beyond the unreliability of almost all legislative history (most of which is now cooked-up legislative history) as an indication of intent, it seems to me that asking what the legislators intended rather than what they enacted is quite the wrong question. Nero, it is said, used to have his edicts*

John McGinnis y Mike Rappaport<sup>(37)</sup>, Larry Alexander<sup>(38)</sup>, William Baude<sup>(39)</sup>, Keith Whittington<sup>(40)</sup>, Richard Kay<sup>(41)</sup>, Stephen Sachs<sup>(42)</sup>, Steven G. Calabresi<sup>(43)</sup>, Ilan Wurman<sup>(44)</sup>, o Robert Natelson<sup>(45)</sup>, por citar solo algunos de los más conocidos e importantes, es imposible entender la sofisticación que el originalismo ha ido ganando como teoría y método de interpretación desde la década de 1980.

El término “originalismo” fue inventado en 1980 por Paul Brest, decano de la Facultad de Derecho de Stanford, en un famoso artículo en el que criticaba el método de interpretación basado en las intenciones del constituyente<sup>(46)</sup>. La crítica de Brest que, prematuramente, fue considerada como un certificado de defunción de ese método de interpretación constitucional, enfatizaba la dificultad de comprobar las intenciones originales de los redactores de un documento salido de una convención constitucional integrada por muchas personas. Y también la de comprobar las intenciones de un grupo aun mayor de representantes reunidos para ratificarla ya no en una, sino en varias convenciones en diferentes estados. Paradójicamente, el originalismo como teoría de interpretación constitucional empezó a desarrollarse a partir de esa crítica. El cambio propuesto por Scalia en 1986 permitió sortear esa dificultad supuestamente insalvable y marcó el abandono gradual de una interpretación del texto constitucional a partir de las intenciones de los constituyentes. Desde entonces, el llamado “originalismo de intenciones originales” es defendido por muy pocos autores<sup>(47)</sup>. De hecho, el reciente

libro de Donald Drakeman<sup>(48)</sup> es la primera defensa extensa de un originalismo intencionalista que se publica en varios años.

La idea central del originalismo es que el significado del texto constitucional debe permanecer idéntico y aplicarse tal cual es hasta que sea modificado como corresponde, es decir, a través del mecanismo de reforma previsto en la propia Constitución. A riesgo de simplificar demasiado, esa familia de teorías que componen el originalismo comparte al menos dos tesis. La primera es la “Tesis de la Fijación”, esto es que el significado lingüístico o, con mayor precisión, el contenido comunicativo del texto constitucional queda fijado al momento en que cada artículo se sanciona o ratifica. Del mismo modo, el contenido comunicativo de cada reforma o enmienda de la Constitución queda fijado al momento en que esta se sanciona o ratifica (no todo vuelve a Filadelfia en 1787, ni tiene que ver con qué dijeron Madison o Hamilton como se suele caricaturizar). El contenido comunicativo de la Constitución queda fijado al momento en que el texto de cada artículo o enmienda es comunicado al público<sup>(49)</sup>. El contenido comunicativo se distingue así del contenido legal del texto. El contenido legal de una disposición constitucional puede ser más rico que el contenido comunicativo de su texto (por ejemplo, la regulación de tiempo, lugar y forma en materia de libertad de expresión<sup>(50)</sup>). También pueden ser idénticos (dos senadores por estado)<sup>(51)</sup>.

La otra tesis que sostienen todas las teorías que integran lo que, en conjunto, se conoce como “originalismo” es el “Principio de la Restricción”. Bajo este principio, el contenido comunicativo del texto debe restringir la práctica constitucional. Dicho de otro modo, ese contenido comunicativo del texto constitucional debe ser seguido por los actores constitucionales. Por ello, las acciones que tomen esos actores constitucionales, incluidos los jueces de la SCOTUS al momento de decidir casos concretos, deben ser consistentes con el contenido comunicativo y el significado original del texto constitucional<sup>(52)</sup>.

Dada la ambigüedad del término “interpretación”, creo que es importante referirme a otras de las tesis que defienden algunos originalistas. Me refiero a la distinción entre “interpretación” y “construcción” o “interpretación” y “aplicación”. Esos originalistas (por ejemplo, Barnett) distinguen entre la actividad de determinar el contenido lingüístico de un texto (interpretación<sup>(53)</sup>) y la actividad de poner en práctica ese contenido a la hora de resolver un caso concreto (construcción-aplicación). Se trata de dos actividades conceptualmente distinguibles. Y, más allá de la terminología, si estamos frente a dos actividades distintas, es útil tener dos palabras diferentes para identificarlas.

Obviamente, en la práctica, ambas acciones se suelen manifestar de forma simultánea. Sin embargo, el originalismo entiende que esa distinción conceptual entre “interpretar” y “aplicar” es necesaria. Es una de las formas

This Time)”, *Boston University Law Review*, Vol. 96, 2016, p. 1457; “No History, No Certainty, No Legitimacy, No Problem: Originalism and the Limits of Legal Theory”, *Florida Law Review*, Vol. 64, 2012, p. 1551; “Dead Document Walking”, *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, p. 1225; “Delegation and Original Meaning”, *Virginia Law Review*, Vol. 88, 2002, p. 327; etc.

(37) Cito solo algunos de los trabajos que ambos autores publicaron en conjunto, no los individuales: McGinnis, J. O. y Rappaport, M., “Unifying Original Intent and Original Public Meaning”, *Northwestern Law Review*, Vol. 113, No. 6, 2019, p. 1371; “The Constitution and the Language of the Law”, *William & Mary Law Review*, Vol. 59, No. 4, 2018, p. 132; *Originalism and the Good Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2013; “The Abstract Meaning Fallacy”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2012, 2012, p. 737; “Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 103, 2009, p. 751; etc.

(38) Alexander, L., “Originalism – The Why and the What”, *Fordham Law Review*, Vol. 82, 2013, p. 539; “Of Living Trees and Dead Hands: The Interpretation of Constitutions and Constitutional Rights”, *Canadian Journal Law & Jurisprudence*, Vol. 22, 2009, p. 227; “Originalism, Or Who Is Fred?”, *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, Vol. 19, 1996, p. 321; etc.

(39) Baude, W., “Constitutional Liquidation”, *Stanford Law Review*, Vol. 71, 2019, p. 1; “The Court or the Constitution”, en *Moral Puzzles and Legal Perplexities: Essays on the Influence of Larry Alexander*, Nueva York, Cambridge University Press, 2018; “Originalism as a Constraint on Judges”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 84, 2017, p. 2213; etc.

(40) Whittington, K. E., *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999; *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; etc.

(41) Además del trabajo al que refiero más adelante, menciono Kay, R., “Original Intent and Public Meaning in Constitutional Interpretation”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 103, No. 2, 2009, p. 703; “Originalist Values and Constitutional Interpretation”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 19, No. 2, 1996, p. 335; “Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution”, *Constitutional Commentary*, Vol. 6, No. 1, 1989, p. 39; etc.

(42) Sachs, S. E., “Originalism: Standard and Procedure”, *Harvard Law Review*, Vol. 135, 2022, p. 777; “Originalism Without Text”, *The Yale Law Journal*, Vol. 127, 2017, p. 156; “Originalism as a Theory of Legal Change”, *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, Vol. 38, 2015, p. 817; etc.

(43) Calabresi, S. G., “Originalism and James Bradley Thayer”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, No. 6, 2019, p. 1419; “On Originalism and Liberty”, *Cato Supreme Court Review*, Vol. 2015, 2016, p. 17; “A Critical Introduction to the Originalism Debate”, *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, Vol. 31, 2008, p. 875; etc.

(44) Wurman, I., *A Debt Against the Living. An Introduction to Originalism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017; “The Original Understanding of Constitutional Legitimacy”, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2014, 2014, p. 819; etc.

(45) Natelson, R. G., *The Original Constitution. What it Actually Said and Meant*, 3ra. ed., Colorado Springs, Apis Books, 2015; “The Original Meaning of the Privileges and Immunities Clause”, *Georgia Law Review*, Vol. 43, 2009, p. 1117; “The Founders’ Hermeneutic: The Real Original Understanding of Original Intent”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 68, 2007, p. 1239; etc.

(46) Brest, P., “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review*, Vol. 60, 1980, p. 204.

(47) Un ejemplo notable es el de Richard Kay y su célebre trabajo “Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 82, 1988, p. 226. Lejos de ser “ridícula”, “absurda” o

“pobre”, la defensa de Kay del originalismo intencionalista merece ser leída con cuidado. Está fuertemente influida por un libro indispensable del hoy profesor emérito de la Universidad de Virginia: Hirsch, Jr., E. D., *Validity in Interpretation*, New Haven, Yale University Press, 1967.

(48) Drakeman, D., *The Hollow Core of Constitutional Theory. Why We Need the Framers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

(49) Solum, L. B., “The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 91, 2015, p. 1.

(50) Cfr. *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941).

(51) La distinción entre contenido comunicativo y contenido legal del texto constitucional ha sido defendida por Solum, quien la explica de esta forma: “For any given legal text, we can distinguish two kinds of content. First, legal texts have communicative content. The phrase ‘communicative content’ is simply a precise way of labeling what we usually call the ‘meaning’ or ‘linguistic meaning’ of the text. Legal texts also have associated legal content. ‘Legal content’ is a precise way of labeling the content of the legal norms the text produces. In the case of the Constitution, for example, we can distinguish the communicative content of the constitutional text and the legal content of the doctrines of constitutional law that are associated with the text” (Solum, L. B., “Communicative Content and Legal Content”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 89, 2013, p. 479).

(52) Véase, entre otros, Solum, L. B., “Construction and Constraint: Discussion of Living Originalism”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, 2013, pp. 21-22.

(53) La interpretación de un texto (entendida como la determinación de su significado lingüístico o de su contenido comunicativo en contexto) involucra la identificación de, por lo menos, tres elementos: (i) principios de admisibilidad (que determinan qué evidencia es admisible para establecer una interpretación como correcta); (ii) principios de significancia (que determinan los criterios para evaluar qué importancia tienen las distintas evidencias consideradas previamente como admisibles); y (iii) estándares de prueba (que determinan cuán fuerte y significativa tiene que ser la evidencia admisible para justificar que una interpretación es correcta o no) (Cfr. Lawson, “On Reading Recipes...”, p. 1828).

de preservar al texto de la Constitución como vara para medir la validez o no de la aplicación de ese mismo texto constitucional que haga un juez en un caso concreto. Caso contrario, habría que aceptar que “la constitución es lo que los jueces dicen que es”, ya que la Constitución no tiene “autonomía semántica”. Al igual que todo texto escrito, la Constitución tiene un significado solamente si alguien se lo asigna<sup>(54)</sup>.

Para el originalismo, el significado del texto constitucional es el que le asignaron sus autores. Lo que pretende el originalismo como método de interpretación es, precisamente, tratar de recuperar ese significado original o ese contenido comunicativo del texto constitucional que los constituyentes quisieron comunicar. Y que ese contenido comunicativo del texto constitucional sea seguido y respetado por los funcionarios del gobierno a la hora de tomar decisiones, en particular, los jueces cuya autoridad para resolver casos concretos deriva de la propia Constitución.

Todas las tesis del originalismo como teoría y método de interpretación constitucional tienen aspectos descriptivos y normativos sobre los que no voy a profundizar, ya que no se relacionan con lo que quiero señalar, a saber: que la mayoría de *Dobbs* no aplica ninguna de las tesis centrales del originalismo. Por el contrario, cualquiera que lea el fallo de forma desapasionada está obligado a concluir que se trata, ni más ni menos, de un clásico ejemplo de la jurisprudencia de la cláusula del debido proceso sustantivo en el marco de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos.

Tal como explico en el punto que sigue, esa jurisprudencia de la Enmienda XIV no pretende determinar el significado original del texto constitucional para después resolver un caso. En realidad, la jurisprudencia en cuestión se desarrolló hace más de 140 años para determinar cuándo un derecho no enumerado en el texto constitucional puede ser considerado como “fundamental” y, por eso, digno de protección judicial. Ese test jurisprudencial en el marco de la Enmienda XIV es conocido actualmente en los Estados Unidos como el test de *Glucksberg*. Es un test creado por los jueces y que obliga a analizar si el derecho no enumerado que se invoca en juicio está “objetiva y hondamente enraizado en la historia y la tradición nacional” [*objectively deeply rooted in the nation’s history and tradition*] e “implícito en el concepto de libertad ordenada” [*implicit in the concept of ordered Liberty*]. Ese derecho no enumerado, además, debe ser descrito de manera cuidada y precisa. Ese test no es el fruto de una interpretación originalista del texto constitucional. Es una expresión típica de la llamada *living constitution*.

#### 4. *Dobbs* no es un fallo originalista

Alguien podría plantear que el primer paso del llamado test de *Glucksberg* requiere inevitablemente mirar al pasado para determinar si un derecho no enumerado está hondamente enraizado [*deeply rooted*] en la historia y la tradición norteamericana. Y que, por ende, esa parte del test tiene una reminiscencia claramente originalista por la aplicación de un método de tipo historicista que obliga a mirar ese pasado. Es lo que hace Gargarella en el artículo mencionado; allí plantea, erróneamente, que el originalismo es un método que permite a los jueces bucear libremente en la historia para encontrar las soluciones para decidir los casos.

Sin embargo, esa reminiscencia es meramente superficial y puede inducir a engaño. En primer lugar, el enfoque

(54) Tal como plantea Hirsch: “*meaning is an affair of consciousness not of words. Almost any word sequence can, under the conventions of language, legitimately represent more than one complex meaning. A word sequence means nothing in particular until somebody either means something by it or understands something from it. There is no magic land of meanings outside human consciousness. [...] Whenever meaning is attached to a sequence of words it is impossible to escape an author*” (Hirsch Jr., E.D., *Validity in Interpretation*, New Haven, Yale University Press, 1967, pp. 3-4). La interpretación de un texto tiene que representar el significado que alguien le asignó: o el que le asignó el autor o el que le asigna el intérprete. ¿Qué pasa si destierro al autor como aquel que determina el significado del texto? Obviamente, pierdo un criterio adecuado para juzgar la validez de una interpretación. Una vez desterrado el autor, el estudio de lo que un texto dice se convierte en el estudio de lo que el texto dice para el intérprete (un ejemplo típico es la crítica literaria en el que un texto tiene tantos significados como intérpretes). Dado que la Constitución no es lo que los jueces dicen que es, la constitución como texto tiene que tener un significado distinto, previo, independiente, etc. Ese significado del texto constitucional es el que los jueces deberían aplicar a la hora de resolver casos.

del test no pasa por determinar el significado del *texto* constitucional en un momento histórico determinado. Por el contrario, el test obliga a los jueces a hacer una indagación histórica para determinar algo que está claramente fuera del texto: si un derecho no enumerado en el texto constitucional está o no hondamente enraizado [*“deeply rooted”*] en la historia y la tradición norteamericana. En segundo lugar, esa indagación histórica es la que, en teoría, permite a los jueces dar el paso siguiente y valorar que un derecho no enumerado es “fundamental”. Esa valoración es totalmente ajena al texto constitucional, que en ninguna parte exige algo semejante, sea de forma explícita o implícita. En tercer lugar, para determinar si un derecho no enumerado en la Constitución está o no “hondamente enraizado” en la historia y la tradición se requiere un análisis más propio de la sociología que del derecho. No implica la aplicación de una metodología que permita recuperar el significado original del texto constitucional, sino buscar algo que está afuera del texto constitucional. En cuarto lugar, no puede olvidarse que el paso adicional siguiente es determinar si ese derecho no enumerado se encuentra “implícito en el concepto de libertad ordenada”. Ese análisis requiere una valoración más propia de la filosofía moral que del derecho.

Nadie puede concluir seriamente que el análisis que acabo de describir es propio del método de interpretación originalista. Además, (i) dado que la jurisprudencia en el marco del llamado debido proceso sustantivo de la Enmienda XIV existe, como ya dije, hace más de 140 años; y (ii) que ese es el método que la mayoría aplica efectivamente en *Dobbs*, no se lo puede ignorar como si no existiera. Quien, a pesar de todo, quiera sostener tozudamente que el método de *Dobbs* es originalista tiene que explicar primero las razones por las que no lo caracteriza como lo que es: un típico caso de jurisprudencia del debido proceso sustantivo en el marco de la Enmienda XIV.

El lector local no familiarizado con la historia constitucional estadounidense podría verse legítimamente extrañado frente a un mecanismo tan complicado para determinar si un derecho no enumerado concretamente en el texto de la Constitución es digno o no de protección judicial. Máxime cuando la propia Constitución estadounidense tiene desde 1791 un texto expreso que se refiere concretamente a derechos no enumerados: la Enmienda IX, fuente directa del art. 33 de la Constitución Nacional<sup>(55)</sup>. No solo eso, la propia Enmienda XIV incluye una primera parte que establece otro reconocimiento expreso de derechos no enumerados cuando dispone que los estados no pueden sancionar o ejecutar leyes que restrinjan “los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”<sup>(56)</sup>. ¿Cómo explicar, entonces, la creación jurisprudencial de un test tan complicado cuando el propio texto de la Constitución tiene referencias concretas a derechos no enumerados en más de una de sus disposiciones?

La explicación más simple es la siguiente: por un lado, además de limitar su aplicación solamente al gobierno federal, salvo casos muy excepcionales, los jueces de la SCOTUS eludieron sistemáticamente a la Enmienda IX para resolver casos concretos<sup>(57)</sup>. Por el otro, la primera

(55) Sobre la influencia de la Enmienda IX en el art. 33 de nuestra Constitución, véase García Mansilla, M. J., “¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL, Parte II, 2014, pp. 511-560.

(56) Cabe aclarar que, hasta finalizada la Guerra Civil y la sanción la Enmienda XIV, los derechos reconocidos en el *Bill of Rights* se consideraban oponibles únicamente al gobierno federal conforme lo decidido por la SCOTUS en *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833). Cada estado tenía sus propias declaraciones de derechos, en muchos casos anteriores a la sanción de la Constitución federal como, por ejemplo, la célebre Declaración de Derechos de Virginia de 1776. La Enmienda XIV vino a solucionar ese problema y a establecer límites concretos al accionar de los gobiernos estatales a partir de derechos reconocidos en la Constitución federal. Además, a partir de la disidencia del *Justice* Hugo Black en el caso *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947), empezó a desarrollarse una teoría, no exenta de polémicas, que plantea que la Enmienda XIV “incorporó” el *Bill of Rights* federal como límite al accionar de los gobiernos estatales.

(57) La SCOTUS se niega a reconocer derechos no enumerados a partir de la Enmienda IX (véase, por ejemplo, la opinión del *Justice* Scalia en el caso *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, p. 91 (2000): “*the [Ninth Amendment’s] refusal to ‘deny or disparage’ other rights is far removed from affirming any one of them, and even further removed from authorizing judges to identify what they might be, and to enforce the judges’ list against laws duly enacted by the people*”). Esa actitud de la SCOTUS ha generado un importante debate entre los originalis-

parte de la Sección 1 de la Enmienda XIV que reconoce la protección de los “privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos” fue anulada en sus efectos prácticos en la primera oportunidad que la SCOTUS tuvo para revisarla después de terminada la Guerra Civil. Así ocurrió en los llamados “Slaughter-House Cases”<sup>(58)</sup> de 1873 que convirtieron a esa cláusula de los privilegios e inmunidades de la Enmienda XIV en letra muerta<sup>(59)</sup>.

Es por ese polémico fallo de 1873 que aparece después toda esa alambicada creación jurisprudencial que llega modernamente hasta el llamado test de *Glucksberg* para determinar cuándo un derecho no enumerado en la Constitución puede ser considerado como “fundamental” y, por ende, digno de protección judicial en contra de un estado. Fueron los propios jueces de la SCOTUS los que, al anular en la práctica a una parte del texto constitucional e ignorar sistemáticamente otra, inventaron ese test en su reemplazo. Y lo hicieron a partir de una lectura peculiar de la llamada “cláusula del debido proceso legal”, en la oración siguiente de la misma sección de la Enmienda XIV. Esa cláusula no se refiere a derechos no enumerados, sino que dispone que ningún estado podrá privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal<sup>(60)</sup>. Es decir, una garantía de tipo procedimental. Sin embargo, los jueces de la SCOTUS derivaron de allí un límite de tipo sustantivo al accionar de los estados. De ahí surge el nombre, originalmente peyorativo, con el que se conoce a esa peculiar lectura de esa parte de la Enmienda XIV: el “debido proceso sustantivo”<sup>(61)</sup>.

El test aplicado en “Dobbs” fue delineado por los jueces de la SCOTUS a través de esa jurisprudencia del llamado “debido proceso sustantivo” que tiene una larga genealogía. Ese test es fruto de una compleja evolución jurisprudencial y no de una interpretación del significado original del texto constitucional. Cito extractos solo de algunos precedentes de esa evolución de casos para no aburrir al lector (aunque, aclaro, están lejos de ser los únicos). Empiezo por *Hurtado v. People of California*<sup>(62)</sup> en 1884. Allí la SCOTUS propone analizar si un derecho no enumerado se encuentra “dentro de los límites de los principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de todas nuestras instituciones civiles y políticas”<sup>(63)</sup>. O si se asimila a “ciertas garantías de los derechos de vida, libertad, y propiedad, que durante mucho tiempo se habían considerado fundamentales en las instituciones anglosajonas”<sup>(64)</sup>. Estas expresiones son las precursoras de las que terminan formando parte del análisis de lo que hoy se conoce como “test de *Glucksberg*”. Son las que reemplazan la aplicación del texto constitucional por un test creado por los jueces.

Algo similar ocurre con la idea de la “libertad ordenada” que también evoluciona a partir de varios fallos como,

tas acerca de la Enmienda IX que merece detenida consideración. Al respecto, entre muchos otros, véase Barnett, R. E., “Reconceiving the Ninth Amendment”, *Cornell Law Review*, Vol. 74, 1988, p. 1; McAfee, T. B., “The Original Meaning of the Ninth Amendment”, *Columbia Law Review*, Vol. 90, 1990, p. 1215; Lash, K. T., “The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment”, *Texas Law Review*, Vol. 83, 2005, p. 597; Barnett, R. E., “The Ninth Amendment: It Means What It Says”, *Texas Law Review*, Vol. 85, 2006, p. 1; Lash, K. T., “A Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment”, *Stanford Law Review*, Vol. 60, 2008, p. 895; Barnett, R. E., “Kurt Lash’s Majoritarian Difficulty: A Response to a Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment”, *Stanford Law Review*, Vol. 60, 2008, p. 937; McConnell, M. W., “Natural Rights and the Ninth Amendment: How Does Lockean Theory Assist in Interpretation?”, *New York University Journal of Law & Liberty*, Vol. 5, 2010, p. 1; etc.

(58) 83 U.S. 36 (1872).

(59) Cfr. Morrison, S., “Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The judicial interpretation”, *Stanford Law Review*, Vol. 2, 1949, p. 144.

(60) El texto completo de la Sección 1 de la Enmienda XIV es: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

(61) Dentro del originalismo hay un interesante debate acerca del significado original de la cláusula del debido proceso legal de la Enmienda XIV que no voy a explicar por cuestiones de espacio. El lector interesado puede ver esa discusión en detalle en Barnett, R. E. y Bernick, E. D., *The Original Meaning of the 14th Amendment. Its Letter & Spirit*, Cambridge, Harvard University Press, 2021, pp. 261-298.

(62) 110 U.S. 516 (1884).

(63) 110 U.S., p. 535.

(64) 110 U.S., p. 539.

por ejemplo, *Meyer v. Nebraska*<sup>(65)</sup>, cuando al referirse al término “libertad” en la Enmienda XIV se dice: “Si bien este Tribunal no ha intentado definir con exactitud la libertad así garantizada, el término ha recibido mucha consideración y algunas de las cosas incluidas han sido expresadas definitivamente. Sin duda, denota no solo la libertad de una restricción corporal, sino también el derecho del individuo a contratar, a dedicarse a cualquiera de las ocupaciones comunes de la vida, a adquirir conocimientos útiles, a casarse, establecer un hogar y criar hijos, a adorar a Dios de acuerdo con los dictados de su propia conciencia y, en general, de disfrutar de esos privilegios reconocidos durante mucho tiempo en el *common law* como esenciales para la búsqueda ordenada de la felicidad por parte de los hombres libres”<sup>(66)</sup>. Nuevamente, estamos frente a un test creado por los jueces.

A partir de ese desarrollo llegamos a casos como *Snyder v. Massachusetts*<sup>(67)</sup>, en el que la SCOTUS sostuvo que el estado demandado podía regular el proceso penal “de acuerdo con su propia concepción de la política y la equidad, a menos que al hacerlo ofenda algún principio de justicia tan arraigado en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo como para ser clasificado como fundamental”<sup>(68)</sup>. Y al célebre *Palko v. Connecticut*<sup>(69)</sup>, redactado por el Justice Benjamin Cardozo, a quien no se considera como “conservador”, sino “progresista”<sup>(70)</sup>. Allí se combinan los dos análisis expuestos para decidir que una condena a muerte de alguien que ya había sido sentenciado a prisión perpetua en un juicio anterior por el mismo hecho no violaba la Enmienda XIV. Según Cardozo, “el derecho a un juicio por jurado y la inmunidad de persecución excepto como resultado de una acusación pueden tener valor e importancia. Aun así, no son de la esencia misma de un esquema de libertad ordenada. Abolirlos no es violar un ‘principio de justicia tan arraigado en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo como para ser catalogado como fundamental’ [...]. Pocos serían tan estrechos o parroquiales como para sostener que un sistema justo e ilustrado de justicia sería imposible sin ellos”<sup>(71)</sup>.

Estos casos de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX como *Hurtado*, *Meyer*, *Snyder* y *Palko*, así como otros posteriores como, por ejemplo, *Moore v. City of East Cleveland, Ohio*<sup>(72)</sup>, son los precursores directos de lo que modernamente se conoce como el test de *Glucksberg*, a partir del caso *Washington v. Glucksberg*<sup>(73)</sup>. Allí la SCOTUS reafirmó el test que aplica para que un derecho no enumerado pueda ser considerado como “fundamental” en el marco de la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV. Ese test obliga a los jueces a analizar si el derecho no enumerado que se invoca en juicio está “objetiva y hondamente enraizado en la historia y la tradición nacional” e “implícito en el concepto de libertad ordenada”. Y también a verificar si ese derecho no enumerado en el texto constitucional fue descrito de manera cuidada y precisa<sup>(74)</sup>. Para ello, dice la SCOTUS, “la historia, las tradiciones jurídicas y las prácticas de nuestra Nación brindan las ‘guías cruciales para la toma de decisiones responsables’ [...], que dirigen y restringen nuestra exposición de la Cláusula del Debido Proceso”<sup>(75)</sup>.

(65) 262 U.S. 390 (1923).

(66) 262 U.S., p. 399.

(67) 291 U.S. 97 (1934).

(68) 291 U.S., p. 105.

(69) 302 U.S. 319 (1937).

(70) “Cardozo can be summed up as a ‘progressive’ judge” (Spillenger, C., “Cloistered Cleric of the Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, 1999, p. 511).

(71) 302 U.S., p. 325.

(72) 431 U.S. 494 (1977).

(73) 521 U.S. 702 (1997).

(74) “Our established method of substantive-due-process analysis has two primary features: First, we have regularly observed that the Due Process Clause specially protects those fundamental rights and liberties which are, objectively, ‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition’, [...]; *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934) (‘so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental’), and ‘implicit in the concept of ordered liberty’, such that ‘neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed’, *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325, 326 (1937). Second, we have required in substantive-due-process cases a ‘careful description’ of the asserted fundamental liberty interest” (521 U.S., pp. 720-721).

(75) “Our Nation’s history, legal traditions, and practices thus provide the crucial ‘guideposts for responsible decisionmaking’, [...], that direct and restrain our exposition of the Due Process Clause” (521 U.S., p. 721).

El marco de análisis del test de *Glucksberg* asume la validez del llamado “debido proceso sustantivo”. Ese es el test que la mayoría de la SCOTUS aplica en *Dobbs*. Así es que el peculiar uso de la historia que se hace en *Dobbs* no es producto de haber seguido una metodología originalista. Ese test no surge de una interpretación del significado original del texto constitucional, sino que es una creación de los jueces.

Esta jurisprudencia del debido proceso sustantivo no pretende verificar qué significado tiene el texto de la Enmienda XIV y a partir de ahí resolver un caso. Lo que intenta determinar, insisto, es cuándo un derecho no enumerado en la Constitución puede ser considerado como “fundamental”. ¿En qué parte del texto constitucional se limitan esos derechos no enumerados a aquellos que el gobierno considere “fundamentales”? En ninguna parte. Ni en la Enmienda XIV, ni en ningún otro artículo de la Constitución hay referencia alguna a derechos no enumerados “fundamentales”. Bajo esta jurisprudencia, los jueces no se preguntan qué son o cuáles son, por ejemplo, los “privilegios e inmunidades” a que se refiere concretamente el texto de la primera parte de la Enmienda XIV. Tampoco se preguntan cuáles son los derechos no enumerados a que se refiere concretamente el texto de la Enmienda IX.

Vemos así que ese test que la SCOTUS aplica para determinar si un derecho no enumerado es “fundamental” no es producto de un razonamiento o de un método de interpretación originalista. Por el contrario, se basa en una larga serie de precedentes que son ejemplos de la némesis del originalismo, esto es, la llamada *living constitution*. Por eso, es un error técnico denominar como originalista a una sentencia que no es producto de esa metodología de interpretación constitucional, sino del test de *Glucksberg*. De hecho, hay autores como Cass Sunstein que, aunque comparten una posición crítica hacia *Dobbs*, reconocen que es un fallo que no puede ser catalogado de ninguna manera como “originalista”. Sunstein afirma, con razón, que “la opinión de la Corte es enfáticamente originalista”<sup>(76)</sup>.

Sin embargo, a un lector poco avezado en las discusiones políticas alrededor de la SCOTUS le puede llamar la atención que, así y todo, existan trabajos no académicos en los Estados Unidos que critican a *Dobbs* como producto de algo a lo que también llaman “originalismo”. Y esto, obviamente, induce a confusión. De hecho, sin esa advertencia previa, me sugirieron que lea un reciente artículo publicado por Reva Siegel en el *Washington Post* cuyo título y subtítulos son ilustrativos<sup>(77)</sup>. Pero, como lo sugiere ya el propio artículo desde el vamos, el planteo no es de índole jurídica, sino netamente política. De hecho, Siegel es una académica progresista que cree, de manera ferviente e inmovible, que el originalismo es una ideología de derecha que tiene como objetivo principal dar legitimidad a decisiones conservadoras en sentido político invocando el prestigio de los *Founding Fathers*. Así lo planteó concretamente en un artículo con Robert Post que vale la pena leer con detenimiento<sup>(78)</sup>.

Post y Siegel distinguen en ese artículo al originalismo como método de interpretación constitucional de lo que ellos denominan como “la práctica política del originalismo”<sup>(79)</sup>. Y acusan directamente a los jueces Thomas y Scalia de hacer política desde la Corte para movilizar a los sectores conservadores excitando sus prejuicios<sup>(80)</sup>. En definitiva, Post y Siegel sostienen que hay una marcada inconsistencia entre el originalismo como método de interpretación constitucional en comparación con

lo que ellos impugnan y describen como mera “práctica política”<sup>(81)</sup>.

Puesto en esos términos, el debate no es jurídico, sino político. Es decir, ajeno al derecho y no técnico. Desde esa perspectiva, se podría plantear que el uso del término “originalismo” para describir a una teoría de la interpretación constitucional que no conduzca indefectiblemente a resultados conservadores (o “ultraconservadores”) en sentido político sería, lisa y llanamente, un oxímoron o, peor aún, una mentira digna de Orwell. Si eso es lo que se quiere afirmar cuando se dice que *Dobbs* es un fallo “originalista” es importante aclararlo y decirlo abiertamente. De otro modo, se genera una inevitable confusión. De ser así, cualquier resultado que se considere como “conservador” (o “ultraconservador”) en términos políticos podría ser considerado como “originalista”. En ese caso, “originalista” es simplemente un sinónimo ciertamente peculiar de algo que se considera como “conservador en términos políticos”. Además, la caracterización del originalismo como una mera expresión de una ideología política conservadora o de derecha esconde una impugnación moral subrepticia. De hecho, el originalismo quedaría desfigurado y deslegitimado *ipso facto*: dejaría de ser una teoría y un método de interpretación constitucional más o menos racional y se convertiría en una torpe pantalla para enmascarar la imposición de una ideología política. En castellano, una trampa.

Para terminar, creo importante no confundir originalismo con el uso de la historia al que obliga uno de los pasos del test de *Glucksberg*. De hecho, el texto constitucional no exige ninguno de los pasos incluidos en ese test. La jurisprudencia del debido proceso sustantivo bajo la Enmienda XIV no es originalista, ni surge de una interpretación del significado original del texto de la Constitución de los Estados Unidos.

## 5. Conclusión

El propósito que persigo en este trabajo no es negar la relevancia de los debates políticos. Lo que pretendo es separarlos de las cuestiones jurídicas. Si colapsamos la distinción entre ambos contribuimos a generar una confusión innecesaria<sup>(82)</sup>. En ese marco, desde el punto de vista jurídico, la caracterización de *Dobbs* como una sentencia originalista es errónea e imprecisa. La razón es sencilla: se trata de un caso típico de aplicación de la vieja jurisprudencia de la SCOTUS en materia de debido proceso sustantivo en el marco de la Enmienda XIV. Como expliqué, el test aplicado en *Dobbs* surge de esa jurisprudencia más que centenaria y es una creación de los jueces. No surge de la interpretación del significado original del texto constitucional. Y no podía de ser de otro modo, ya que, tal como advirtiera John Hart Ely en su devastadora crítica a *Roe v. Wade* ya en 1973, la Constitución estadounidense no dice nada en materia de aborto: “La Corte a menudo resuelve cuestiones morales difíciles, y las preguntas difíciles producen respuestas controvertidas. Dudo, por ejemplo, que la mayoría de la gente estuviera de acuerdo en que permitir que un traficante de drogas no sea detenido es moralmente preferible a dejar que la policía derribe su puerta sin causa probable. La diferencia, por supuesto, es que la Constitución, que legítima y teóricamente controla la intervención judicial, tiene algunas cosas bastante concretas que decir sobre esta elección. Desde ya, habrá preguntas difíciles sobre la aplicabilidad de su lenguaje a hechos específicos, pero al menos la preocupación especial del documento con uno de los valores en conflicto es manifiesta. Pero simplemente no dice nada, claro o confuso, sobre el aborto”<sup>(83)</sup>.

[76] Sunstein, C., “Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism”, borrador del 25/6/2022, disponible en: <https://t.co/HPQ6s-JvBh8> (fecha de consulta: 1/8/2022).

[77] Siegel, R., “The Trump court limited women’s rights using 19th-century standards. Justice Samuel A. Alito Jr. gave a highly selective account of the nation’s ‘history and traditions’ to achieve a longstanding conservative political goal”, *The Washington Post*, 25/6/2022, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/06/25/trump-court-limited-womens-rights-using-19th-century-standards/> (fecha de consulta: 1/8/2022).

[78] Post, R. y Siegel, R., “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2006, p. 545.

[79] “We argue that originalism’s current appeal cannot be understood unless the jurisprudence of originalism is distinguished from the political practice of originalism. Scholars have analyzed the former, but the ongoing authority of originalism depends on the latter” (ob. cit., p. 549).

[80] “[T]hese Justices use their judicial opinions as conscious tools to excite the anger, fears, and resentments of conservative constituencies, and thus to fan the fires of political mobilization” (ob. cit., p. 567).

[81] “[F]or the past quarter century originalism has been animated less by its jurisprudence than by its political practice, which is deeply inconsistent with that jurisprudence. As a political practice, originalism does not preserve a fixed and unchanging Constitution; it does not transparently reproduce the democratic consent of the Constitution’s ratifiers; it does not focus on process rather than outcomes. As a political practice, originalism seeks instead to forge a vibrant connection between the Constitution and contemporary conservative values” (ob. cit., p. 569).

[82] Creo que Robert P. George induce a la misma confusión en un reciente reportaje cuando, sin explicación alguna, afirma que el voto de Alito en *Dobbs* es originalista. Véase Muñoz, G., “El movimiento legal conservador después de Dobbs: un diálogo con Robert P. George”, *En Disidencia*, 23/7/2022, disponible en: <https://endisidencia.com/2022/07/el-movimiento-legal-conservador-despues-de-dobbs-dialogo-con-robert-p-george/> (fecha de consulta: 1/8/2022).

[83] Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”, *The Yale Law Journal*, Vol. 82, 1973, p. 927.

En conclusión, no toda decisión judicial cuyo resultado se considere favorable a una ideología “conservadora” es necesariamente originalista. Tampoco todo fallo que aplique el originalismo como metodología de interpretación constitucional es, por lo tanto, “conservador”. Dado que (i) el originalismo es una teoría que defiende el respeto del texto de la Constitución y que se plantea cómo *recuperar* el significado original del mensaje comunicado por los constituyentes, y (ii) que la Constitución de los Estados Unidos no dice nada sobre el aborto, sea de forma expresa o implícita, la discusión no debe ser zanjada en el ámbito judicial y mucho menos apelando al originalismo, ya que todo intento de hacerlo implicaría caer en una contradicción insalvable. No se puede recuperar el significado de algo que no existe.

El contraste entre la Constitución de los Estados Unidos y la nuestra en este punto es fundamental y ayuda a reforzar lo que digo. De hecho, un fallo que aplicara efec-

tivamente la metodología de interpretación originalista en materia de aborto en nuestro país arribaría a un resultado totalmente diferente al de *Dobbs*.

**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 - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - ABORTO

## Anatomía de *Dobbs*. Una sentencia que renueva el debate

por FLORENCIA RATTI MENDAÑA<sup>(\*)</sup> y SOFÍA CALDERONE<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CASO. – 3. BREVE REPASO SOBRE LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL “DERECHO AL ABORTO” EN LOS ESTADOS UNIDOS: ROE, DOE Y CASEY. – 4. LA SENTENCIA EN DOBBS. I. EL VOTO MAYORITARIO. II. LOS OTROS VOTOS. – 5. CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

El 24 de junio de 2022, la Suprema Corte de los Estados Unidos publicó la sentencia en el caso *Dobbs*<sup>(1)</sup>. El

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](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Doctora en Ciencias Jurídicas (*summa cum laude*, UCA). Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral). Docente de Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA), Taller de análisis de Jurisprudencia (UCA), Derechos Humanos (UCA) y Taller de Doctrina y Jurisprudencia (UNLZ). Becaria postdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Secretaria del Centro de Derecho Constitucional (UCA).

(\*\*) Abogada (UCA). Diplomada en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Austral, 2020) y Derechos Humanos (Universidad Austral, 2021). Docente de Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA); Derechos Humanos (UCA) y Teoría General del Derecho (UBA). Prosecretaría del Centro de Derecho Constitucional (UCA).

(1) *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners vs. Jackson Women’s Health*

fallo derogó<sup>(2)</sup> los precedentes *Roe vs. Wade* (1973)<sup>(3)</sup> y *Planned Parenthood vs. Casey* (1992)<sup>(4)</sup> y sostuvo que la Constitución no confiere un “derecho al aborto”. Consecuentemente, devolvió a los estados –“al pueblo y sus representantes electos”– la autoridad para decidir cómo regular esta materia<sup>(5)</sup>. De aquí en adelante, el estándar de revisión judicial de las leyes estatales sobre aborto ya no será el de un escrutinio estricto, sino el de mera “razonabilidad”<sup>(6)</sup>.

En Estados Unidos, al igual que en todos lados, la temática del aborto es causa de intensos contrapuntos. El camino que la Suprema Corte había tomado en 1973 inquietó los ánimos durante décadas. Casi cincuenta años después, *Dobbs* parece torcer el rumbo, no solo para el país del norte: la resolución del caso provocó expectativas en todo el mundo<sup>(7)</sup> y, especialmente, en nuestra región<sup>(8)</sup>. Durante su vigencia, *Roe* operó como un símbolo triunfal de la liberalización del aborto. Ahora, más allá de que la sentencia solo tiene sentido pleno en el ordenamiento jurídico estadounidense y en la dinámica de poder propia de ese país, su derogación tendrá impacto<sup>(9)</sup>.

En tal estado de cosas, en este trabajo repasaremos, primero, cuál era la cuestión bajo debate en *Dobbs* (sección 2) y, para contextualizar dicha controversia, se apuntarán los antecedentes vinculados con el aborto en los Estados Unidos (sección 3). Luego analizaremos, en detalle, la reciente sentencia de la Suprema Corte: nos detendremos en lo que hace a la cuestión de fondo (sección 4. I, puntos a y b), en las consideraciones de *stare decisis* (sección 4. I, punto c), en la enunciación del nuevo estándar adoptado

*Organization, et al.*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022) (slip. op.). En adelante, *Dobbs*. Salvo aclaración en contrario, todas las traducciones son propias.

(2) Si bien el término *overruling* no tiene un equivalente preciso en español, optamos por traducirlo mediante el verbo “derogar”, pues nos parece el que mejor representa el hecho de que dichos precedentes dejaron de formar parte del Derecho, salieron del sistema.

(3) 410 U. S. 113 (1973), en adelante: *Roe*.

(4) 505 U. S. 833 (1992), en adelante: *Casey*.

(5) *Dobbs*, p. 79.

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

(7) Acerca del efecto de la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana en materia de aborto en todo el mundo, véase: Legarre, S., “El futuro del aborto en la jurisprudencia global”, *El Derecho*, Tomo 294, 27/10/2021. Cita Digital: ED-MMXXXIX-256.

(8) Se vislumbran en América Latina algunos esfuerzos (en general, resistidos) tendientes a la liberalización del aborto. En Argentina, se materializaron con la aprobación de la ley 27.610, BO 15/1/2021. En el ámbito supranacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) anunció que había presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos un caso contra El Salvador, “relativo a la prohibición absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo”. CIDH, “CIDH presenta caso de El Salvador ante la Corte IDH sobre prohibición absoluta del aborto”, comunicado del 11/1/2022. Disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/011.asp> (fecha de consulta: 30/5/2022).

(9) Por ejemplo, el 7 de julio de 2022, el Parlamento Europeo aprobó una resolución acerca de la “decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión” (2022/2742(RSP)). Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0302\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0302_ES.html) (fecha de consulta: 18/8/2022).

por el tribunal para la valoración de las normas que regulan el aborto (sección 4. I. d) y en los votos concurrentes y la disidencia (sección 4. II). Por último, ofreceremos algunas conclusiones acerca de las implicancias de la decisión (sección 5).

## 2. El caso

En el año 2018, el Estado de Mississippi aprobó la ley conocida como *Mississippi's Gestational Age Act*<sup>(10)</sup>. La norma traía la prohibición de realizar, inducir o intentar un aborto si se determinaba que la edad gestacional del no nacido era mayor a 15 semanas, aunque preveía excepciones a dicha prohibición: la emergencia médica y la anomalía fetal severa<sup>(11)</sup>.

Jacksons Women's Health Organization –la única clínica de abortos de ese estado–, junto con uno de los profesionales que se desempeñaba allí, inició una acción en representación de sus pacientes ante una corte federal. Alegó que la ley violaba los precedentes de la Suprema Corte que reconocían un “derecho constitucional al aborto”. La corte de distrito prohibió la ejecución de la norma y la decisión fue confirmada por la cámara de apelaciones del quinto circuito. Entonces, el Estado de Mississippi solicitó a la Corte que considerara el caso.

El 17 de mayo de 2021, la Suprema Corte concedió el *certiorari* solo respecto de una de las cuestiones planteadas por los peticionantes, formulada en los siguientes términos: “[s]i todas las prohibiciones a los abortos electivos previos a la viabilidad son inconstitucionales”<sup>(12)</sup>. La noticia despertó gran interés; por lo pronto, propició presentaciones de más de un centenar de amigos del tribunal, dispuestos a aportar sus conocimientos en el debate. Es que para responder el interrogante planteado, se presumía que la Corte debía reconsiderar sus propios precedentes: *Roe* y *Casey*<sup>(13)</sup>.

El 1° de diciembre de 2021, se realizó la audiencia oral. A partir de allí se dispararon las especulaciones: la audiencia brindó un panorama bastante claro de la postura que cada juez asumiría y en las preguntas estaban implicados los argumentos que luego aparecerían en la sentencia<sup>(14)</sup>. Con los ánimos caldeados, y mientras se aguardaba el resultado, se produjo un hecho inusual y preocupante para la institucionalidad del tribunal: la divulgación de un borrador confidencial del voto del juez Alito, fechado en febrero de 2022<sup>(15)</sup>. En medio de la expectativa generalizada y de una gran conmoción social, el 24 de junio de 2022 se anunció la decisión.

## 3. Breve repaso sobre la creación jurisprudencial del “derecho al aborto” en los Estados Unidos: *Roe*, *Doe* y *Casey*

Los 70 fueron años revoltosos en los Estados Unidos, en varios sentidos. Para ese momento, diversos grupos feministas y otras asociaciones civiles propiciaban modificaciones en la regulación del aborto. A pesar de los

debates incipientes, en el aspecto normativo existía un “consenso abrumador” sobre la criminalización de la práctica<sup>(16)</sup>. Pero los impulsores del aborto encontraron en el poder judicial activista un buen aliado: el litigio constituyó el modo más efectivo y rápido de alcanzar sus objetivos.

El 22 de enero de 1973, la Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunció en *Roe vs. Wade*. El caso había sido diseñado estratégicamente por dos jóvenes abogadas, activistas involucradas en la liberalización del aborto, quienes se toparon con una mujer embarazada y vulnerable –luego conocida con el seudónimo de Jane Roe–, que podía servir para su propósito. Entonces iniciaron la demanda en su representación, aunque más tarde la convirtieron en una acción de clase<sup>(17)</sup>.

En *Roe* la Corte afirmó que había un “derecho al aborto” amarrado a una “privacidad” tan amplia como “para abarcar la decisión de la mujer de terminar o no su embarazo”<sup>(18)</sup>. Pero tal derecho no era “absoluto”: llegado cierto punto, se reconoció que los estados tenían un “interés legítimo” en la protección de la “salud de la madre” y de la “vida humana potencial”<sup>(19)</sup>, y que cada uno de esos intereses se incrementaba “a medida que la mujer se acerca[ba] al término” del embarazo<sup>(20)</sup>.

En particular, *Roe* estableció un esquema trimestral. En el primer trimestre del embarazo, “la decisión del aborto y su realización deb[ía] ser dejada al juicio médico” del profesional que at[endía] a la embarazada; hasta el final del segundo trimestre, el Estado en orden a “proteger la salud de la madre, p[odía], si así lo el[egía], regular el procedimiento del aborto en modos que est[uvieran] razonablemente relacionados con la salud materna”; en el periodo posterior a “la viabilidad”, se reconoció que un estado, para “promover su interés en la potencialidad de la vida humana, p[odía], si así lo el[egía], regular, e incluso prohibir el aborto excepto cuando e[ra] necesario [...] para la preservación de la salud de la madre”<sup>(21)</sup>.

Ese mismo día, la Suprema Corte se pronunció en un “caso compañero” a *Roe*, conocido como *Doe vs. Bolton*<sup>(22)</sup>: allí, el tribunal consideró que la determinación de la necesidad del aborto quedaba librada a criterio del médico. Ese juicio médico, agregó la Corte, “puede ejercerse a la luz de todos los factores –físico, emocional, psicológico, familiar, y la edad de la mujer– relevantes para el bienestar de la paciente”<sup>(23)</sup>.

La intervención de la Suprema Corte en el asunto fragmentó a la sociedad norteamericana. La disidencia de *Roe* rápidamente advirtió el exceso de la decisión, descrita por el juez White como un “ejercicio crudo del poder judicial [*judicial raw power*]”<sup>(24)</sup>. La ruptura fue profunda: hasta los partidarios de la liberalización del aborto criticaron la extralimitación de *Roe*<sup>(25)</sup> y la intromisión de la Corte en la labor legislativa<sup>(26)</sup>. Del otro lado, jamás de-

(16) *Dobbs*, p. 24.

(17) El relato acerca de cómo se “construyó” el litigio aparece en: Weddington, S., *A Question of Choice, 40th Anniversary Edition. Revised and Updated*, New York, The Feminist Press, 2014 [e-Book], pp. 57 y ss. También pueden verse los planteos de Roy Lucas, quien propuso “trasladar” la cuestión del aborto a los tribunales en: Lucas, R., “Federal Constitutional Limitations on the Enforcement and Administration of State Abortion Statutes”, 46 N.C. L. Rev. 730, 1968, p. 752 y ss.

(18) *Roe*, p. 153.

(19) *Roe*, p. 159.

(20) *Roe*, pp. 162-163.

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

(22) *Doe vs. Bolton*, 410 U. S. 179 (1973).

(23) *Doe vs. Bolton*, 410 U. S. 179, 192 (1973).

(24) La decisión en *Doe* (en la cual estaba en juego una ley de Georgia más permisiva que la cuestionada en *Roe*) llevó a consecuencias “extremas”. Entre otras, porque “[a] definir a la salud como ‘bienestar’, *Doe* estableció un régimen de aborto a demanda durante los nueve meses completos de embarazo [...]”. Glendon, M. A., “From Culture Wars to Building a Culture of Life”, en Bachiocchi, E. (ed.), *The Cost of ‘Choice’. Women Evaluate the Impact of Abortion*. San Francisco, Encounter Books, 2004, pp. 4-5.

(25) Calificación que reaparecerá reiteradamente en *Dobbs*.

(26) En más de una ocasión, Bader Ginsburg lamentó que la decisión judicial interceptara el “proceso político” que “avanzaba a principios de la década de 1970”, aunque no tan rápidamente como muchos de los impulsores del aborto hubieran querido. Ginsburg, R. B., “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe vs. Wade*”, 63 *North Carolina Law Review* 375, 1985, pp. 385-386. La crítica se agudizó en Bader Ginsburg, R. B., “Speaking in a Judicial Voice”, *New York University Law Review*, vol. 67, núm. 6, diciembre 1992, pp. 1185-1209.

(27) “Si yo fuera legislador votaría por un estatuto muy parecido al que acaba redactando la Corte”, decía Ely en un comentario al caso. Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”, *The Yale Law Journal*, Vol. 82: 920, 1973, p. 926.

(10) *Miss. Code Ann.* § 41-41-191 (2018). Se fundaba en una serie de consideraciones fácticas: el desarrollo del niño por nacer en el seno materno [al que menciona como ser humano no nacido [*unborn human being*]], la crueldad de las prácticas cuando el embarazo es avanzado (a las que califica de “barbáricas”), el peligro que entrañan semejantes procedimientos para la embarazada y lo “degradantes” que resultan para la profesión médica.

(11) “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”. Véase *Miss. Code Ann.* § 41-41-191 (2018). Disponible en: <https://law.justia.com/codes/mississippi/2018/title-41/chapter-41/gestational-age-act/section-41-41-191/> (fecha de consulta: 18/5/2022).

(12) “QUESTION PRESENTED: 1. Whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional”. GRANTED LIMITED TO QUESTION 1. CERT. GRANTED 5/17/2021”. Véase: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/qp/19-01392qp.pdf> (fecha de consulta: 18/5/2022).

(13) Véase, por ejemplo, George. R. P., “Roe Must Go”, *First Things*, 1/7/2021. Disponible en: <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/07/roe-must-go> (fecha de consulta: 19/7/2022).

(14) Es posible acceder al audio y a la transcripción de la audiencia desde: [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/audio/2021/19-1392](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/19-1392) (fecha de consulta: 22/7/2022).

(15) Gerstein, J. y Ward, A., “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, el 2/5/2022. Disponible en: <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473> (fecha de consulta: 18/5/2022). El Chief Justice Roberts reconoció la autenticidad de la copia difundida. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Press Release*, 3/5/2022. Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr\\_05-03-22](https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22) (fecha de consulta: 18/5/2022).

jó de señalarse que *Roe* atentaba contra el *rule of law*<sup>(27)</sup> y que su debilidad de razonamiento tenía graves implicancias morales<sup>(28)</sup>. Paralelamente, “el derecho de abortar”, consagrado por la Corte en *Roe* y en las decisiones que le siguieron, coartó la búsqueda de soluciones superadoras para la madre y para el niño por nacer<sup>(29)</sup>.

En 1992, en *Planned Parenthood v. Casey*<sup>(30)</sup>, la Suprema Corte sostuvo, —con algunas contorsiones argumentales (se abandonó la privacidad y se invocó la “libertad” de la Enmienda XIV)— la vigencia del “*holding* esencial” del famoso precedente: “la viabilidad”. En rigor, el tribunal reescribió *Roe* mediante la adopción del estándar de “carga indebida” [*undue burden*]<sup>(31)</sup> e insistió en cerrar la controversia nacional provocada por la jurisprudencia sobre aborto.

El tiempo no curó la herida causada por *Roe*, y *Casey* no pudo siquiera anestésicarla<sup>(32)</sup>. Siempre se esperó que el tribunal saneara su error<sup>(33)</sup>. La esperanza se fortaleció recientemente a partir de algunas consideraciones manifestadas por los jueces en diversas sentencias y votos disidentes<sup>(34)</sup>. Por fin, casi cincuenta años después, la Corte ofreció un bálsamo con *Dobbs*.

#### 4. La sentencia en *Dobbs*

La sentencia se extiende a lo largo de 213 páginas. Las primeras 79 corresponden al voto de la mayoría, redactado por el juez Alito y firmado por los jueces Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett. Con la firma de cinco de los nueve jueces, se trata del voto mayoritario y vinculante [*controlling vote*]. Dicho voto, además, se integra con dos apéndices (A y B), que recogen las normas que criminalizaban el aborto en todas las etapas de la gestación.

Thomas y Kavanaugh, cada uno por su cuenta, añadieron sus propios fundamentos en votos concurrentes; mientras que el *Chief Justice* Roberts compartió la decisión de declarar la constitucionalidad de la ley de Mississippi (decisión que, entonces, se tomó 6-3), pero no estuvo de acuerdo con derogar *Roe* y *Casey* (decisión que, entonces, se tomó 5-4).

La minoría, integrada por Breyer, Sotomayor y Kagan, escribió una extensa disidencia (más de 60 páginas), plagada de ironías y construida sobre un apego incondicional a *Roe* y a *Casey*, así como al “balanceo” de intereses que esas decisiones proponían. También trajo una crítica del método interpretativo y del examen de *stare decisis* de la mayoría: en efecto, el voto culmina con un apéndice destinado a analizar los casos referidos en el voto de Alito para determinar el *overruling*. Se advierte además una

constante insistencia en que *Dobbs* es un “recorte de los derechos de la mujer y de la condición de ciudadanas libres e iguales”<sup>(35)</sup>.

Entre los votos se observa una interacción argumental notable: cada uno rebate las posiciones contrarias y refuerza las propias. La sentencia, por otro lado, contiene abundantes citas de doctrina y de amigos del tribunal que intervinieron en el caso<sup>(36)</sup>. En virtud de aquel diálogo entre la mayoría y la disidencia, y de la estructura temática similar que guardan, al analizar el voto controlante marcaremos algunos de los contrapuntos con los jueces que quedaron en minoría.

##### I. El voto mayoritario

La decisión de la Corte puede resumirse del siguiente modo: “La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular ni prohibir el aborto. *Roe* y *Casey* se arrogaron esa autoridad. Nosotros ahora derogamos esas decisiones y devolvemos esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos”<sup>(37)</sup>.

Para arribar a esa conclusión, Alito desplegó un arsenal argumental que se desarrolló en este orden: a) el reconocimiento del aborto como un problema moral profundo; b) el análisis de aquello que la Corte describió como la “cuestión crítica”, esto es si la Constitución de los Estados Unidos “confiere un derecho a obtener un aborto”<sup>(38)</sup>; c) la conveniencia de mantener o derogar *Roe* y *Casey* a la luz del *stare decisis*; d) el estándar de revisión vigente, en adelante, para valorar la constitucionalidad de una norma estatal que regule el aborto<sup>(39)</sup>.

##### a. El aborto como un problema moral profundo que los jueces no deben resolver

Desde el principio, la mayoría reconoció que “el aborto presenta un problema moral profundo” y que en la sociedad norteamericana existen “opiniones marcadamente contradictorias”. Ni *Roe* ni *Casey* facilitaron la búsqueda de acuerdos, sino que, mediante un “abuso de [la] autoridad judicial”, profundizaron la división<sup>(40)</sup>. De ese modo, Alito anticipó un aspecto que subyacerá en toda la sentencia: el papel restringido del juez frente a decisiones que involucran cuestiones morales complejas.

##### b. ¿Existe un “derecho” constitucional al aborto?

Pasadas las declaraciones iniciales, la Corte se ocupó de aquello que identificó como “la cuestión crítica”: “si la Constitución, propiamente entendida, confiere un derecho a obtener un aborto”<sup>(41)</sup>. La respuesta discurrió en tres instancias:

i. Enunciación del estándar elaborado por la jurisprudencia del tribunal para “determinar si la referencia a la ‘libertad’” contenida en la Enmienda XIV “protege un derecho en particular”

Como el “derecho al aborto” no está en el texto de la Constitución norteamericana, la Corte debió considerar si constituía un “derecho implícito”. Indicó que en *Roe* no se había asumido una posición definitiva respecto del sostén normativo del “derecho al aborto”, sino que se habían abierto varias vías<sup>(42)</sup>. La incertidumbre acerca de la genealogía jurídica se había intentado salvar en *Casey*, que se apartó del “análisis desenfocado” de *Roe* y apoyó el “derecho a obtener un aborto” en la “libertad” de la cláusula de debido proceso sustantivo (Enmienda XIV, 1868)<sup>(43)</sup>.

La Enmienda XIV, en lo que nos interesa, dispone que ningún Estado podrá “[...] privar a cualquier persona de la

(27) *Roe*, durante años, representó la “imposición de las opiniones de unos pocos magistrados sobre cómo deb[ía] ser la ley del aborto” en Estados Unidos. Anderson, R. T. y DeSanctis, A., *Tearing Us Apart: How Abortion Harms Everything and Solves Nothing*, Washington DC, Regnery Publishing, 2022 [edición Kindle], p. 163.

(28) Es apabullante la cantidad de publicaciones que mostraron los errores de *Roe*. Además de las citadas en este trabajo, entre muchas otras, pueden verse: Byrn, R. M., “An American Tragedy: The Supreme Court on Abortion”, 41 *Fordham L. Rev.* 807, 1973. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol41/iss4/2> (fecha de consulta: 5/8/2022); Finniss, J. M., “Abortion is Unconstitutional”, *First Things*, abril 2021. Disponible en: <https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional> (fecha de consulta: 6/8/2022).

(29) Como sostiene Glendon, la visión asentada en *Roe* se reflejó en “los legisladores y el público”: la Corte convirtió al aborto en una “prerrogativa de la mujer” y, de ese modo, desdibujó la responsabilidad que debe recaer en el padre de ese hijo y subsidiariamente en la sociedad. De igual manera, si la mujer continúa con la gestación, “el embarazo, la maternidad, y la crianza de los hijos” se volvieron su exclusiva “responsabilidad”. Y todo bajo el ropaje de un “derecho” a ser “dejada sola”. Glendon, M. A., *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press, 1991, p. 66.

(30) 505 U. S. 833 (1992).

(31) 505 U. S. 833, 846 (1992). Se volverá sobre esta relación entre *Roe* y *Casey* en el análisis sobre *stare decisis*.

(32) Se ha dicho que *Casey* resultó más dañino que el propio *Roe*, porque confirmó la vigencia de dicho precedente a sabiendas de sus errores y de la injusticia que ocasionó. Paulsen, M. S., “The Worst Constitutional Decision of All Time”, 78 *Notre Dame Law Review* 995, 2003, pp. 995-1044.

(33) George, R. P., “Forty-Three Years After *Roe*, Hope is Alive”, *First Things*, 23/1/2016. Disponible en: <https://www.firstthings.com/blogs/firstthoughts/2016/01/forty-three-years-after-roe-hope-is-alive> (fecha de consulta: 7/8/2022).

(34) Por ejemplo, en la disidencia de Thomas en *Scott Harris vs. West Alabama Women’s Center*, el juez denunciaba que la jurisprudencia relativa al aborto “se ha[ía] salido de control”, y que no se podía ignorar “la realidad” de lo que la Corte “ha[ía] construido” [“we cannot continue blinking the reality of what this Court has wrought.”] 588 U. S. \_\_\_ (2019) (slip. op.), pp. 2-3.

(35) *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 4.

(36) Tal cualidad contrasta con las sentencias de la Corte Suprema argentina, en las que no solemos hallar este tipo de intercambios.

(37) *Dobbs*, p. 79.

(38) *Dobbs*, p. 8.

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

(40) *Dobbs*, p. 6.

(41) *Dobbs*, p. 8.

(42) La Corte identificó tres justificaciones posibles del “derecho al aborto”, todas esbozadas en *Roe*: i) que esté contenido en la Enmienda IX (relativa a derechos reservados por el pueblo); ii) que esté anclado en varias enmiendas (la primera, cuarta y quinta) o en una “combinación” de estas, de modo que quedaría alcanzado por la protección de la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV; iii) que el “derecho al aborto” fuera un “componente de la ‘libertad’” de la Enmienda XIV (tal fue la vía aceptada en *Casey*). A esto, añadió una cuarta (invocada por los amigos del tribunal, pero sin recepción expresa en los precedentes de la Corte): la justificación del aborto en la igualdad [*Equal Protection Clause*]. Véase *Dobbs*, pp. 9-11.

(43) *Dobbs*, p. 10.



vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”<sup>(44)</sup>. Si esa Enmienda otorga protección de fondo (“sustantiva”) –y no solo procedimental– ha provocado una gran controversia en los Estados Unidos (como se desprende, ni más ni menos, de comparar el voto de la mayoría con la concurrencia de Thomas). En *Dobbs*, la Corte solo señaló que la jurisprudencia del tribunal había aceptado la protección de dos categorías de derechos a través de la cláusula del debido proceso: los de las primeras ocho enmiendas y los que no están mencionados en la Constitución, pero que “se encuentran profundamente enraizados en [...] la historia y tradición” de los Estados Unidos y son “esenciales para el [...] ‘esquema de la libertad ordenada’”. Su identificación, advirtió la Corte, requiere de un “cuidadoso análisis histórico”<sup>(45)</sup>.

Conviene decir que este estándar no es una creación *ad hoc* para el aborto (ni mucho menos “a medida” de la supuesta mayoría conservadora). Se trata de la aplicación de un test delineado por el propio tribunal norteamericano en casos anteriores a *Dobbs*. El mismo criterio, destacó Alito, se había utilizado reiteradamente en los precedentes de la Corte; también en casos en los cuales se debatía si la Enmienda XIV resguardaba “derechos expresamente establecidos en el *Bill of Rights*”<sup>(46)</sup>. La indagación histórica, sostuvo la mayoría en *Dobbs*, es de mayor relevancia ante un “derecho putativo que no está mencionado en [...] la Constitución”<sup>(47)</sup>. Así, se trajo a colación el test delineado en *Washington vs. Glucksberg* (1997), en el que se debatía la existencia de un “derecho al suicidio asistido”, y cuya resolución incluyó un recorrido histórico profundo<sup>(48)</sup>.

Alito insistió en lo “esencial” del examen histórico<sup>(49)</sup> a la hora de considerar el reconocimiento de “un nuevo componente de la ‘libertad’” de la Enmienda XIV: el concepto de libertad es tan amplio que, divorciado de la historia, podría fácilmente conducir a la arbitrariedad judicial. Reaparece aquí la visión (auto)restringida del rol del juez; el test histórico ayuda a evitar la confusión entre “lo que la Enmienda [XIV] protege” y las “visiones ardientes [acerca] de la libertad”<sup>(50)</sup> de los miembros circunstanciales del tribunal.

ii. El “derecho al aborto”: ¿se encuentra “profundamente enraizado en la historia y tradición de la nación” y “es un componente esencial de la [...] libertad ordenada”?

La Suprema Corte emprendió entonces un recorrido histórico detallado, que ocupa varias páginas de la decisión<sup>(51)</sup>. El cotejo la llevó a concluir que “el derecho al aborto no se encuentra profundamente enraizado en la historia o tradición” norteamericana. Puede observarse que el *racconto* histórico de *Dobbs* tiene, ante todo, una finalidad correctiva de las inexactitudes y defectos de *Roe*, que no habían sido reconsiderados en *Casey*<sup>(52)</sup>. La equivocada valoración histórica fue, a su vez, uno de los fundamentos de la Corte para evidenciar el débil razonamiento de esos precedentes<sup>(53)</sup>.

En *Roe*, Blackmun había efectuado un recorrido que incluía nociones sobre la antigüedad, debates sobre el juramento hipocrático en Grecia, el *common law*, la ley en

Inglaterra, y solo en última instancia el derecho norteamericano. Además, había incorporado las opiniones de diversos cuerpos profesionales: la American Medical Association, la American Public Health Association y la American Bar Association<sup>(54)</sup>. En cambio, el estudio histórico de *Dobbs* se limitó a los antecedentes directos: la Corte se circunscribió al *common law* y al derecho norteamericano<sup>(55)</sup>; dentro de este último se refirió a la etapa colonial y al periodo posterior a la independencia, con énfasis en el derecho vigente en el siglo XIX (en especial, después de la adopción de la Enmienda XIV).

Las indagaciones de *Dobbs* están justificadas con abundantes referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinarias: se tomaron en cuenta las opiniones de los juristas más relevantes en cada uno de los periodos estudiados. El análisis se completó con los apéndices anexados al voto mayoritario, que dan cuenta del exhaustivo estudio de antecedentes llevado adelante. Por cierto, era esperable que esto fuera así: en la audiencia oral la “cuestión histórica” había tenido varios momentos de estelaridad<sup>(56)</sup>.

En la sentencia, la Corte constató que hasta la “última parte del siglo XX”, no había ni un solo instrumento legal que contemplara un “derecho al aborto”: “Ninguna provisión constitucional estatal había reconocido ese derecho”; la ausencia de reconocimiento se reiteraba, “[h]asta unos años antes de [...] *Roe* [...]”, en la jurisprudencia de los tribunales federales y estatales. Tampoco lo habían considerado los juristas en sus tratados; en verdad, fue recién en 1968 que apareció un artículo en una revista jurídica que abogaba por un “derecho al aborto”<sup>(57)</sup>.

El aborto se consideraba un crimen en el *common law* (“por lo menos en algunos estadios del embarazo y era considerado como ilegal y podía tener serias consecuencias en todas las etapas”<sup>(58)</sup>); esa tradición continuó en el derecho norteamericano; incluso, hacia el siglo XIX, se aprobaron nuevas “restricciones” a la práctica. Cuando en 1868 se adoptó la Enmienda XIV, tres cuartos de los Estados trataban el aborto como un crimen durante todo el embarazo<sup>(59)</sup>; la situación se replicaba en los 13 territorios que se convirtieron en Estados. El “consenso abrumador”<sup>(60)</sup> persistió hasta 1973, cuando la Suprema Corte emitió su decisión en *Roe*.

iii. “El derecho al aborto”: ¿forma “parte de un derecho enraizado más amplio que se apoya en otros precedentes”?

Finalmente, la Corte analizó si, como solían decir los partidarios de *Roe* y de *Casey*, hay un “derecho al aborto” que forma parte de “un derecho enraizado más amplio [*broader entrenched right*] que se apoya en otros precedentes”<sup>(61)</sup>. La respuesta en *Dobbs* es, según nuestro juicio, la elaboración más arriesgada de la Corte y contribuye a restablecer el centro alrededor del cual girará el debate. Aquí se definió la cuestión de la permisión del aborto frente a la “libertad ordenada” y la diferencia que existe con otros supuestos considerados en los precedentes del tribunal.

En *Dobbs* se explicó que, con *Casey*, la Corte colocó el “derecho al aborto” a caballo de la “libertad” de la Enmienda XIV; se sostuvo que “[e]n el corazón de la libertad está el derecho de definir nuestros propios con-

(44) En el idioma original: “Amendment XIV (1868): [...] “nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. La traducción del cuerpo del texto es de la Constitución en español del National Constitution Center. Disponible en: <https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/the-constitution-of-the-united-states-html-en-espanol> (fecha de consulta: 29/6/2022).

(45) *Dobbs*, p. 12.

(46) Con referencia a los casos *Timbs vs. Indiana*, 586 de Estados Unidos \_\_\_ (2019) (slip. op.) (sobre sanciones económicas desproporcionadas [*excessive fines*]) y *McDonald vs. Chicago*, 561 US 742 (2010) (relativo al derecho de tener y portar armas [*keep and bear arms*]), en los cuales se discutía sobre derechos contemplados en las Enmiendas VIII y II, respectivamente.

(47) *Dobbs*, p. 13.

(48) 521 U. S. 702, 711-719 (1997).

(49) El examen de la historia es un recurso típico del tribunal. Por ejemplo, contemporáneamente al dictado de *Dobbs*, la Suprema Corte recurrió a las consideraciones históricas en un caso relativo a la *Establishment Clause* de la Enmienda I: *Kennedy vs. Bremerton School District*, 597 U. S. \_\_\_ (2022) (slip. op.), pp. 23 y ss. En este sentido, Neu rastrea el origen del estándar y concluye que era utilizado tanto por magistrados liberales como por conservadores. Cfr. Neu, J., “The Short History and Checkered Tradition of ‘History and Tradition’”, *Ius & Iustitium*, 8/7/2022. Disponible en: <https://iustitium.com/the-short-history-and-checkered-tradition-of-history-and-tradition/> (fecha de consulta: 22/7/2022).

(50) *Dobbs*, pp. 13-14.

(51) *Dobbs*, pp. 15-30.

(52) *Dobbs*, p. 16.

(53) *Dobbs*, p. 45.

(54) *Roe*, 410 U. S. 113, 129-151 (1973). Blackmun había sido abogado de la Mayo Clinic, antes de desembarcar en la función judicial; está claro que su pasado profesional influyó en los argumentos escogidos. Sobre esto, véase: George, R. P., “Harry Blackmun: Improbable Liberal Icon”, en George R. P., *Conscience and Its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*, Wilmington, Intercollegiate Studies Institute, 2016, pp. 239-243.

(55) En el inicio, la Corte había anticipado que en *Roe* se tomaron en cuenta aspectos “constitucionalmente irrelevantes” o “claramente incorrectos”, *Dobbs*, p. 2.

(56) Por ejemplo, Rilkeman (Centre for Reproductive Rights - Jacksons Women’s Health Organization) quedó en falta ante el juez Alito cuando se le preguntó qué precedente existía antes de que *Roe* reconociera un derecho al aborto; ella evadió la pregunta, con una respuesta abstracta sobre la libertad de la mujer (véanse pp. 74-76 de la transcripción de la audiencia oral). En sentido similar: McLaughlin, D., “The Best Exchanges from the Supreme Court’s Abortion Argument”, *National Review*, 2/12/2012. Disponible en: <https://www.nationalreview.com/2021/12/the-best-exchanges-from-the-supreme-courts-abortion-argument/> (consultado el 22/7/2022).

(57) *Dobbs*, p. 15. Se refiere al trabajo de Lucas, R., “Federal Constitutional Limitations...”.

(58) *Dobbs*, p. 16. La distinción entre el aborto antes y después del primer movimiento del feto [*pre and post quickening abortion*] y su tratamiento legal ocupó varias páginas del voto, aunque luego se aclaró que tal distinción “fue abandonada” en el s. XIX. *Dobbs*, pp. 18-23.

(59) *Dobbs*, p. 16.

(60) *Dobbs*, p. 24.

(61) *Dobbs*, p. 30.

ceptos de la existencia, del significado, del universo, y del misterio de la vida humana<sup>(62)</sup>. Ahora bien, los seres humanos, advirtió el tribunal, son “ciertamente libres de pensar y decir lo que quieran sobre la ‘existencia’, ‘significado’, el ‘universo’, y ‘el misterio de la vida humana’”, pero “no siempre son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos<sup>(63)</sup>. Semejante “licencia” no puede ser entendida como “libertad ordenada<sup>(64)</sup>. Es que “[l]a libertad ordenada establece límites y define la frontera [boundary] entre intereses enfrentados [competing interest]”. Roe y Casey traían un “balance entre los derechos de la mujer que quiere un aborto y los intereses de lo que denominaron ‘vida potencial’”. Pero no es el único balanceo posible. La “libertad ordenada” –tal como se la ha comprendido hasta ahora– “no impide que los representantes electos del pueblo digan cómo el aborto debe ser regulado<sup>(65)</sup>”.

Hasta *Dobbs*, el discurso habitual –al cual la disidencia se aferró<sup>(66)</sup>– asentaba el “derecho al aborto” dentro de una línea jurisprudencial referida a cuestiones variopintas (en general, vinculadas con la “autonomía” o las decisiones personales)<sup>(67)</sup>. Con un distingo intelectualmente honesto, *Dobbs* desbarató el argumento según el cual *Casey* (y antes *Roe*) se alineaba con tales precedentes. Se admite, por tanto, una verdad (tantas veces silenciada): la “cuestión moral crítica” del aborto no tiene idéntico correlato en las sentencias mencionadas en *Roe* y *Casey*. La Corte dijo que, si bien ninguno de esos precedentes refiere a un derecho “profundamente enraizado” en la historia de la nación, tampoco conllevan “la destrucción de una ‘vida potencial [potential life]’”. En definitiva, esa es la causa (y no otra) por la cual, tal batería de precedentes son “inapropiados” para fundar una decisión sobre el aborto<sup>(68)</sup>.

De esta manera, se retomó la cuestión acerca del rol del juez en un tema con tan hondas implicancias: el aborto “no es algo nuevo” y todas las partes proponen “argumentos importantes”. Sin embargo, no se ha demostrado que le corresponda a la Corte “sopesar” dichos argumentos ni “decidir cómo el aborto puede ser regulado por los Estados<sup>(69)</sup>”.

### c. *Dobbs* y el *stare decisis*

Un tercio del voto de la mayoría está dedicado a justificar la derogación de *Roe* y de *Casey*. Para comprender por qué esto es así, es preciso recordar que el sistema jurídico de los Estados Unidos se enmarca en la tradición jurídica del *common law*, en la cual rige el principio o doctrina del *stare decisis*. Este principio brega por “mantener el orden establecido, no alterar lo ya resuelto”. En otras palabras, en el *common law*, el precedente de un tribunal de cierre es vinculante para los tribunales inferiores (obligatoriedad vertical) y, en la mayoría de los casos, también lo es para el propio tribunal que lo dicta (obligatoriedad horizontal)<sup>(70)</sup>. En lo que nos atañe, ello significa que, al momento de resolver *Dobbs*, la Suprema Corte se encontraba de algún modo ligada a *Roe* y a *Casey*.

Pero en la mayoría de los casos no es siempre: la obligatoriedad horizontal del precedente de la Suprema Corte no es absoluta, ni en los Estados Unidos ni en ningún otro sistema jurídico actual que pertenezca a la tradición del

*common law*<sup>(71)</sup>. Todos prevén una válvula de escape en virtud de la cual el precedente puede ser, de un modo u otro, abandonado o derogado, a través de la técnica que en aquella tradición se denomina “*overruling*”. En su famosa disidencia en el caso *Burnet vs. Coronado Oil*<sup>(72)</sup> –allá por 1932–, el juez Brandeis explicaba que la regla del *stare decisis* no es inflexible y que seguirla o apartarse de ella es una cuestión enteramente sujeta a la discreción del tribunal. Aún más, como puso de relieve Brandeis en aquella oportunidad (y el tribunal repitió en múltiples precedentes<sup>(73)</sup>), en los Estados Unidos, el precedente constitucional es incluso más “flexible<sup>(74)</sup>” que el resto de los precedentes emitidos por la Suprema Corte, tales como los *statutory precedents* (precedentes interpretativos de un *statute*) o los *common law precedents* (aquellos que abarcan áreas del derecho que no están reguladas normativamente). Eso es así en el entendimiento de que, si el tribunal se equivoca al interpretar una norma infraconstitucional, el Poder Legislativo puede enmendar ese error. En cambio, si el tribunal falla al interpretar la Constitución, ese error solo podría enmendarse a través de una reforma constitucional. Y como tal reforma implica un proceso complejo y excepcional, es necesario que la Suprema Corte tenga alguna vía disponible para enmendar un error de tal magnitud. En otras palabras, es necesario que la Corte pueda abandonar un precedente inconstitucional. Por eso Brandeis reconocía que, en los casos que involucran la Constitución, la Suprema Corte había derogado numerosos precedentes<sup>(75)</sup>.

Tan es así que, como venía marcando el juez Kavanaugh desde el caso *Ramos vs. Louisiana*<sup>(76)</sup> y reiteró en *Dobbs*, todos los miembros que integran actualmente la Suprema Corte han votado en favor de derogar un precedente. Y, desde 1921, absolutamente todos los jueces que pasaron por el tribunal se han pronunciado, en algún caso, por la derogación de un precedente<sup>(77)</sup>. En la misma línea, el voto de la mayoría en *Dobbs* se preocupó por evidenciar que muchas de las decisiones constitucionales más importantes de los Estados Unidos implicaron la derogación de un precedente y que no ha existido juez de la Corte que sostuviera que el tribunal *nunca* puede derogar un precedente constitucional. El caso más resonante, sin duda, es el de *Brown vs. Board of Education* (que derogó *Plessy vs. Ferguson*, en el que se había convalidado la segregación racial). Pero en *Dobbs* la Corte citó, en nota al pie, más de treinta precedentes en el mismo sentido<sup>(78)</sup>.

#### i. Test fuerte vs. test débil

Si nadie discute que, en determinados casos, la Suprema Corte puede abandonar su precedente, el dilema reside en determinar cuándo y por qué. Se han identificado, en la jurisprudencia de la Corte norteamericana, dos tests de *stare decisis* para resolver ese dilema: el “test fuerte” y el “test débil<sup>(79)</sup>”.

El “test fuerte” de *stare decisis* supone que es necesaria una justificación especial [*special justification*] para el abandono de un precedente, más allá de su categorización como erróneo o mal resuelto<sup>(80)</sup>. Esto se asienta sobre la

(62) 505 U. S., p. 851.

(63) *Dobbs*, p. 30 (la itálica es del original).

(64) *Dobbs*, p. 30.

(65) *Dobbs*, p. 31.

(66) Alio le reprochó a la disidencia “la ausencia de una discusión seria sobre la legitimidad del interés de los Estados de proteger la vida fetal”. *Dobbs*, pp. 37 y 38.

(67) Para justificar el “derecho al aborto” se recurrió a una serie de casos sobre cuestiones bien diversas: *Loving vs. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967); *Turner vs. Saffley*, 482 U. S. 78 (1987); *Griswold vs. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965); *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U. S. 438 (1972); *Carey vs. Population Services Int’l*, 431 U. S. 678 (1977); *Moore vs. East Cleveland*, 431 U. S. 494 (1977); *Pierce vs. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925); *Meyer vs. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923); *Skinner vs. Oklahoma ex rel. William son*, 316 U. S. 535 (1942); *Winston vs. Lee*, 470 U. S. 753 (1985); *Washington vs. Harper*, 494 U. S. 210 (1990); *Rochin vs. California*, 342 U. S. 165 (1952). También se pretendía asentar a *Casey* precedentes posteriores, como *Lawrence vs. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) y *Obergefell vs. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015). *Dobbs*, pp. 31-32.

(68) Llamativamente, en *Roe* se había reconocido que, por existir un “embrión o feto”, la situación que supone el aborto “es inherentemente diferente de la intimidad marital, o de la posesión de material obsceno en la habitación, o del matrimonio, o procreación, o educación”. 410 U. S. 113, 159 (1973), que son algunas de las cuestiones consideradas en los precedentes utilizados para sostener un “derecho constitucional al aborto”.

(69) *Dobbs*, pp. 34-35.

(70) Sobre esto, ampliase en Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.), “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 2006, pp. 109-124.

(71) Esto es así al menos desde 1966, cuando la House of Lords abandonó la obligatoriedad absoluta que la ataba a sus propios precedentes, a través del *Practice Statement* [1966] 3 All E.R. 77 (H.L.) (U.K.).

(72) *Burnet vs. Coronado Oil and Gas Co.*, 285 U. S. 393, 406, 407 (1932). Disidencia de Brandeis, J.

(73) Por ejemplo, *Mitchell vs. W. T. Grant Co.*, 416 U. S. 600 (1974); *Harmelin vs. Michigan*, 501 U.S. 957, 965 (1991); *Payne vs. Tennessee*, 501 U. S. 808, 827-30 (1991); *Seminole Tribe of Fla. vs. Florida*, 517 U. S. 44, 63 (1996); *Agostini vs. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997), Justice O’ Connor. Esta idea se reafirmó en un caso reciente: *Janus vs. AFSCME*, 585 U. S. \_\_\_\_ (2018) (slip. op.), y en *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. \_\_\_\_, 4-5 (2020) (slip. op.), voto concurrente del juez Kavanaugh. La Corte, ahora, la recupera en *Dobbs*, p. 40.

(74) “En su versión más débil [at its weakest]”, dijo la Corte en *Agostini vs. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997).

(75) *Burnet*, p. 407.

(76) 590 U. S. \_\_\_\_ (2020) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de Kavanaugh.

(77) *Dobbs*, p. 6, voto concurrente de Kavanaugh.

(78) *Dobbs*, p. 39 y ss., esp. nota al pie núm. 48. Con el mismo razonamiento, autorizadas voces habían advertido que la doctrina del precedente no impedía la derogación de *Roe* y *Casey*. Cfr. George, R. P., y Kaczor, C., “Precedents Are No Obstacle to Overturning *Roe* v. *Wade*”, *Newsweek*, 1/4/2022. Disponible en: <https://www.newsweek.com/precedents-are-no-obstacle-overturning-roe-v-wade-opinion-1665023> (fecha de consulta: 17/8/2022).

(79) Starger, C., “The Dialectic of *Stare Decisis* Doctrine”, en Peters, C. J. (ed.), *Precedent on the U. S. Supreme Court*, Baltimore, Springer, 2014, *passim*.

(80) Por ejemplo, en *Allen vs. Cooper*, 589 U. S. \_\_\_\_, p. 9 (2020) (slip. op.), *Dickerson vs. United States*, 530 U. S. 428, 443 (2000); *Ha-*

idea de que el *stare decisis* tiene sentido justamente en los casos en los que el juez considera que el precedente es erróneo o no lo comparte<sup>(81)</sup>. Nadie necesita estar sujeto a un precedente con el que está de acuerdo: la obligatoriedad entra en juego, precisamente, cuando no se coincide con él<sup>(82)</sup>.

El “test débil”, en cambio, le reconoce cierto peso argumentativo al hecho de que el precedente sea erróneo o haya sido mal razonado, aunque esto no necesariamente implica que sea la única razón que considerar.

Tradicionalmente, la Suprema Corte parece haber utilizado el test débil<sup>(83)</sup>: la retórica de la “justificación especial” –sobre la que se erigió el test fuerte– tiene origen en un voto de la juez O’ Connor de mediados de los años 80<sup>(84)</sup>. En *Casey*, ambos test se enfrentaron y, como sabemos, prevaleció el fuerte, consagrado en el voto plural de O’ Connor, Souter y Kennedy<sup>(85)</sup>. En virtud de ello, *Roe* se mantuvo. Así y todo, en el último tiempo, el test débil asumió diversas variantes en ciertos votos de los jueces Thomas y Kavanaugh, algunas de las cuales dejaron su huella en *Dobbs*<sup>(86)</sup>.

Thomas venía fijando su postura de que el precedente demostrablemente erróneo –es decir, aquel que excede la interpretación razonable<sup>(87)</sup>– no solo puede, sino que *debe* ser derogado por la Corte<sup>(88)</sup>. Por su parte, Kavanaugh identificó y sistematizó, a partir de la jurisprudencia de la Suprema Corte<sup>(89)</sup>, una serie de factores relevantes para decidir si mantener o no un precedente (la calidad de su razonamiento, la consistencia con decisiones anteriores o posteriores, cambios en los hechos y en el derecho, la viabilidad, la confianza depositada en el precedente y su antigüedad). Asimismo, delineó un test de tres pasos para evaluar tales factores, que, entre otras cuestiones, contempla si el precedente es “terriblemente erróneo [*egregiously wrong*]”<sup>(90)</sup>. Este concepto de precedente “terriblemente erróneo” fue recogido por el voto mayoritario en *Dobbs*. Y si bien no se replicó el esquema de tres pasos propuesto por Kavanaugh, sí fueron tenidos en cuenta aquellos factores que él había identificado. En su voto concurrente, Kavanaugh aplicó el test que él mismo había diseñado, para concluir que tanto *Roe* como *Casey* debían derogarse<sup>(91)</sup>.

El abordaje sobre *stare decisis* que desplegó la Suprema Corte en *Dobbs* respondió, de alguna manera, tanto

al test débil como al test fuerte de *stare decisis*. Porque, por un lado, y como se verá, tomó en consideración el carácter terriblemente erróneo de la decisión. Pero, además, brindó otras razones que configuran esa justificación especial exigida por el test fuerte.

## ii. Los cinco factores

Como se mencionó, la Suprema Corte dedicó buena parte de su esfuerzo argumentativo a demostrar por qué los precedentes *Roe* y *Casey* debían ser abandonados. Para ello, identificó cinco factores que exigían su derogación, que serán analizados seguidamente.

### 1. La naturaleza del error

La referencia a la “naturaleza” del error descarta que cualquier precedente erróneo pueda dar lugar a un *overruling*. Ciertamente, la Corte indicó que el precedente para ser derogado debe provocar serios daños<sup>(92)</sup>. *Roe* y *Casey* encuadraban en esa categoría de precedentes “terriblemente erróneos”, porque no se condecían con ninguna interpretación razonable de la Constitución de los Estados Unidos y porque, además, usurparon los poderes democráticos de las legislaturas estatales, que eran las competentes para zanjar la intrincada cuestión moral del aborto<sup>(93)</sup>.

### 2. La calidad del razonamiento

Además de ser erróneo, la mayoría en *Dobbs* agregó que *Roe* se había fundado en un razonamiento débil. Seguidamente, dirigió fuertes críticas a *Roe* y mostró por qué *Casey* no pudo superar esas deficiencias. En este punto, la Corte retomó varios aspectos del razonamiento desarrollado en la primera parte de la sentencia, en cuanto a que *Roe* no era acorde a la Constitución ni a la historia ni a los precedentes. Algunos de los puntos esenciales de esa crítica –primordialmente apuntada hacia *Roe*– fueron:

- Se asentó en una narrativa histórica errónea y selectiva, que excluyó la consideración de elementos relevantes (en especial, cómo se regulaba el aborto al momento de la ratificación de la Enmienda XIV). Efectuó una interpretación equivocada del aborto en el *common law*, sobre la base de artículos académicos de un único doctrinario que, posteriormente, fueron seriamente desacreditados<sup>(94)</sup>. Ello implicó, además, excluir voces autorizadas como Bracton, Coke, Hale y Blackstone.

- Se apoyó en precedentes inaplicables y distinguibles de un caso de aborto, puesto que no involucraban la eliminación de la “vida potencial”.

- Su esquema trimestral fue “inventado”<sup>(95)</sup> por la Corte, sin que las partes lo hubieran pedido o alegado. Este esquema, además, se asimilaba a la labor legislativa de ponderación o balance de intereses, que queda fuera de la competencia de los tribunales.

- El *holding* de la viabilidad –sobre el cual se asentó el esquema trimestral de *Roe*– reposó sobre un “silogismo” falaz. Admitía que los estados regulasen e incluso prohibieran el aborto luego de la viabilidad, “porque en ese momento el feto puede vivir fuera del vientre materno”. Pero tal afirmación solo brinda una definición de “viabilidad”, y no una razón válida por la cual ese momento se transforme en relevante para proteger los intereses del Estado en la vida del feto<sup>(96)</sup>.

- Recibió una profusa crítica, incluso de parte de quienes se pronunciaron a favor del aborto<sup>(97)</sup>. Entre otros constitucionalistas notables, aquí la Corte mencionó las punzantes reprobaciones de Ely<sup>(98)</sup> y de Tribe<sup>(99)</sup>.

Por lo demás, la Corte señaló que *Casey* intentó, sin éxito, subsanar estos errores, al deshacerse de gran parte

*Illburton Co. vs. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U. S. 258, 266 (2014); *Kimble vs. Marvel Entertainment, LLC.*, 135 S. Ct. 2401 (2015), p. 2409; *Kisor vs. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400, 2418, 2422 (2019).

(81) Este fue, precisamente, el test empleado en *Casey* por el sorpresivo voto de O’ Connor, Souter y Keneddy, con el objetivo de mantener *Roe*.

(82) Hellman, D., “The Importance of Appearing Principled”, *Arizona Law Review*, vol. 37, 1995, p. 1120, nota al pie núm. 75.

(83) Sin ir más lejos, Brandeis, en la disidencia citada más arriba, ya hablaba de enmendar errores mediante la derogación del precedente constitucional y citaba decenas de casos en ese sentido. *Burnet*, pp. 406-8.

(84) O’ Connor habría usado la expresión por primera vez en *Arizona vs. Rumsey*, 467 U. S. 203, 212 (1984). Cfr. Lee III, E. G., “Overruling Rhetoric: The Court’s New Approach to Stare Decisis in Constitutional Cases”, 33 U. TOL. L. REV. 581, 2001. Aunque el estándar habría cobrado verdadera relevancia a partir del caso *Payne* (1991).

(85) Las disidencias de los jueces Rehnquist y Scalia ponían de resalta que *Roe* había sido mal razonado. Starger, C., “The Dialectic of...”, pp. 19-45. Antes de *Casey* la dialéctica entre ambos test había tenido lugar en *Payne* (1991). Y después de *Casey*, se replicó en *Citizens United vs. Federal Election Comm’n*, 558 U. S. 310, 130 S.Ct. 876 (2010).

(86) En un análisis sobre el caso *Dobbs*, antes del dictado de la sentencia, Glendon y Snead recogieron algunos de los desarrollos relativos al error y al precedente de la Suprema Corte y los aplicaron a *Roe* y *Casey*. En varios aspectos, el estudio resulta premonitorio. Glendon M. A. y Snead O. C., “The Case for Overturning *Roe*”, *National Affairs*, Fall 2021. Disponible en: <https://nationalaffairs.com/publications/detail/the-case-for-overturning-roe> (fecha de consulta: 8/8/2022).

(87) *Gamble vs. US*, 587 U. S. \_\_\_ (2019) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de Thomas, *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. \_\_\_ (2020) (slip. op.), pp. 2 y 3, voto concurrente de Thomas. En esto sigue al académico Caleb Nelson (en “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents”, *Virginia Law Review*, vol. 87, núm. 1, 2001, pp. 7-8) a quien en ocasiones cita.

(88) *Gamble vs. US*, 587 U. S. \_\_\_ (2019) (slip. op.) p. 2, voto concurrente de Thomas, *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. \_\_\_ (2020), (slip. op.) pp. 2 y 3, voto concurrente de Thomas, *June Medical Services L. L. C. vs. Russo*, \_\_\_ U. S. \_\_\_ (2020) (slip. op.), p. 18, voto concurrente de Thomas.

(89) Por ejemplo, dos precedentes cercanos en el tiempo que habían llevado a cabo el test de *stare decisis* teniendo en cuenta varios de estos factores fueron *Janus*, 585 U. S. \_\_\_ (2018) (slip. op.), pp. 34-47 y *Franchise Tax Bd. of Cal. sv. Hyatt*, 587 U. S. \_\_\_ (2019) (slip. op.), pp. 16-18.

(90) Además de considerar los efectos reales que el precedente tuvo en la ciudadanía y la confianza que pudo haber generado. Véase *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. \_\_\_ (2020) (slip. op.), pp. 7-10, voto concurrente de Kavanaugh.

(91) *Dobbs*, pp. 5-10, voto concurrente de Kavanaugh.

(92) *Dobbs*, p. 44.

(93) *Dobbs*, pp. 44-45.

(94) La Corte se refirió a dos artículos del activista a favor del aborto C. Means (“The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra or Ninth-Amendment Right About to Arise from the Nineteenth-Century Legislative Ashes of a Fourteenth-Century Common-Law Liberty?” 17 *N. Y. L. Forum* 335, 337-339, 1971 y “The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality”, 14 *N. Y. L. Forum* 411, 1968). El voto de la mayoría enfatizó que estos artículos ni siquiera eran tomados en serio desde el movimiento proaborto. *Dobbs*, pp. 26-27.

(95) La sentencia señaló que ese esquema fue un “brainchild” de la propia Corte en *Casey*. *Dobbs*, p. 47.

(96) Esto ya había sido advertido en 1973 por Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf...”, p. 924. *Dobbs* lo retoma (p. 50). En la audiencia oral la arbitrariedad del criterio de la viabilidad también dio lugar a intercambios importantes entre los jueces y las partes (véase, por ejemplo, p. 50 y ss. y 64 y ss. de la transcripción).

(97) *Dobbs*, p. 54.

(98) Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf...”.

(99) Véase: Tribe, L. H., “Foreword: Toward Model of roles in the Due Process of Life and Law”, *Harvard Law Review* 87(1), 1973, pp. 1-3.

del contenido de *Roe*: revisó el derecho sobre el cual se asentaba el aborto, abandonó del esquema trimestral, se deshizo de la narrativa histórica errada e intentó matizar, en cierta medida, el desbalanceo absoluto que había consagrado *Roe* entre el derecho de la madre y el de la vida por nacer<sup>(100)</sup>. Pero dicha empresa no tuvo éxito, justamente, porque *Casey* introdujo un nuevo estándar arbitrario, discrecional e inviable [*unworkable*]. Ello nos lleva al siguiente factor de *stare decisis* considerado por la Corte.

### 3. Viabilidad [*workability*]

Un precedente es viable o funcional [*workable*] cuando permite identificar un *holding* que puede ser aplicado consistentemente. Al considerar este factor, la Suprema Corte explicó que *Casey* no cumplía con este requisito. En efecto, en dicho precedente se erigieron estos estándares: a) antes de la viabilidad, una ley es inválida si coloca un “obstáculo sustancial” en el camino de la mujer que busca un aborto; b) las medidas estatales que aseguren que la decisión de la mujer sea informada son constitucionales, siempre que no impongan una “carga indebida” y c) las regulaciones de salud innecesarias, que tienen el efecto de presentar un obstáculo sustancial, constituyen una “carga indebida”<sup>(101)</sup>.

De allí surgieron dos expresiones –“carga indebida” y “obstáculo sustancial”– que dificultaron enormemente la aplicación de *Casey*. En este sentido, Alito señaló que la inviabilidad quedó demostrada por la ruptura de criterios en las cámaras federales de apelaciones respecto de su aplicación, así como por ciertos fallos de la propia Corte en los que la mayoría y la minoría no pudieron acordar si una regulación determinada constituía o no una carga indebida. Ni siquiera fue posible aplicar ese estándar con éxito en el propio *Casey*: algunos jueces consideraron que la espera de veinticuatro horas, desde que la mujer solicitase el aborto<sup>(102)</sup> hasta que accediese a la práctica, no era una carga indebida, mientras otros entendieron que sí. Asimismo, en *June Medical*<sup>(103)</sup> el tribunal quedó fracturado en torno al *holding* de *Casey*. En esa oportunidad, el voto de Roberts –que por el modo de fracturarse la mayoría del tribunal terminaría siendo el proveedor del *holding*<sup>(104)</sup>–, implicó el abandono de la interpretación de *Casey*, que había sido consagrada en *Whole Woman’s Health* (2016)<sup>(105)</sup>, como una ponderación entre costos y beneficios de cada medida estatal regulatoria del aborto.

Finalmente, la espinosa aplicación de los estándares creados en *Casey* se complejizaba porque no dependían de la característica intrínseca del feto, sino de factores ajenos, como la calidad de atención médica o la infraestructura clínica de cada estado, así como de las circunstancias particulares de la mujer (pues lo que para una puede constituir un obstáculo insalvable, puede no serlo para otras).

### 4. Efectos disruptivos en otras áreas del derecho

La Corte sostuvo que *Roe* y *Casey* provocaron “distorsiones” en varias áreas del derecho de los Estados Unidos. Esto quiere decir que todas las normas procesales que se aplican en otras materias son aplicadas *ad hoc* o deformadas cuando se trata de un caso de aborto<sup>(106)</sup>.

Por ejemplo, en los precedentes relativos al aborto se admitió una legitimación muy amplia de las clínicas en representación de sus eventuales pacientes –mujeres embarazadas que quisieran abortar– que no tiene correlato en otros supuestos; en especial, si se tiene en cuenta que, al reclamar la inconstitucionalidad de leyes regulatorias del aborto, podría haber un conflicto de interés entre la clínica y el bienestar de la madre que la norma intenta proteger<sup>(107)</sup>. Del mismo modo, se han declarado inconstitucionalidades de amplio alcance<sup>(108)</sup> de muchas leyes estatales reguladoras del aborto, cuando, en realidad, ese

tipo de inconstitucionalidades son excepcionales y están sujetas a un escrutinio muy severo.

### 5. Confianza en el precedente (*reliance*)

Este factor se relaciona con los intereses legítimos que el precedente pudo haber generado en la sociedad. Tradicionalmente, es un factor de *stare decisis* aplicado a casos contractuales o de propiedad, de modo que cuanto mayor sea la confianza depositada en el precedente, menores serán las razones para derogarlo. Apunta a que, si las personas han celebrado negocios jurídicos, inversiones o poseen títulos que fueron conferidos sobre la base de un precedente judicial, no se vean intempestivamente perjudicadas por un cambio de criterio.

En *Dobbs*, la Suprema Corte develó que *Casey* –al evaluar la posible derogación de *Roe*– había asumido una forma intangible y *ad hoc* de *reliance*, que no existía en la jurisprudencia del tribunal y que solo se utilizó para ese caso. En efecto, en *Casey*, el tribunal interpretó que, “por dos décadas, la gente había organizado sus relaciones íntimas y hecho elecciones que definieron su visión de sí mismos y de su lugar en la sociedad” porque confiaban en “la disponibilidad de la práctica del aborto en el caso de que la contracepción hubiera fallado”<sup>(109)</sup>. Ello es absurdo, como explicitó la Corte en *Dobbs*, en primer lugar, porque ni el embarazo inesperado, ni el aborto son algo “planeado” que pueda incidir en el modo de ser ni de relacionarnos. En segundo lugar, aun si lo fuera, se trata de una “confianza” en el precedente que inmediatamente puede adaptarse frente a un cambio de criterio de la Corte: no es un negocio jurídico irrevocable ni una inversión irrecuperable. Será un modo de relacionarse que, en su caso, tendrá que adaptarse a las posibles restricciones que cada estado le imponga al aborto. En tercer lugar, con múltiples argumentos en uno y otro sentido de parte de los *amicus*, en *Dobbs* se evidenció que el impacto del aborto sobre la vida de la mujer, “depende de una cuestión empírica” difícil de valorar en abstracto: “el efecto del derecho al aborto en la sociedad y en particular en la vida de las mujeres”<sup>(110)</sup>. Y que no es labor de la Corte llevar adelante dicha valoración.

Es importante detenerse un poco más sobre este asunto. El eje discursivo de la disidencia gravitó, en gran medida, sobre la idea de que la mujer únicamente participa en la vida social y económica, en condiciones de igualdad, gracias al “derecho de abortar”. Parece que se esconde aquí una versión reduccionista y negativa de lo femenino, que merece una reconsideración de cara a la solución de los problemas que afrontan las mujeres actualmente. En este orden, la mayoría en *Dobbs* refutó las afirmaciones sobre la inferioridad de la mujer, por ejemplo, cuando señaló que “no carecen de poder electoral o político” y que pueden influir y participar en el debate legislativo sobre el aborto por distintos medios (de hecho, destaca que en las recientes elecciones hubo más mujeres que hombres registrados para votar)<sup>(111)</sup>. En efecto, la mujer vota desde 1920 y aun así más de la mitad de los estados mantienen leyes restrictivas del aborto; incluso, en *Dobbs*, veintiséis estados le pidieron a la Corte que derogara *Roe* y *Casey*<sup>(112)</sup>. De allí que no tenga asidero la argumentación que intentó la disidencia para que la Enmienda XIV no se leyera tal como fue ratificada, con el pretexto de que en la época las mujeres no eran consideradas como iguales<sup>(113)</sup>. Cien años después de que la mujer comenzara a emitir su voto, muchos de los estados siguen restringiendo el aborto.

### 6. Otros factores

A. La respuesta a *Casey*: la persistencia de una sociedad dividida

La mayoría también analizó argumentos que habían sido fundantes en el inesperado voto de O’Connor, Souter y Kennedy (que acabó siendo el voto controlante de *Casey*). Allí, los tres jueces habían propuesto mantener *Roe*, pues temían que la derogación diera lugar a acusaciones de que la Corte actuaba presionada por el poder político o por la opinión pública<sup>(114)</sup>. A su vez, en *Casey* se sostuvo que se le ponía punto final a la discusión sobre el aborto, en un intento de blindar el precedente de futuras reconsideraciones<sup>(115)</sup>.

(100) En efecto, sostuvo que el estándar de la carga indebida debía ser adoptado “para proteger el derecho reconocido en *Roe* y al mismo tiempo atender el profundo interés del Estado en la vida potencial”. *Casey*, p. 878.

(101) *Casey*, p. 878.

(102) 579 U. S., p. 607.

(103) *June Medical*, 591 U. S. \_\_\_\_ (2020) (slip. op).

(104) Sobre esto, véase Legarre, S., “Mayoría fracturada y precedente horizontal”, *La Ley*, 2020-E. Cita digital: TR LALEY AR/DOC/1942/2020.

(105) 579 U. S. 582 (2016).

(106) *Dobbs*, pp. 62-63.

(107) Muchos de los casos sobre aborto, posteriores a *Roe*, fueron llevados a tribunales por clínicas abortistas. *Dobbs* no es la excepción.

(108) En la clásica distinción americana entre inconstitucionalidad “on its face” (para todos los escenarios de aplicación de la norma) y “as applied” (solo para el escenario concreto que implica la causa), la Corte ha preferido el primer tipo de inconstitucionalidad al evaluar normas regulatorias del aborto.

(109) *Casey*, p. 856.

(110) *Dobbs*, p. 65.

(111) *Dobbs*, pp. 65-66.

(112) *Dobbs*, pp. 4 y 36.

(113) *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 14.

(114) *Casey*, p. 865; *Dobbs*, p. 66.

(115) *Dobbs*, pp. 67-69.

En respuesta, el voto mayoritario de *Dobbs* dejó en claro, por un lado, que ni la decisión de mantener ni la de derogar un precedente debe verse influenciada por la política o la presión social: en ambos casos, el máximo tribunal debe hacer su trabajo, que consiste en evaluar la compatibilidad de las normas con la Constitución y aplicar los consolidados principios de *stare decisis*. El cumplimiento de esa labor, en *Dobbs*, llevó a la Corte a concluir que la regulación del aborto compete al pueblo y a sus representantes, porque la Constitución no confiere un “derecho al aborto”. Por otro lado, se puso de manifiesto que no existe precedente que no pueda ser revisitado ni cuestión que sea zanjada de una vez y para siempre por la Corte Suprema, por más de que ella misma así lo pretenda<sup>(116)</sup>. Esto echa por tierra la pretensión de algunos de considerar a *Roe* o a *Casey* “superprecedentes”, “*super-duper precedents*” o “*super-stare decisis*”<sup>(117)</sup>.

B. El diálogo con la disidencia: cambios en los hechos y en el derecho

Una de las diferencias sustanciales entre el *draft* que se filtró y la sentencia definitiva consiste en las respuestas que el voto mayoritario dedicó a las principales objeciones de la disidencia. Esta última, en lo que hace al *stare decisis*, le endilgó a la mayoría no haber acreditado uno de los factores que tradicionalmente habilitaron la derogación de precedentes erróneos: los cambios acaecidos en los hechos y en el derecho desde que el precedente hubiera sido dictado hasta que se considerase su abandono. Con acierto, la mayoría remarcó que ese factor solo puede ser relevante en precedentes que no fueran erróneos desde el día en el que se resolvieron. De lo contrario, no es necesario esperar ningún cambio, ni en los hechos, ni en el derecho: hay que derogarlos en la primera oportunidad<sup>(118)</sup>. Por si esto no bastase, el voto mayoritario resaltó que efectivamente se habían producido cambios desde 1973 a esta parte: por ejemplo, la aparición de las llamadas *safe haven laws* (que permiten a la madre dejar a su recién nacido en refugios seguros), las reformas en las leyes laborales, que impiden la discriminación o que garantizan licencias por embarazo y posnatales, así como asistencia para los costos del embarazo<sup>(119)</sup>.

Pero además la Suprema Corte en *Dobbs* hizo notar que *Casey* no alcanzó el objetivo que se fijó y con el cual había justificado el sostenimiento de *Roe*: no logró saldar la profunda controversia que tenía dividida a la sociedad. El voto mayoritario en *Dobbs* señaló que la Corte de *Casey* inventó este factor de *stare decisis* “a medida”, por cuanto nunca antes se había considerado la existencia de una controversia divisoria de la sociedad como argumento para mantener o derogar un precedente. La Corte de *Dobbs*, aquí, reafirmó con ahínco que la nueva sentencia aplicó los factores tradicionales de *stare decisis*, en lugar de crear un test de *stare decisis* para los casos de aborto (como habría hecho *Casey*)<sup>(120)</sup>.

Con el diario de tres décadas después, el tribunal adició la persistencia de aquella división social, moral y política como una razón más para destruir los pilares endebles sobre los que *Casey* había reconstruido *Roe*. Esta consideración, que la Corte dejó para el final en la sección sobre *stare decisis*, sintetiza el razonamiento de *Dobbs*: los jueces deben correrse a un lado y dejar la decisión sobre el aborto a los órganos democráticos.

C. El factor ausente: la profunda injusticia de *Roe* y *Casey*

La argumentación de *Dobbs* está atravesada por el modelo del juez restringido, que resuelve dentro de los límites de la norma, la historia, la tradición y los precedentes. Un juez a quien no le corresponde el balanceo de intereses contrapuestos ni la imposición de sus preferencias morales por encima del debate democrático. Con ese criterio –y en el entendimiento de que la Constitución no

confiere un derecho al aborto–, la Corte devolvió a los órganos electivos del gobierno estatal la discusión.

A fin de cuentas, *Dobbs* no versó tanto sobre el aborto, sino sobre la competencia para su regulación. Coherente con ese razonamiento, el tribunal, al momento de evaluar *Roe* y *Casey*, eludió el principal motivo por el que tales precedentes debían ser derogados: la profunda injusticia que representa la eliminación de la vida del ser humano no nacido.

Ya Blackstone reconocía que la injusticia y la absurdidad eran límites al seguimiento del precedente<sup>(121)</sup>. Incluso en *Dobbs* algunos *amicus curiae*, como Finnis y George, mostraron la existencia de un derecho constitucional a la vida del no nacido en la propia Constitución<sup>(122)</sup>. No obstante, cuando la mayoría señaló que los precedentes eran erróneos y que producían un profundo daño, la crítica se centró en la inconsistencia de *Roe* y de *Casey* con la Constitución y en el perjuicio democrático que significó que la Corte usurpara la decisión de los órganos electivos. Nada se dijo del *daño real* que dichas decisiones causaron: millones de niños por nacer a los que se privó de su vida (y otro tanto de mujeres que han sufrido las consecuencias del aborto). Solo Thomas apuntó la impresionante cifra de abortos que se realizaron desde 1973, bajo el amparo de *Roe* y *Casey*<sup>(123)</sup>. Paradójicamente, fue la disidencia la que reclamó que hay cuestiones que no pueden quedar libradas a la deliberación: “creemos en una Constitución que deja fuera de la regla de la mayoría ciertos asuntos”<sup>(124)</sup>.

Pero el tribunal no abrazó la línea argumental vinculada con el derecho a la vida de la persona por nacer<sup>(125)</sup>. La omisión deja, por un lado, sabor a poco<sup>(126)</sup>, y, por el otro, abre el interrogante acerca de qué sucedería en el futuro si la cuestión se planteara directamente ante la Corte.

Como sostuvimos al principio de este trabajo, la sentencia únicamente puede ser leída –y cabalmente comprendida– desde el prisma del sistema estadounidense. La base jurídico-política contractual y empirista (y un relativo desapego al derecho natural) parecen explicar el andar del tribunal<sup>(127)</sup>. Es posible intuir que el camino escogido resulte más eficaz, en un mundo cada vez más ideologizado y dividido<sup>(128)</sup>, en orden a bloquear el debate sobre el aborto de futuras intervenciones judiciales activistas y desmedidas. Al mismo tiempo, la solución de *Dobbs* coloca sobre la mesa del debate legislativo argumentos soslayados (o no suficientemente considerados). 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. Como señalan Anderson y DeSanctis: no es solo una “vida potencial”, sino que “es una vida, con potencial, y con un futuro potencial”<sup>(129)</sup>.

A pesar de que la injusticia del aborto no ha quedado explicitada, desde una perspectiva eminentemente prác-

(121) “La derogación se justifica cuando y solo cuando un precedente es manifiestamente absurdo o injusto [Overruling is warranted when and only when a precedent is manifestly absurd or unjust]”, Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes Selected from the Editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes, Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893, vol. 1 - Books I & II, p. 64.* Disponible en: [http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone\\_1387-01\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf) (fecha de consulta: 15/8/2022).

(122) Finnis, J. M. y George, R. P., *Amici Curiae, Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in Support of Petitioners, en Dobbs*, 29/7/2021. Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185196/20210729093557582\\_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185196/20210729093557582_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf) (fecha de consulta: 16/8/2022).

(123) A lo que agrega que el daño causado por la jurisprudencia de la Corte sobre debido proceso en este punto “sigue siendo incommensurable”. *Dobbs*. Voto concurrente de Thomas, p. 7.

(124) *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 7.

(125) Aspecto que también le reprocha la minoría, véase la nota al pie núm. 7 en *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 7.

(126) En este aspecto, el fallo no es “óptimo”, porque no contiene la declaración de “un constitucional derecho a la vida desde la concepción”. Sacristán, E., “Adiós, *Roe*”, *El Derecho*, Tomo 297, 18-08-2022. Cita digital: ED-MMMCCCLIX-664.

(127) Una explicación concisa sobre este punto puede verse en: Vítolo, A. M., “Entendiendo *Dobbs*”, en este suplemento especial: *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, *El Derecho* [en prensa].

(128) En tal sentido, son bien oportunas las reflexiones sobre los discursos imperantes de Basset, U., “Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo *Dobbs* para el jurista de hoy”, en este suplemento especial: *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, *El Derecho* [en prensa].

(129) Anderson, R. T. y DeSanctis, A., *Tearing Us Apart: How Abortion Harms Everything and Solves Nothing...*, p. 17.

(116) *Dobbs*, p. 68.

(117) Hacia el año 2000, comenzó a gestarse la teoría de esa categoría de precedentes, en la cual algunos, como el juez del cuarto circuito Michael Luttig, pretendían encuadrar a *Roe* y a *Casey*. La expresión “*super-duper precedent*” tomó estado público en el interrogante formulado por el senador Specter de Pennsylvania al por entonces juez del circuito de DC, Roberts, durante sus audiencias de confirmación como juez de la Corte Suprema. La pregunta fue, justamente, si consideraba que *Roe* era un “*super-duper precedent*”. Véase Rosen, J., “So, do You Believe in ‘Superprecedent’?”, *The New York Times*, 30/10/2005. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2005/10/30/weekinreview/so-do-you-believe-in-superprecedent.html> (fecha de consulta: 17/8/2022).

(118) *Dobbs*, pp. 69-70.

(119) *Dobbs*, p. 70, con remisión a las pp. 33-34.

(120) *Dobbs*, p. 71.

tica, la decisión de la Corte mejoró el *statu quo*, porque admite la vigencia y futura sanción de leyes restrictivas del aborto en varios estados<sup>(130)</sup>. Dependerá de cada legislatura el avance en la protección de la mujer y de la vida prenatal<sup>(131)</sup>; ese objetivo, además, exige el fortalecimiento del aspecto cultural<sup>(132)</sup>.

#### D. El estándar de razonabilidad

Junto con *Roe* y *Casey*, cayó también el estándar que, desde 1973, se había utilizado para la valoración de las leyes sobre aborto. Es que, descartada la existencia de un “derecho” de rango constitucional, ya no podía recurrirse a un escrutinio tan elevado [*compelling state interest*]. Por eso, en *Dobbs*, se determinó que en adelante se aplicará el test de razonabilidad [*rational basis review*], que presupone la validez de la norma en cuestión<sup>(133)</sup>.

Queda señalar que, al evaluar la ley de Mississippi, *Dobbs* esbozó un listado de razones, referidos tanto a la salud materna como al valor de la vida prenatal, que califican dentro de dicho estándar<sup>(134)</sup>. Esa enumeración, que no parece ser taxativa, deja entrever que la Corte será deferente con las restricciones que los estados instauren por la vía democrática<sup>(135)</sup>.

#### II. Los otros votos

La principal diferencia entre los votos de Kavanaugh, Thomas y el redactado por Alito reside en el estándar de evaluación del *stare decisis*, como oportunamente se explicitó.

En cuanto a Thomas, la consideración de *Dobbs* como precedente demostrablemente erróneo se ancló en su lectura procedimental de la cláusula del debido proceso, que niega cualquier intento de extraer derechos sustantivos de allí<sup>(136)</sup>. Esto lo llevó a aclarar que, en futuros casos apropiados, todos los precedentes que conceden derechos sustantivos a partir de aquella cláusula deberían ser revisados por la Corte<sup>(137)</sup>. Kavanaugh, por su parte, fue mucho más enfático acerca de la “neutralidad” de la Constitución en materia de aborto<sup>(138)</sup>, y se animó a adelantar su opinión sobre ciertas controversias que el caso *Dobbs* podría abrir, como el traslado interestatal de mujeres en busca de un aborto<sup>(139)</sup>. Al respecto, sostuvo que esas prácticas serían acordes con la Constitución.

El *Chief Justice* Roberts propuso, en su voto, un “curso más medido”<sup>(140)</sup>: desde una concepción minimalista en cuanto al decisorio, pero completamente activista y transformadora en términos de *stare decisis*, sostuvo que el caso no requería pronunciarse sobre la derogación de *Roe* y *Casey*. Para fundar esa postura, ofreció una relectura de *Roe* (y de *Casey*), a partir de la cual pretendió deshacerse del estándar de viabilidad y reemplazarlo por otro según el cual “la mujer tiene derecho a tener una oportunidad razonable de acceder al aborto”<sup>(141)</sup>. Bajo este criterio, la ley de Mississippi sería constitucional, por cuanto hasta las quince semanas de embarazo la mujer tendría a disposición esa “oportunidad razonable”. La respuesta de la mayoría al voto de Roberts puede resumirse en una frase, que, con perspicacia, los jueces tomaron prestada del propio Roberts en *Citizens United*<sup>(142)</sup>:

(130) Sobre las leyes que van restringiendo el aborto, véase: Guttmacher Institute, “Abortion Policy in the Absence of Roe”, 1/8/2022. Disponible en: <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/abortion-policy-absence-roe> (fecha de consulta: 16/8/2022).

(131) Se había dicho ya que, aun derogado *Roe*, era necesaria la intervención legislativa del Congreso Federal en resguardo del niño no nacido. George R. P. y Craddock, J., “Even if Roe is overturned, Congress must act to protect the unborn”, *The Washington Post*, 2/6/2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/06/02/roe-abortion-congress-fourteenth-amendment/> (fecha de consulta: 18/8/2022).

(132) Snead, O. C. y Glendon, M. A., “The Pro-life Movement Can’t Stop at the Unborn”, *The Washington Post*, 29/6/2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/06/29/dobbs-pro-life-women-children/> (fecha de consulta: 10/8/2022).

(133) *Dobbs*, p. 77.

(134) *Dobbs*, p. 78.

(135) Sacristán anota que en *Dobbs* se enumeraron “[...] las herramientas que [la Corte] 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”. Sacristán, E., “Adiós...”.

(136) *Dobbs*. Voto concurrente de Thomas, p. 2.

(137) *Ibidem*, p. 3.

(138) *Dobbs*. Voto concurrente de Kavanaugh, pp. 2-3.

(139) *Ibidem*, p. 10.

(140) *Dobbs*. Voto concurrente de Roberts, p. 1.

(141) *Ibidem*, p. 2.

(142) 558 U. S. 310, 384 (2010). Voto concurrente de Roberts.

“el *stare decisis* es una doctrina de preservación, no de transformación”<sup>(143)</sup>.

## 5. Conclusiones

En *Dobbs*, la Suprema Corte de los Estados Unidos deshizo la infundada construcción jurisprudencial sobre el aborto, iniciada cincuenta años atrás. La nueva sentencia remedia, en parte, la tendencia activista de *Roe* y *Casey*, que había creado un derecho sin fundamento en la Constitución, en la historia o en la tradición del país.

La anatomía de *Dobbs* permite ver que, para desarticular esos precedentes, la Suprema Corte se ciñó a criterios clásicos del tribunal y dejó expuestas las inconsistencias que, durante casi medio siglo, múltiples juristas –a favor y en contra del aborto– pusieron de resalto en sus críticas a *Roe* y a los fallos que le siguieron. La sentencia ofreció, además, una estricta aplicación de los principios del *stare decisis*: se recogieron los factores de derogación del precedente diseñados por la propia jurisprudencia del tribunal a lo largo de múltiples casos. Y cada uno de dichos factores fue extensamente justificado en favor de la derogación. En definitiva, se trató del abandono de un precedente mucho más explícito y fundado que aquel que –sin decirlo– *Casey* hizo con *Roe*, a través de criterios *ad hoc* de selección que permitieron tomar arbitrariamente lo que servía del precedente y abandonar lo demás.

El aborto acarrea un dilema moral grave, como bien se reconoció en la sentencia. Pero (otra vez) la Suprema Corte de los Estados Unidos evitó pronunciarse sobre el núcleo central de la cuestión: la protección de la vida del no nacido y la profunda injusticia de su eliminación. Con todo, *Dobbs* logró un rebalanceo en las premisas del debate, recuperó otras miradas y se hizo eco de los cambios sociales y legales de las últimas décadas.

El fallo redefinió los cimientos y los límites de la controversia: si bien reconoció que los intereses de la mujer son relevantes, la presencia de una “vida potencial” no puede obviarse. Reintrodujo así el peso de esa “vida potencial”, inevitablemente involucrada en el aborto, que, tanto en *Roe* y en *Casey* como en el voto disidente de *Dobbs*, tenía un rol únicamente retórico<sup>(144)</sup>. El voto mayoritario señaló, además, que la “línea de la viabilidad [de aquellos precedentes] no tiene sentido” y que, según el criterio de la disidencia, debe estimarse al no nacido “carente incluso del más básico derecho humano –a vivir– al menos hasta un punto arbitrario” del embarazo<sup>(145)</sup>. Finalmente, la Corte ofreció algunas líneas interesantes que deberán explorarse en los próximos debates legislativos: mencionó los avances científicos que permiten conocer, como nunca antes, lo que ocurre en el vientre materno durante los nueve meses de la gestación<sup>(146)</sup> y la evolución relativa a la condición social de la mujer en general y durante el embarazo<sup>(147)</sup>.

Claro que *Dobbs* es solo el principio<sup>(148)</sup>. El debate sobre el aborto solamente se encauzará si se sustenta en la verdad ontológica, antropológica y ética capaz de desarmar los embates del relativismo. Quintana, en sus reflexiones sobre el derecho a la vida, nos interpela con una pregunta sugestiva: “¿una cultura que renuncia a lo *Absoluto* está en condiciones de respetar *absolutamente* el derecho a una vida que, en cuanto terrenal, es empíricamente infinita?”<sup>(149)</sup>. El interrogante, con *Dobbs*, permanece abierto.

**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 - ABORTO - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL**

(143) *Dobbs*, p. 73.

(144) *Dobbs*, pp. 37-38.

(145) *Dobbs*, p. 38.

(146) *Dobbs*, pp. 33-35.

(147) *Dobbs*, pp. 33-35 y 65.

(148) Snead, O. C. y Glendon, M. A., “The pro-life movement...”.

(149) Quintana, E. M., *Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo*, Buenos Aires, EDUCA, 2013, p. 64 (el destacado pertenece al original).

# Back to Blackstone: sentido y límites del *stare decisis* en *Dobbs v. Jackson*

por EDUARDO R. SODERO\*

**Sumario:** I. LOS PRECEDENTES EN LA TEORÍA DE BLACKSTONE. – II. LOS PRECEDENTES EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. – III. LA TEORÍA DEL PRECEDENTE A LA LUZ DE *DOBBS V. JACKSON*. – IV. “SETTLED VERSUS RIGHT”. – V. LA FUNDAMENTAL INJUSTICIA DE *ROE V. WADE*.

La reciente decisión mayoritaria de la *Supreme Court* estadounidense en *Dobbs v. Jackson*<sup>(1)</sup> no solo ha suscitado intensos debates en la opinión pública y ha llamado la atención de los medios de comunicación (generando también reacciones diversas desde la política, no limitadas a los Estados Unidos), sino que además –como lo atestigua el presente número de EL DERECHO– ha venido a renovar con energía la discusión en torno a problemas ya clásicos del Derecho Constitucional y de la Filosofía del Derecho, referidos al fundamento de los derechos humanos, a los límites impuestos a las decisiones de las mayorías democráticas, al sentido y justificación del Poder Judicial (que siempre tendrá que vérselas con la conocida “dificultad contramayoritaria” y la objeción del “gobierno de los jueces” al adoptar sus decisiones), a la interpretación constitucional y sus cánones, entre otros.

Esta contribución no pretende ocuparse directamente de esos temas (que igualmente serán considerados) sino que solo tiene por objeto examinar el caso desde la perspectiva de los precedentes judiciales, estudiados tradicionalmente junto con el principio de *stare decisis*, desde la tesis originaria de que *Dobbs v. Jackson*, al dejar sin efecto los precedentes *Roe v. Wade*<sup>(2)</sup> y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*<sup>(3)</sup> y aun cuando no haya llevado hasta sus últimas consecuencias algunos de los fundamentos sobre los cuales se asienta, representa en definitiva un

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n.º 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](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\* Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Profesor de Filosofía del Derecho (UCA, Rosario; UNL, Santa Fe).

(1) *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), del 24 de junio de 2022.

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

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

desafío de enorme significación<sup>(4)</sup> para una de las versiones más eficaces, mejor disfrazadas y potencialmente más peligrosas del positivismo jurídico contemporáneo, que podríamos denominar “positivismo de los precedentes” o, más aún, “positivismo de los superprecedentes”<sup>(5)</sup>, frente al cual se afirma la inevitable existencia de límites sustantivos de los cuales depende la validez de las normas de fuente judicial (y las normas positivas en general), límites cuya observancia en los casos concretos debe ser controlada por los jueces, a fin de cumplir con sus responsabilidades más fundamentales.

Como hemos de ver en las líneas que siguen, *Dobbs v. Jackson* ofrece una oportunidad inmejorable para repensar el sentido de los precedentes en tanto que argumentos normativos y examinar cuáles son las condiciones para que opere sin arbitrariedad el canon de “estar a lo decidido”, teniendo siempre a la vista la premisa fundamental de que los precedentes –para propiamente ser tales– no pueden tener “cualquier contenido”<sup>(6)</sup> y que, por ello, su seguimiento (cuando se trata de *binding precedents*<sup>(7)</sup>) solo es exigible cuando los mismos han superado cierto “test de corrección mínima”, para decirlo en un lenguaje que es propio de la teoría del derecho de Robert Alexy<sup>(8)</sup>, pero que expresa ideas que ya pueden encontrarse en “la obra” fundamental del derecho anglosajón, citada incluso en *Dobbs v. Jackson*<sup>(9)</sup>, y escrita por uno de los juristas más destacados del siglo XVIII, sir William Blackstone<sup>(10)</sup>; los *Commentaries on the Laws of England*<sup>(11)</sup>.

## I. Los precedentes en la teoría de Blackstone

Dado que no podríamos emprender aquí una exposición de la evolución de la “doctrina del precedente” y del “principio de *stare decisis*” en el derecho angloamericano –tarea que obligaría a remontarnos a un autor tan lejano como Heinrici de Bracton<sup>(12)</sup>, cuando afirmaba la bondad de razonar “*a similibus ad similia*”, es decir, a partir de los casos anteriores similares<sup>(13)</sup>–, conviene ocuparnos directamente de las ideas defendidas al respecto por Blackstone, que han llegado a convertirse en un *locus classicus* en la materia, sobre todo por la autoridad reconocida al autor en los Estados Unidos, que se refleja en la famosa recomendación de Abraham Lincoln a un joven abogado

(4) En particular, por el prestigio y posición institucional del tribunal del cual proviene.

(5) Sodero, E., “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿la pesadilla y el noble sueño?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, K.A.S., 2014, pp. 483/500, en p. 492.

(6) En contraposición al famoso aserto kelseniano, conforme al cual “cualquier contenido pensable puede ser derecho” (“*jeder beliebiger Inhalt Recht sein kann*”) (Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2da. ed., Wien, Franz Deuticke, 1960, p. 1).

(7) Esto es, de los precedentes del propio tribunal o de los tribunales superiores que pueden llegar a entender en el caso.

(8) Al respecto me remito a mi trabajo “Alexy y la rehabilitación de la pregunta sobre el concepto del Derecho”, en Clérico, L.; Sieckmann, J.-R.; Oliver-Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 233-256, y bibliografía allí citada.

(9) Así, *Justice Alito* al hablar por la Corte, pp. 17-19; *dissenting opinion* de Breyer, Sotomayor y Kagan, J.J., en p. 30.

(10) (1723-1780). Al respecto, vide Priest, W. (ed.), *Blackstone and his Commentaries: Biography, Law, History*, Oxford and Portland (Or.), Hart Publishing, 2009.

(11) Blackstone, sir W., *Commentaries on the Laws of England* (1765-9), 14th. ed., London, printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies in the Strand, 1803 (por donde se cita).

(12) También mencionado por *Justice Alito*, al hablar del aborto en el *Common Law* (p. 17).

(13) “*A similibus procedere ad similia*” (Bracton, H. de, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (c. 1236), Londini, Milonis Flesher & Roberti Young, MDCXL, f. 1 B).

“If a new and unwonted circumstances shall arise, then, if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner, proceeding a similibus ad similia” (versión inglesa por sir Rupert Cross y J. W. Harris, vide su *Precedent in English Law*, 4ta. ed., Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 26; otra versión se encuentra en Postema: “if new and unusual matters arise which have not before been seen in the realm, if like matters arise let them be decided by like, since the occasion is a good one for proceeding from like to like”. Postema, G. A., “A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law”, en Edlin, D. E. (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 102).

de Illinois en el sentido de que, para adquirir conocimiento del Derecho, había que empezar leyendo los *Commentaries* de aquel, cuidadosamente y “dos veces”<sup>(14)</sup>.

Las ideas a las que hacemos referencia se encuentran en la misma *Introduction* de la obra, en la sección dedicada a las leyes de Inglaterra<sup>(15)</sup>, donde Blackstone señala que “es una regla establecida la de atenerse a los precedentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en litigio: para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no expuesta a oscilar con la opinión de cada nuevo juez; y también porque el derecho que ha sido solemnemente declarado y determinado en ese caso, y que antes era incierto o quizás indiferente, se ha convertido ahora en una regla permanente que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos particulares [...]; [él] no ha sido comisionado para pronunciar un derecho nuevo, sino para preservar y exponer el viejo”<sup>(16)</sup>.

Se trata, como puede verse, de una de las primeras exposiciones canónicas del principio de *stare decisis* o –como lo formula Black (entre otros)– *stare decisis et non quieta movere*, que expresa la “doctrina de la observancia de los precedentes judiciales”<sup>(17)</sup>, que fundamentalmente a través del propio Blackstone llegó a los *framers* y luego a los juristas americanos como parte integrante de ese *Common Law*<sup>(18)</sup>, sin el cual no podían entenderse ni la Constitución ni las leyes de la *Union* según lo afirmado por la propia *Supreme Court* en *Schick vs. United States*<sup>(19)</sup>, donde incluso se destaca a los *Commentaries* como la “exposición más satisfactoria del common law de Inglaterra”<sup>(20)</sup>.

De allí que no sorprenda que el *Chancellor* Kent llegue a decir, en idéntica dirección, que “una decisión solemne sobre una cuestión de derecho que se plantea en cualquier caso se convierte en una autoridad en un caso semejante, porque es la evidencia más elevada que podemos tener del derecho aplicable a la materia, y los jueces están obligados a seguir tal decisión mientras ella no sea revocada [...]. Si una decisión ha sido adoptada sobre la base de una discusión seria y una deliberación madura, la presunción es en favor de su corrección, y la comunidad tiene derecho a considerarla como la declaración o exposición justa del derecho, y a regular sus acciones y contratos de acuerdo con ella. Por ello sería extremadamente inconveniente para el público si los precedentes no fuesen debidamente observados e incondicionalmente seguidos”<sup>(21)</sup>.

[14] “Letter to J. M. Brockman, Springfield, Illinois, September 25, 1860

Dear Sir: Yours of the 24th, asking ‘the best mode of obtaining a thorough knowledge of the law’ is received. The mode is very simple, though laborious, and tedious. It is only to get the books, and read, and study them carefully. Begin with Blackstone’s ‘Commentaries’, and after reading it carefully through, say twice, take up Chitty’s ‘Pleadings’, Greenleaf’s ‘Evidence’ and Story’s ‘Equity’, etc., in succession. Work, work, work, is the main thing.

Yours very truly A. LINCOLN”.

En J. G. Nicolay y J. Hay (eds.), *Complete Works of Abraham Lincoln*, New York, The Tandy-Thomas Company, 1905, vol. VI, p. 59.

[15] “Of the Laws of England”, pp. 63 y ss.

[16] “For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation: as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge’s opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from according to his private sentiments (...); not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one” (Blackstone, sir W., *Commentaries on the Laws of England*, cit., vol. 1, pp. 68-69).

[17] “The doctrine of adherence to judicial precedents is expressed in the maxim ‘stare decisis et non quieta movere’ (Black, H. C., *Handbook on the Law of Judicial Precedents, or the Science of Case Law*, St. Paul (Minn.), West Publishing Company, 1912, p. 182).

Sobre el tema me remito a mi artículo “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía* 21, 2004, pp. 223-226.

[18] Recordemos a sir Edward Coke, quien destacaba que “los precedentes han sido siempre respetados” (*Slade v. Morley*, 4 Co. Rep. 91, 76 Eng. Rep. 1074 [K.B. 1602]).

[19] 195 U.S. 65 (1904).

[20] “Blackstone’s *Commentaries* are accepted as the most satisfactory exposition of the common law of England” (ibidem, p. 69).

[21] “A solemn decision upon a point of law existing in any given case becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence which we can have of the law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed (...). If a decision has been made upon solemn argument and mature deliberation, the presumption is in favor of its correctness, and the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitly followed” (Kent, J., *Commentaries on American Law*, [1836], 9na ed., Boston, Little, Brown and Company, 1858, vol. I, p. 536).

Se trata, como se advierte inmediatamente, de una norma fundamental del sistema jurídico: considerado desde la posición en la que se encuentra el juez o tribunal respecto de sus propios precedentes (o “auto-precedentes”), el principio de *stare decisis* halla su justificación tanto en exigencias básicas del principio de igualdad (que prohíben el trato discriminatorio e imponen universalizar las soluciones adoptadas en casos análogos) como en la regla lógica que excluye la contradicción y exige la coherencia externa (“ningún hablante puede contradecirse”<sup>(22)</sup>; “*like cases should be decided alike*”<sup>(23)</sup>), además de apoyarse en imperativos esenciales del Estado de Derecho<sup>(24)</sup> que reclaman la imparcialidad judicial y exigen garantizar la previsibilidad y la confianza –en otras palabras, la seguridad jurídica<sup>(25)</sup>–, consideraciones algunas de estas que (vale la pena la referencia) son bien conocidas entre nosotros a partir del ya célebre caso “*Baretta c. Provincia de Córdoba*”<sup>(26)</sup>, donde la Corte Suprema de Justicia argentina alude al principio de *stare decisis* al hilo de la cita (incompleta) de Cooley, Kent y Willoughby, en una línea retomada años más tarde en “*Montalvo*”<sup>(27)</sup> y “*Barreto*”<sup>(28)</sup>.

Ahora bien: sin desconocer el peso de sus fundamentos, *Dobbs v. Jackson* nos conduce directamente a la pregunta acerca del valor o estatus que exhibe este canon, para confirmar o rechazar la intuición inicial de que no cabe concebirlo como un principio absoluto que obliga incondicionalmente al sometimiento a las decisiones judiciales anteriores. Pero para lograr tal respuesta, claro está, resulta imprescindible considerar a los precedentes en el marco de una teoría más amplia de la argumentación jurídica.

## II. Los precedentes en la teoría de la argumentación jurídica

No cabe pretender originalidad alguna al afirmar que uno de los definitivos lugares comunes en la reflexión contemporánea acerca del Derecho está constituido por el reconocimiento de la argumentación como uno de los capítulos centrales de la Filosofía jurídica –junto a los problemas del concepto del Derecho, de los saberes jurídicos, del sistema jurídico, del lenguaje jurídico y de la justicia–, algo que en gran medida ha sido el resultado del trabajo de un grupo de pensadores que aparecieron en la segunda mitad de la década del 70, enfocando sus rigurosos estudios hacia el campo del razonamiento y el discurso jurídicos y, en particular, hacia el problema de la justificación de las decisiones judiciales, desde el postulado central de la rehabilitación de la razón práctica<sup>(29)</sup>.

Sin desconocer la importancia de esos autores –Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Jerzy Wróblewski y Aleksander Peczenick, por mencionar algunos de los “imprescindibles”–, cabe destacar aquí en particular la contribución realizada desde Alemania por Robert Alexy a partir su tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general (“tesis del caso especial” o *Sonderfallthese*)<sup>(30)</sup>, que formula necesariamente una “pretensión de corrección”, y que –si ha de ser correcto– tiene que desarrollarse de acuerdo con un procedimiento argumentativo orientado según reglas cuya formulación corresponde precisamente a la “teoría de la argumentación jurídica” y que forman parte del sistema jurídico, junto a

[22] “Kein Sprecher darf sich widersprechen” (Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M., 1978, p. 234).

[23] “A basic principle of the administration of justice” (Cross, sir R. y Harris, J. W., *Precedent in English Law*, cit., p. 3).

[24] “Stare decisis is the Latin phrase for a foundation stone of the rule of law” (*Dobbs v. Jackson, diss. opinion*, p. 5).

[25] “The idea of legal certainty is expressed e.g. by the rule of stare decisis. There are at least three reasons which demand that precedents have binding force, and there is at least one reason strong enough for requiring that this binding force must not have a strict, but only a prima facie-character. The three reasons for the binding force of precedents are predictability, protection of trust, and treating equal cases alike. (...) These three reasons for the binding force of precedents are opposed by the value of practical truth or correctness” (Alexy, R., “Law, Time, Discourse”, en Bjarup, J. y Blegvad, M. (eds.), *Time, Law and Society* (ARSP-Beiheft 64), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995, p. 108).

[26] Fallos, 183:409, 413 (1939).

[27] Fallos, 313:1333 (1990), disidencia del juez Petracchi.

[28] Fallos, 329:759 (2006).

[29] Vide, clásicamente, Riedel, M. (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, Rombach, 1972/1974.

[30] Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, cit., p. 33.



las reglas y los principios (normas sustantivas), dando lugar al “modelo de sistema jurídico de tres niveles” (reglas - principios - procedimiento<sup>(31)</sup>).

En lo que ahora nos interesa especialmente, Alexy incorpora a los precedentes (*Präjudizien*) como una de esas condiciones particulares a las cuales está sometido el discurso jurídico, junto a la ley y a la dogmática (y que lo convierten en ese “caso especial”), destacando la necesidad de que sean “debidamente tenidos en cuenta”<sup>(32)</sup>; así apunta que “una teoría de la argumentación jurídica que no se ocupase del rol de los precedentes olvidaría uno de los aspectos esenciales del argumentar jurídico”<sup>(33)</sup>, y llega a postular que el modo de operar con los precedentes (la comparación de casos o “*Fallvergleich*”) es el tercer modo básico de operación con el Derecho, junto a la subsunción y la ponderación<sup>(34)</sup>.

Dado que en otro lugar me he ocupado de los “prolegómenos” de una teoría de los precedentes<sup>(35)</sup>, teniendo particularmente a la vista los aportes de la siempre esclarecedora filosofía alexyana, la plurisecular literatura anglosajona sobre el *thema* y *–last but not least–* las pautas que se derivan de las decisiones de los propios tribunales de justicia acerca de cuál es el estatus y cómo debe ser la operación con precedentes<sup>(36)</sup>, solo cabe aludir ahora a las tesis allí expuestas que resultan de interés a los fines de esta contribución, y que son las vinculadas con: i) el reconocimiento necesario del estatus autoritativo de los precedentes en tanto que fuentes de normas de derecho positivo, que dan lugar a concretos derechos y obligaciones positivos<sup>(37)</sup>; ii) la afirmación de un concepto de Derecho no positivista como único punto de partida posible para el desarrollo de una adecuada teoría de los precedentes judiciales; y iii) la necesaria observancia de un procedimiento reglado para la operación con los precedentes, estructurado en varios pasos sucesivos que incluyen, entre otros: a) la aludida comparación de los casos (el pasado y el actual); b) la determinación del “peso” de los precedentes *prima facie* análogos (en particular, si son vinculantes o no); c) la necesaria realización de un “test de corrección - justicia del contenido” de los precedentes; y d) la decisión acerca del seguimiento o el cambio [*overruling*] del precedente análogo vinculante, satisfaciendo la correlativa carga de la argumentación en el segundo caso<sup>(38)</sup>.

### III. La teoría del precedente a la luz de *Dobbs v. Jackson*

Evidenciando el pacífico reconocimiento de los precedentes obligatorios como razones autoritativas que integran el “derecho vigente” cualquiera sea el sistema jurídico<sup>(39)</sup> y que, por ello, deben siempre ser tenidos en

cuenta<sup>(40)</sup>, la lectura de *Dobbs v. Jackson* revela que la discusión entre los jueces se desarrolló desde el comienzo, y en todo momento, en torno al interrogante decisivo: si el tribunal seguiría la línea de *Roe v. Wade* y *Casey* (incluso a pesar del cambio de composición, a la manera en que había ocurrido precisamente en *Casey*), o si cambiaría su rumbo, dejando sin efecto tales precedentes. He aquí una primera coincidencia entre quienes suscriben el fallo, que merece ser destacada: cada uno era consciente de la necesidad de considerar *ab initio* los propios precedentes, que constituyen el punto de partida del proceso de hallazgo de la respuesta para el caso. Sus razonamientos se desarrollaron, entonces, “*from precedent to precedent*”<sup>(41)</sup>, “*from case to case*”<sup>(42)</sup>.

Alguien podría objetar que tal procedimiento era forzoso, ante la naturaleza de la cuestión por la cual se concedió el *certiorari*<sup>(43)</sup>, y sobre todo porque no podría concebirse una argumentación racional que omitiese partir de (o, al menos, considerar) los precedentes vinculantes referidos al *thema decidendum*. La evidencia histórica demuestra, sin embargo, que –salvo cuando la discusión se ha planteado expresamente en torno a un precedente del propio tribunal<sup>(44)</sup>, en cuyo caso el “reexamen” resulta inevitable– no siempre los jueces asumen la ardua labor de “hacerse cargo” de sus propios precedentes, en particular cuando representan objeciones fundamentales (y difícilmente rebatibles) para la nueva decisión, optando en su lugar por ignorarlos lisa y llanamente, pasarlos “*sub silentio*”, como lo hacen los abogados que no asumen la carga argumentativa de rebatir los precedentes que conspiran contra el progreso de sus pretensiones<sup>(45)</sup>. Como un lector atento podrá advertirlo, no otra cosa hizo la Corte Suprema de Justicia argentina al fallar en el caso “F.A.L.”<sup>(46)</sup>, en el que procuró inútilmente silenciar (por la vía de hacer caso omiso) los reparos que contra la solución allí adoptada se derivaban –y todavía se derivan– desde el precedente “Sánchez, Elvira”<sup>(47)</sup>, que al afirmar (como no podría haber sido de otra manera) el estatus de persona humana del *nasciturus*, merecedor de la protección del Derecho, impedía resolver la cuestión del aborto como si fuese un mero ejercicio de hermenéutica legislativa.

Sentado ello, y volviendo a *Dobbs v. Jackson*, cabe destacar ahora la existencia de un segundo punto en el cual se verifica acuerdo entre todos los jueces de la *Supreme Court*, y que podría sintetizarse con una afirmación recurrente en los casos donde se debate la posibilidad de un *overruling*: “*stare decisis is not an inexorable command*”<sup>(48)</sup>.

*sight very different from each other, have been used for the communication of [...] general standards of conduct in advance of the successive occasions on which they are to be applied. One of them makes a maximal and the other a minimal use of general classifying words. The first is typified by what we call legislation and the second by precedent”*, Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 121).

(40) Lo cual permite señalar que, cuando hablamos de “precedentes obligatorios” [*binding precedents*], la obligatoriedad se refiere solo al deber de considerarlos, y de justificar el cambio (en caso de no seguirlos), como se verá más adelante.

(41) Denning, lord Denning of Whitchurch, A. T., *From precedent to precedent*, Oxford, Clarendon Press, 1959.

(42) Lord Goff *in re* “F (Mental Patient: Sterilisation)” [1990] 2 AC 1. (43) 593 U. S. \_\_\_\_ (2021).

(44) Así, por ejemplo, *Brown v. Board of Education* [347 U. S. 483 [1954]], revisando la fórmula “separados pero iguales” de *Plessy v. Ferguson* [163 U. S. 537 [1896]]; *Lawrence v. Texas* [539 U. S. 558 [2003]], reexaminando *Bowers v. Hardwick* [478 U. S. 186 [1986]]; *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC* [576 U. S. 446 [2015]], ratificando la vigencia de *Brulotte v. Thys Co.* [379 U. S. 29 [1964]]; entre nosotros, donde los casos son también muy numerosos: “Montalvo” (cit.), reexaminando “Bazterrica” (Fallos, 308:1392 [1986]); “Alitt” (Fallos, 329:5266 [2006]), cambiando la interpretación del artículo 33 del Código Civil adoptada en “Comunidad Homosexual Argentina” (Fallos, 314:1531 [1991]); “Arriola” (Fallos, 332:1963 [2009]), volviendo a “Bazterrica” (cit.); “Baldivieso” (Fallos, 333:405 [2010]), abandonando la regla de “Zambrana Daza” (Fallos, 320:1717 [1997]), etcétera.

(45) Una actitud que el juez Richard Posner alguna vez ha reprochado asimilándola a la conducta del avestruz que mete su cabeza bajo la arena, imagen que incluso incorpora junto a otra al texto del fallo: “*Where there is apparently dispositive precedent, an appellant may urge its overruling or distinguishing or reserve a challenge to it for certiorari but may not simply ignore it*” (vide *Gonzalez-Servin v. Ford Motor Company*, 662 F.3d 931, at 933 [2011]).

(46) Fallos, 335:197 [2012].

(47) Fallos, 330:2304 [2007]. Claramente podría sumarse en esa línea el caso “Portal de Belén” (Fallos, 325:292 [2002]).

(48) *State of Washington v. Dawson* (264 U.S. 219), disidencia del Justice Brandeis: “*stare decisis is ordinarily a wise rule of action. But it is not a universal, inexorable command*”; vide también su disidencia en *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.* [285 U.S. 393], que Kavanaugh ca-

(31) “*Drei-Ebenen-Modell des Rechtssystems, das als ‘Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell’ bezeichnet werden soll*” (Alexy, R., “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtstheorie* 18, 1987, pp. 405-419, en p. 417).

(32) La “debida consideración de los precedentes” (“*gebotene Berücksichtigung der Präjudizien*”) (Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, cit., p. 34).

(33) *Ibidem*, p. 334.

(34) Alexy, R., “Two or Three?”, en M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles. Proceedings of the Special Workshop ‘The Principles Theory’*, 23rd. World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007, ARSP Beiheft 119, Stuttgart, Nomos, Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 9-18.

(35) Sodero, E., “*Von der Sonderfallthese bis zum Fallvergleich: προλεγόμενα (Prolegomena) zu einer Theorie der Präjudizien*”, en Borowski, M.; Paulson, S. L. y Sieckmann, J.-R. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*. (eds.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 305-325.

(36) Que materializan lo que la *dissenting opinion* en *Dobbs v. Jackson* denomina, haciendo alusión a *Casey*, “*precedent(s) about precedent(s)*” (p. 6), o “*precedent about the doctrine of precedent*” (p. 9).

(37) Como lo señalaba Daniel H. Chamberlain a finales del siglo XIX, “*a deliberate or solemn decision of a court or judge, made after full argument on a question of law fairly arising in a case and necessary to its determination, is an authority or binding precedent in the same court, or in other courts of equal or lower rank within the same jurisdiction, in subsequent cases where the very point is again presented*” (Chamberlain, D. H., “The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions”, 3 *Harvard Law Review*, 1889, p. 125 –el destacado no corresponde al original–).

(38) “Quien quiere apartarse de un precedente tiene la carga de la argumentación” (“*wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Argumentationslast*”) (Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1986, p. 505).

(39) Al extremo de que, para Hart, el precedente es –junto a la legislación– uno de los dos instrumentos de los que se vale el Derecho para regular las conductas debidas (“*two principal devices, at first*

Esto se ve con claridad en la *opinion of the Court* propuesta por Alito, quien destaca desde el comienzo que de hecho *Roe v. Wade* había sido “dejado sin efecto en parte”<sup>(49)</sup>, y que *Casey* había hecho a un lado el “esquema de trimestres” de aquel (reemplazándolo por la regla que prohibía a los Estados imponer “an ‘undue burden’ on a woman’s right to have an abortion”<sup>(50)</sup>), introduciéndose a continuación en un detenido reexamen de la argumentación del fallo de 1973.

Para ello parte desde la premisa de que, “conforme a la doctrina del *stare decisis*”, los precedentes merecen “cuidadosa y respetuosa consideración”, aunque advierte que “como la Corte lo ha reiterado una y otra vez, la observancia del precedente no es ‘un mandato inexorable’”<sup>(51)</sup>, un *dictum* sobre el cual vuelve en la parte III de la *opinion*, dedicada específicamente a considerar “si la doctrina del *stare decisis* aconseja la aceptación continuada de *Roe* y *Casey*”<sup>(52)</sup>, y que se remata con el rechazo de la pretensión de la Corte de *Casey* de tener la autoridad final para “imponer una solución definitiva a la cuestión de un derecho constitucional al aborto”<sup>(53)</sup>, pretensión de clausura del debate que –afirma Alito– representa un “unprecedented claim” que excede el poder atribuido por la Constitución a la propia *Supreme Court*: “la Corte no tiene autoridad para disponer que un precedente erróneo queda definitivamente exento de su evaluación conforme a los tradicionales principios del *stare decisis*”<sup>(54)</sup>. Como enseñaba Cooley, los precedentes “devienen importantes” y los abogados pueden llamar la atención de los tribunales respecto de ellos, mas no porque ellos puedan cerrar definitivamente las controversias<sup>(55)</sup>.

Similares ideas encontramos en la *concurring opinion* de Kavanaugh, quien parte de afirmar que “the more difficult question in this case is *stare decisis* –that is, whether to overrule the *Roe* decision”<sup>(56)</sup>, a lo que agrega que “la observancia del precedente es la norma, y *stare decisis* coloca una elevada vara para que esta Corte pueda dejar sin efecto un precedente”<sup>(57)</sup>. Sin embargo, inmediatamente aclara que “la historia de esta Corte demuestra, no obstante, que el *stare decisis* no es absoluto, y por cierto que no puede ser absoluto”, pues de lo contrario precedentes como *Plessy v. Ferguson* (y otros que menciona) “nunca habrían sido dejados sin efecto y todavía serían derecho”<sup>(58)</sup>.

Pero incluso el voto disidente reconoce la relatividad del principio de *stare decisis*, al postular que significa que “las cosas que han sido decididas deben permanecer decididas a menos que exista una muy buena razón para cambiar”<sup>(59)</sup>, “muy buena razón” que –se entiende– proporcionará la “justificación especial” que torna aceptable el *overruling*<sup>(60)</sup> (lo cual explica por qué también la disidencia apela a la fórmula de que el *stare decisis* “por supuesto” no es un “inexorable command”<sup>(61)</sup>).

Como se puede adivinar, la diferencia con los jueces de la mayoría estriba en que, para Breyer, Sotomayor y Kagan, esa “very good reason” para el cambio no existe en relación a *Roe* y *Casey*, por lo que a la manera de Ruth Bader Ginsburg en *Bush v. Gore*<sup>(62)</sup>, van a sentenciar con aspereza, y reiteradamente, “we dissent”<sup>(63)</sup> (y no “respectfully dissent”, como es tradición).

lifica de “canonical opinion”, *Dobbs v. Jackson*, Kavanaugh, J., conc., p. 6. También vale la referencia a *Lawrence v. Texas* (cit.): “the doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law. It is not, however, an inexorable command”.

(49) “*Roe itself was overruled in part*” (*Dobbs v. Jackson*, en p. 4).

(50) *Ibidem*, loc. cit.

(51) *Ibidem*, p. 37, con cita de *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, (cit.), p. 455.

(52) *Ibidem*, pp. 39 y ss.

(53) *Ibidem*, p. 67.

(54) *Ibidem*, p. 68.

(55) Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 7ma. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1903, p. 83.

(56) *Dobbs v. Jackson*, Kavanaugh, J., conc., en p. 5.

(57) *Ibidem*.

(58) *Dobbs v. Jackson*, Kavanaugh, J., conc., en p. 6.

(59) “Things decided should stay decided unless there is a very good reason for change” (*Dobbs v. Jackson*, Breyer, Sotomayor y Kagan, J.J., diss., en p. 5).

(60) *Ibidem*, p. 31, citando *Gamble v. United States*, 587 U.S. — (2019).

(61) *Ibidem*, p. 31.

(62) 531 U.S. 98 (2000); este ejemplo sería seguido más tarde por un conocido amigo de R.B.G., su colega Antonin Scalia, al disentir en *King v. Burwell* [576 U.S. 473 (2015)].

(63) *Dobbs v. Jackson, opinion of the Court*, pp. 6, 30 y, al concluir, en p. 60.

#### IV. “Settled versus right”

En ese punto del estudio, habiendo comprobado el acuerdo (inevitable) en torno a que nunca un precedente podría pretender “clausurar” definitivamente la discusión sobre un tema, pudiendo cualquiera de ellos ser cambiado o abandonado bajo determinadas condiciones<sup>(64)</sup>, conviene regresar al principio, a los *Commentaries*.

Hemos visto ya que Blackstone, en su preocupación por prevenir “the arbitrary caprice of the judge”<sup>(65)</sup>, afirmaba que su deber era atenerse a los precedentes, “no pronunciar un nuevo derecho”, sino “conservar y exponer el viejo”. Quedarnos con esta afirmación importaría, sin embargo, adoptar una visión incompleta (y con ello, errónea o sesgada) del pensamiento del antiguo profesor de la Oxford University, olvidando que él –a renglón seguido– sienta el límite inmanente para ese deber funcional: “yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason; much more if it be clearly contrary to divine law”<sup>(66)</sup>.

Si la decisión anterior “es manifiestamente absurda o injusta”, entonces no solo es “bad law” (digamos, derecho defectuoso o incorrecto) sino directamente “not law” (o sea, “no derecho”, o *Unrecht*), en la medida que “what is not reason is not law”<sup>(67)</sup>. Por ello, al abandonar tal precedente el juez no estará “creando un nuevo derecho, sino librando”<sup>(68)</sup> al viejo de su falsa representación<sup>(69)</sup>. Entonces “la doctrina del derecho es ésta: que los precedentes y las reglas deben ser seguidas, salvo que sean claramente absurdas o injustas”<sup>(70)</sup>.

Si, para evitar objeciones, entendemos la referencia a la “ley de Dios” como alusión a la “ley natural” (pues Blackstone aludía conjuntamente al derecho revelado o de la naturaleza<sup>(71)</sup>), nos encontramos entonces con la afirmación de la existencia de un primer límite al deber de observancia, que es un límite moral –y jurídico al mismo tiempo–, un “umbral de injusticia” en la terminología de Radbruch<sup>(72)</sup>, representado por los principios suprapositivos cuyo reconocimiento es el corolario obligado del aludido concepto del Derecho no positivista que vincula necesariamente moral y derecho, y que postula la existencia de derechos (y deberes) naturales, anteriores y superiores al derecho positivo, que este no podría derogar a través de ningún pacto, constitución, costumbre, ley o precedente judicial<sup>(73)</sup>, y cuya violación se traduce en la pérdida de validez jurídica de la norma positiva.

(64) Raz hablaba en tal sentido de una “special revisability of judge-made law”, a través del *overruling* y el *distinguishing* (Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 195).

(65) Vide Blackstone, sir W., *Commentaries on the Laws of England*, cit., vol. 3, p. 396.

(66) “Sin embargo esta regla reconoce una excepción cuando la anterior determinación [del derecho] es muy evidentemente contraria a la razón; más aún si ella es claramente contraria al derecho divino” (*ibidem*, vol. 1, p. 69).

(67) *Ibidem*.

(68) Blackstone emplea el término “vindicate”.

(69) *Ibidem*, loc. cit.

(70) “The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust” (*ibidem*, vol. 1, p. 70).

Cabe tener presentes las ideas de Blackstone acerca del derecho natural, que parten de la afirmación de que “el hombre, considerado como una criatura, necesariamente debe estar sometido a las leyes de su creador, dado que él es un ser completamente dependiente [...] que debería en todos los asuntos conformarse a la voluntad de su hacedor. Esta voluntad de su hacedor es llamada derecho natural [this will of his maker is called the law of nature]” (*ibidem*, vol. 1, p. 39).

(71) “The law of revelation or of nature” (*ibidem*, vol. 1, p. 54).

(72) “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto en el sentido de que el derecho positivo, asegurado por la sanción y el poder, tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto o antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley, en cuanto ‘derecho injusto’, deba retroceder ante la justicia” (“Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat” (Radbruch, G., “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”, en *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 [1946], pp. 105 y ss., en p. 107).

(73) “Aquellos derechos que Dios y la naturaleza han establecido, y son por ello llamados derechos naturales [natural rights], tales como la vida y la libertad, no necesitan del auxilio de las leyes humanas para ser investidos en cada hombre de manera más efectiva a lo que ya lo están; ni reciben ninguna fuerza adicional cuando son declarados como inviolables por las leyes positivas. Por el contrario, ninguna legislatura humana tiene el poder para derogarlos o destruirlos [...]” (Blackstone, sir W., *Commentaries on the Laws of England*, cit., vol. 1, p. 54).

A ese límite suprapositivo se suman, claro está, los límites impuestos por el propio ordenamiento positivo, que –en caso de violación– dan lugar a los precedentes “inconstitucionales” o “ilegales”<sup>(74)</sup>, que también carecen de validez (y, con ello, de obligatoriedad). Si bien se mira, la mayoría de *Dobbs v. Jackson*, al dejar sin efecto *Roe* y su saga, transita precisamente por este camino, destacando que el *ruling* del fallo de 1973 no encontraba sustento en una interpretación válida de la Constitución americana, evitando asumir un lenguaje iusnaturalista a pesar de que ello hubiese encontrado un amplio aval en la filosofía del “Bill of Rights”, tal como se expresa sobre todo en la IX Enmienda, con su alusión a los derechos “retained by the people”.

Si resulta posible que un precedente –en cuanto fruto del pensamiento siempre falible de los jueces<sup>(75)</sup>– no constituya evidencia de “lo que es derecho”<sup>(76)</sup> (para decirlo una vez más en palabras de Blackstone, “the law, and the opinion of the judge, are not always convertible terms, or one and the same thing; since it sometimes may happen that the judge may mistake the law”<sup>(77)</sup>), se advierte la inevitabilidad del ya aludido “test de corrección” a la hora de operar con estas *authorities*<sup>(78)</sup>, pues el *stare decisis* no es absoluto, no es un “chaleco de fuerza”<sup>(79)</sup> y además los jueces, como decía Larenz, no pueden “aplicar ciegamente” los precedentes<sup>(80)</sup>.

Si ese test arroja un resultado positivo, el deber de justicia obligará al juez a seguir el precedente, sin incidencia alguna del principio de *stare decisis*<sup>(81)</sup>. Si el resultado, en cambio, es negativo, por constatarse la existencia de defectos en la fundamentación o en la respuesta que determinan la incorrección del precedente, la consideración debida al principio de *stare decisis* planteará una tensión de principios (que puede formularse como “settled versus right”<sup>(82)</sup>) subyacente a la alternativa entre la observancia y el cambio, ante la cual el juez puede: i) aplicar el precedente a pesar de ser incorrecto, preservando la solución actual a fin de no afectar la seguridad jurídica, pero sacrificando la justicia material (“settled”); o ii) abandonar el precedente para adoptar una nueva solución, considerada

(74) También cabe pensar en precedentes inválidos por ser contrarios a un tratado internacional, y por apartarse de otros precedentes de mayor jerarquía, como podría ocurrir en nuestro país en caso de apartamiento de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin satisfacer la necesaria “carga argumentativa calificada”, según la fórmula introducida a partir de “Artear” (Fallos, 337:47 [2014]).

(75) Vide Hobbes, T., *Leviathan*, London, Andrew Crooke, 1651, cap. XXVI.

(76) O ya no constituya evidencia de lo que es Derecho, que es el supuesto del precedente que, a pesar de haber sido correcto originariamente, deviene insostenible u obsoleto (por un cambio en las circunstancias existentes al momento de su dictado, ya sea en la legislación o en la Constitución, o en la realidad social, etc.). Sobre la “obsolescencia” vide Garner, B. A. et al., *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2016, p. 178. Se trata de una hipótesis que no se presenta en *Dobbs v. Jackson*, por lo que su tratamiento excedería del objeto de esta contribución.

(77) Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, cit., vol. I, p. 70 (el resaltado corresponde al original).

(78) Un test análogo al que se realiza con una ley.

(79) “Stare decisis is not a straitjacket” (*Dobbs v. Jackson*, opinion of the Court, p. 70).

(80) “Er darf daher das Präjudiz nicht gewissermaßen ‘blind’ übernehmen” (“él no puede por ello aplicar en cierto modo ‘a ciegas’ el precedente”) (Larenz, K. y Canaris, C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3a. ed., Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 1995, p. 254).

(81) Pues este solo funciona para obligar a seguir un precedente vinculante con el cual no estamos de acuerdo, excluyendo así nuestro propio juicio, lo cual nos recuerda el concepto de autoridades como “razones excluyentes para la acción” de que hablaba Joseph Raz (Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 47-48).

Como lo explica en claros términos Wasserstrom, “if the doctrine of precedent has any significant meaning, it would seem necessarily to imply that rules are to be followed because they are rules and not because they are, correct’ rules” (Wasserstrom, R. A., *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, California, Stanford University Press, Stanford, 1961, p. 52).

(82) Para tomar el título de la reciente obra de Kozel, R. J.: *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2017).

En *Dobbs v. Jackson*, p. 39, el juez Alito recuerda que se ha dicho que “a veces es más importante que un asunto esté asentado a que esté asentado correctamente”, con cita de *Kimble v. Marvel*, cit., en p. 455 [que a su vez cita *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 [1932], Brandeis, J., diss.].

“It is usually more important that a rule of law be settled, than that it be settled right” (*Di Santo v. Pennsylvania*, 273 U.S. 34, 42 [1927], Brandeis, J., diss.), y antes: “It is almost as important that the law should be settled permanently, as that it should be settled correctly” (*Gilman v. Philadelphia*, 70 U.S. 713, 724 [1865]).

justa o correcta (o más justa o mejor), sacrificando la seguridad jurídica, desde la idea de que “el *stare decisis* es importante para el *rule of law*, pero también lo son las decisiones judiciales correctas”<sup>(83)</sup>, una alternativa que demuestra que la fuerza “excluyente” de los precedentes como autoridades no tiene un alcance absoluto (“*is not total in scope*”, dirá Raz), pues los jueces conservan la facultad de apartarse de ellos<sup>(84)</sup> (“*right*”).

Mas la decisión ante ese dilema shakespeariano –“to overrule or not to overrule”–, que al mismo tiempo resolverá la tensión entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia material<sup>(85)</sup>, requerirá de *otro examen adicional* en el que habrá que ponderar discursivamente diversas variables, que han de jugar como argumentos a favor y en contra del cambio, entre las que se destaca (una vez más) la del grado de incorrección o injusticia del precedente, que no es la única variable aunque sí la más importante, pues –examinada esa corrección desde el plano de la conformidad con los principios suprapositivos o del derecho natural<sup>(86)</sup>– es la que permite distinguir entre el precedente meramente defectuoso, pero que conserva su validez<sup>(87)</sup>, y el precedente que por haber atravesado el “umbral de la incompatibilidad con la justicia”<sup>(88)</sup> carece de toda autoridad y no puede ser reconocido como derecho válido<sup>(89)</sup> porque en realidad nunca lo fue, una categoría a la cual pertenecía precisamente *Roe v. Wade*, y otras decisiones de la *Supreme Court* como *Dred Scott v. Sandford*<sup>(90)</sup> y *Plessy v. Ferguson*<sup>(91)</sup>.

## V. La fundamental injusticia de *Roe v. Wade*

*Dobbs v. Jackson* nos permite asistir al debate –casi una guerra sin cuartel, cuanto de trata de la áspera disidencia– que se desarrolló entre los miembros del propio tribunal en torno a la “fuerza de los fundamentos”<sup>(92)</sup> del precedente en juego, debate necesario para determinar su peso y, con ello, decidir su seguimiento o su abandono.

En tal sentido, y concentrándonos en la opinión de la mayoría, se advierte que ella no duda en insistir en que *Roe* no era un precedente simplemente erróneo, sino que había sido un precedente “notoriamente erróneo desde el principio” [“*egregiously wrong from the start*”]<sup>(93)</sup>, que representaba un “abuso de la autoridad judicial” y cuyo razonamiento era “excepcionalmente débil”, materializando una decisión con “consecuencias perjudiciales”<sup>(94)</sup>.

Esa “notoria incorrección” es justificada por la vía de destacar, en lo esencial: a) su tratamiento descuidado del texto constitucional, no salvado por *Casey*, atendiendo en particular a que “no hace ninguna referencia expresa a un derecho a obtener un aborto”<sup>(95)</sup>, el cual tampoco puede ser considerado como un derecho implícito al no superar

(83) *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, cit., Alito J., diss.

(84) Raz, J., *Practical Reason and Norms*, 2da. ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 144.

(85) Que son los principios que Radbruch intenta reconciliar a través de su famosa “fórmula” de 1946, y que expresan la “naturaleza dual” (*Doppelnatur*) del Derecho, según enseña Alexy (respecto de esta tensión ante los cambios de precedentes vide Alexy, R., “Rechtssicherheit und Richtigkeit”, en Gerloch, A., Tryzna, J. y Wintz, J. (eds.), *Methodologie interpretace práva a právní jistota*, Pízen, Aleš Cenek, 2012, pp. 378-494, en p. 378).

(86) Que, claro está, no es el único criterio a considerar en el examen de corrección, pudiendo agregarse el examen de conformidad con la Constitución (que es la senda que sigue la mayoría en *Dobbs v. Jackson*), con la ley, con precedentes superiores.

(87) Alternativa que corresponde básicamente a la “conexión calificante” entre moral y derecho, desarrollada por Robert Alexy al defender su concepto no positivista: “el efecto de una conexión calificante es el defecto o incorrección jurídica, que sin embargo no afecta la validez jurídica” (Alexy, R., “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, en *The American Journal of Jurisprudence*, 2013, pp. 97-110, p. 104).

(88) “Que se corresponde esencialmente con la fórmula de Radbruch” (Alexy, R., “Recht und Richtigkeit”, en Krawietz, W.; Summers, R. S.; Weinberger, O. y von Wright, G. H. (eds.), *The Reasonable As Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 17-18).

(89) La conexión “clasificante” de Alexy, cuyo efecto “es la pérdida de la validez jurídica” (Alexy, R., “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit., p. 104).

(90) 19 How. 393 (1857).

(91) 163 U. S. 537 (1896).

(92) *Dobbs v. Jackson*, opinion of the Court, p. 8.

(93) *Dobbs v. Jackson*, opinion of the Court, p. 6. Vide también pp. 44, 69 y 70; voto concurrente de Kavanaugh, p. 7.

(94) Ya Cooley advertía sobre la posibilidad de que “un tribunal encuentre una decisión anterior tan infundada en derecho, tan irrazonable en sus deducciones, o tan perniciosa en sus consecuencias, como para sentirse obligado a dejarla de lado” (Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations...*, cit., p. 86).

(95) *Ibidem*, p. 9.

el test de la “historia y la tradición”<sup>(96)</sup>; b) vinculado con esto último, sus errores en la exposición de la historia del *Common Law* y del derecho americano<sup>(97)</sup>, que incluyeron la invocación de publicaciones sin valor científico<sup>(98)</sup>, lo cual condujo a una “narrativa histórica errónea”<sup>(99)</sup>; y c) la ausencia de precedentes anteriores relevantes que pudiesen justificar un derecho al aborto<sup>(100)</sup>, todo lo cual conducía a la conclusión de que “sin sustento en la historia o en precedentes relevantes, el razonamiento de *Roe* no puede ser defendido”<sup>(101)</sup>.

Sentada la grave incorrección del precedente<sup>(102)</sup>, la mayoría pasa a justificar por qué esa incorrección no queda “salvada” por el principio de *stare decisis*, asumiendo el “segundo test” a que aludíamos antes, que resulta insoslayable dado que el *overruling* “*is a serious matter. It is not a step that should be taken lightly*”<sup>(103)</sup>, representando una decisión que implica “ejercer un gran poder”<sup>(104)</sup>. Ese test se desarrolla exclusivamente en base a “cinco factores”, tomados de precedentes de la propia *Supreme Court*, que “pesan fuertemente en favor de dejar sin efecto *Roe* y *Casey*”<sup>(105)</sup>, y que son: i) la naturaleza del error del tribunal; ii) la calidad del razonamiento del precedente; iii) la operabilidad [*workability*] de las reglas que imponen; iv) su efecto disruptivo en otras áreas del derecho, y v) la ausencia de un sustancial interés que justifique tutelar la confianza en el mantenimiento de la norma precedencial<sup>(106)</sup>.

De entre todos esos exámenes, el último merece ser considerado de cerca, dado que es el que conecta directamente el *overruling* con el principio de la seguridad jurídica: al respecto, la mayoría descarta que el abandono *Roe* y *Casey* pueda afectar un sustancial interés de las mujeres, señalando que –como ya lo había dicho la mayoría en *Casey*– obtener un aborto generalmente es “una actividad no planificada” y que “de hecho la planificación reproductiva podría anunciarse de manera inmediata de cualquier repentina restauración de la autoridad estadual para prohibir los abortos”<sup>(107)</sup>, a lo cual agrega que la idea de la confianza (para descartar un *overruling*) debe referirse a intereses “muy concretos” –como los que se vinculan con la propiedad y los derechos contractuales– mientras que aquí la determinación de tales intereses dependía de una difícil indagación empírica, en un asunto intensamente discutido que la Corte no estaba en condiciones de decidir<sup>(108)</sup>.

(96) *Ibidem*, p. 12. Más adelante la mayoría va a destacar que “el análisis constitucional de *Roe* se encontraba bien afuera de los límites de cualquier razonable interpretación” de las normas invocadas (p. 44).

(97) *Ibidem*, pp. 16-25; también pp. 47-48.

(98) *Ibidem*, p. 27.

(99) “*An erroneous historical narrative*” (p. 45).

(100) *Ibidem*, pp. 31 y 35 (aquí destaca que la disidencia no identifica ninguna autoridad pre-*Roe* que sustentara tal derecho).

(101) *Ibidem*, p. 37. “*Roe found that the Constitution implicitly conferred a right to obtain an abortion, but it failed to ground its decision in text, history, or precedent*” (p. 45).

(102) Que recuerda la advertencia de Hobbes, según la cual una sentencia errónea “no obliga a persistir” en el error al que la dictó, ni tampoco “se convierte en ley para otros jueces, aunque éstos hayan jurado seguirla” (“*No mans error becomes his own Law; nor obliges him to persist in it. Neither (for the same reason) becomes it a Law to other Judges, though sworn to follow it*”) (Hobbes, T., *Leviathan*, London, Andrew Crooke, 1651, cap. XXVI, p. 213).

(103) *Ibidem*, p. 43.

(104) “Y en este mundo, un gran poder conlleva siempre una gran responsabilidad” (“[I]n this world, with great power there must also come great responsibility”) (*Kimble v. Marvel Entertainment, LLC.*, cit., con cita de Lee, S. and Ditko, S., *Amazing Fantasy No. 15: “Spider-Man,”* p. 13 [1962]).

(105) *Dobbs v. Jackson, opinion of the Court*, p. 43.

*Casey*, precisamente, había aludido –a título de ejemplo– a cuatro criterios “prudenciales y pragmáticos” que podrían ser considerados para ponderar los costos de reafirmar o abandonar el precedente: (i) “*whether the rule has proven to be intolerable simply in defying practical workability*”; (ii) “*whether the rule is subject to a kind of reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add inequity to the cost of repudiation*”; (iii) “*whether related principles of law have so far developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine*”, “or” (iv) “*whether facts have so changed, or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification*” (*Casey*, cit., pp. 854-855). Al respecto, vide Garner, B. et al., *The Law of Judicial Precedent*, cit., p. 360.

(106) Kavanaugh, en su voto concurrente, apunta que deben concurrir solo tres factores. Así, el *overruling* solo está justificado cuando: i) la decisión anterior “no es solo errónea, sino notoriamente errónea”; ii) ella “ha producido consecuencias significativamente negativas en la jurisprudencia o en el mundo real”, y iii) dejarla sin efecto “no afectaría indebidamente legítimos intereses” (p. 7).

(107) *Ibidem*, p. 64.

(108) *Ibidem*, pp. 64-65.

Sin abrir juicio sobre esta línea argumental, desafiada por la minoría<sup>(109)</sup>, conviene destacar que precisamente la protección de la confianza de los ciudadanos en la subsistencia de una norma materializa el auténtico sentido práctico del principio de la seguridad jurídica, que es uno de esos factores a considerar cuando se decide seguir o cambiar un precedente, como tuvo oportunidad de destacarlo la propia House of Lords al emitir su célebre “*Practice Statement*” en 1966<sup>(110)</sup>. Tal confianza, empero, no resulta merecedora de protección cuando en su nombre pretende justificarse la aplicación de una norma extremadamente injusta, pues a mayor injusticia, mayor evidencia de ella<sup>(111)</sup> y, por eso mismo, menor posibilidad de apelar a la seguridad jurídica. Refiriendo esto a los precedentes, significa que a mayor incorrección o injusticia de un precedente, menor posibilidad de reclamar su seguimiento (pues no podría existir ninguna expectativa *legítima* en tal sentido, ni siquiera por el paso del tiempo o antigüedad de aquel<sup>(112)</sup>, o por su reiteración<sup>(113)</sup>).

Si un precedente es extremadamente injusto, no es derecho válido sino solo fuerza y, en consecuencia, solo puede mantenerse mientras subsistan ciertas circunstancias de hecho (en concreto, el mantenimiento de una determinada mayoría del tribunal que sea favorable a su permanencia). Más aún: si no es válido, el precedente no podría pretender haber tenido alguna vez el valor de dejar realmente “establecida” [*settled*] la solución jurídica para un caso<sup>(114)</sup>; y por ello, ni siquiera se llegaría a configurar estrictamente la tensión entre “*settled*” y “*right*”.

En vista de ello se advierte que en realidad la negativa al test de la protección de intereses sustanciales se funda esencialmente en el rechazo a la tesis expuesta por la minoría cuando, con sustento en *Roe* y *Casey*, afirma el derecho de la mujer a obtener prácticas abortivas, que se asentaría directamente sobre la Constitución, y que no podría ser indebidamente restringido por las legislaturas estadales. Frente a ella, la mayoría niega que tal derecho tenga asidero en la Constitución y reivindica las competencias de las legislaturas estadales en la materia (afirmando que el tema se encontraría totalmente en manos de estas, que podrían decidir libres de las ataduras impuestas a partir de 1973), aludiendo solo tangencialmente al derecho a la vida de las personas por nacer –como cuando dice que el aborto tiene el efecto de “destruir una ‘vida potencial’”<sup>(115)</sup>, de “terminar con la ‘vida’ o ‘la vida potencial’”<sup>(116)</sup>–.

Al seguir esta línea discursiva, se plantea forzosamente el interrogante de por qué el tribunal no sostuvo su rechazo a un derecho constitucional al aborto también desde la inviolabilidad de ese derecho a la vida, a pesar de que se trata del argumento más fuerte a la hora de justificar la prohibición de aquel, en tanto que el acto implica “matar un ser humano”<sup>(117)</sup>. Cualesquiera que hayan sido los motivos de la mayoría –que también se abstiene expresamente de adoptar una posición acerca de los derechos de la “*prenatal life*”<sup>(118)</sup> y que aduce no tener “ni la autoridad

(109) *Vide* pp. 47-55.

(110) House of Lords, “*Practice Statement (Judicial Precedent)*”, 3 All ER 77, [1966] 1 WLR 1234.

(111) “Cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento” (“*Je extremer die Ungerechtigkeit, desto sicherer ihre Erkenntnis*”) (Alexy, R., *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), 4a. ed., Freiburg/München, Karl Alber Verlag, 2005, p. 91).

(112) Recordemos el “respeto hacia lo que es antiguo” [*le respect de ce qui est ancien*] propia de los abogados ingleses y americanos, a que aludía de Tocqueville al hablar de los “*précédents*” (de Tocqueville, A., *De la Democratie en Amérique* (1835/1840), Paris, Pagnerre Éditeur, 1848, t. 2e., p. 163).

(113) “*Even a series of decisions are not always conclusive evidence of what is law*” (Kent, J., *Commentaries on American Law*, cit., p. 537).

(114) En otro sentido no menos importante de “*settled law*”, y hablando de la resistencia al *ruling* de 1973, David Quinn (en un texto para *The Sunday Times*) dirá con acierto: “*Roe v Wade had stood so long, through so many court line-ups, it appeared to be set in stone. But the pro-life movement in America would not accept the received liberal narrative that, once defeated, they should quit the battlefield. They did not fold up their tents and go home in 1973 when the Supreme Court reached its decision. Pro-life campaigners continued to believe in the rightness of their cause. Roe never became ‘settled law’ in the minds of millions of Americans*” (Quinn, D., “*Overturning Roe v Wade is a win for democracy*”, *The Sunday Times*, 3/7/2022, disponible en <https://www.thetimes.co.uk/article/overturning-roe-v-wade-is-a-win-for-democracy-djc3trz7v> (fecha de consulta: 16/8/2022)).

(115) *Ibidem*, p. 38.

(116) *Ibidem*, p. 66, citando *Casey*.

(117) Para decirlo con palabras del *Justice Alito* referidas a los motivos de las leyes estadales represivas del aborto (p. 29).

(118) *Ibidem*, p. 38.

ni el conocimiento para decidir” sobre el “*status of the fetus*”<sup>(119)</sup>—, en definitiva sus integrantes incurrieron en el mismo “*minimalismo judicial*” que le atribuyen al voto concurrente del *Chief Justice Roberts*<sup>(120)</sup>, dejando pasar la oportunidad para enfatizar la existencia de límites impuestos al poder de las legislaturas a partir de los inalienables derechos que le asisten al *nasciturus*<sup>(121)</sup> (que por su fundamentalidad no pueden quedar desprotegidos, a merced de aquellas), y abriendo así la puerta a regulaciones estatales incluso menos restrictivas<sup>(122)</sup> que las que resultaban de los precedentes abandonados. Esto último hace pensar que *Dobbs v. Jackson* lejos está de representar la última palabra de la *Supreme Court* en el tema, y que un nuevo caso que reedite el problema “*would not be long in coming*”<sup>(123)</sup> a la luz de los recientes movimientos de esas legislaturas (por no mencionar las conocidas “*trigger-laws*” que entraron en vigencia luego de *Dobbs v. Jackson*).

Si esa eventualidad se presenta, es de esperar que la Corte profundice la senda abierta con la superación de *Roe v. Wade* y *Casey* (cuyas consecuencias no quedaron limitadas a las fronteras de los Estados Unidos) y efectúe un ajuste de ese amplio margen de “evaluación de intere-

(119) *Ibidem*, p. 65: “*this Court has neither the authority nor the expertise to adjudicate these disputes*”.

(120) *Ibidem*, p. 75.

Sobre el minimalismo en la adjudicación judicial sobre el aborto vide Sunstein, C. R., *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes (Inalienable Rights)*, s.l., New York, Oxford University Press, 2015, p. 29; sobre el punto, en general, vide Sunstein, C. R., *One Case At a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999; “Minimalism at War”, *The Supreme Court Review*, Vol. 2004, pp. 47-109; Kozel, R., *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*, cit., p. 142.

(121) En este punto, cabe reconocer el acierto de la afirmación de la minoría cuando postula “*we do not (...) place everything within the reach of majorities and (government) officials. West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943). *We believe in a Constitution that put some issues off limits to majority rule*” (p. 7). Vide también p. 32.

(122) Y no necesariamente más restrictivas, como se lee en la *dissenting opinion* de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 2.

(123) *Ibidem*, p. 76.

ses” que el fallo reconoce a tales legislaturas a la hora de establecer sus regulaciones sobre el aborto<sup>(124)</sup>, un ajuste que es necesario por encontrarse en juego directamente la “*prioridad de las personas*”<sup>(125)</sup> y porque en definitiva, para volver por última vez a Blackstone (cuando se interrogaba en los *Commentaries* acerca de quién debía establecer la validez de las costumbres o máximas del reino<sup>(126)</sup>), “los jueces de los distintos tribunales de justicia [...] son los depositarios de las leyes [...]”<sup>(127)</sup>, siendo su misión más fundamental la de “decir qué es derecho”<sup>(128)</sup>.

**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 - ABORTO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL**

(124) Que, anuncia el tribunal, gozarían de una “fuerte presunción de validez” en su favor (*ibidem*, pp. 77-78).

Repárese en que Kavanaugh habla del error en que incurrió la Corte en *Roe v. Wade* al “tomar parte en el problema del aborto” (“*the Court in Roe therefore erred by taking sides on the issue of abortion*”) por cuanto se trata de un asunto difícil y controversial “en el cual la Constitución es neutral” y “no es *pro-life* ni *pro-choice*”, pp. 5, 7 y 12.

(125) Finnis, J., “The Priority of Persons”, en Finnis, J., *Intention and Identity, Collected Essays*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 26.

(126) “How are these customs of maxims to be known, and by whom is their validity to be determined?” (Blackstone, sir W., *Commentaries on the Laws of England*, cit., vol. 1, p. 68).

(127) “The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws [...]” (*ibidem*).

(128) “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is” (5 U.S. 137, 177 [1803], per John Marshall, C. J.).

## Entendiendo *Dobbs*

por ALFREDO M. VÍTOLO<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO. 2.1. LA CONSTITUCIÓN COMO CONTRATO. 2.2. LOS DERECHOS IMPLÍCITOS. 2.3. EL FEDERALISMO. – 3. EL ABORTO Y LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS. 3.1. EL CASO *ROE V. WADE*. 3.2. *PLANNED PARENTHOOD V. CASEY (1992)*. – 4. EL CASO *DOBBS*. 4.1. LA OPINIÓN DE LA CORTE. 4.2. LOS VOTOS CONCURRENTES. 4.3. EL VOTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL. 4.4. LA DISIDENCIA. – 5. CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

Hace cincuenta años, la Corte Suprema de los Estados Unidos, al resolver el caso *Roe v. Wade*<sup>(1)</sup> (y su compañero

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO

*Doe v. Bolton*<sup>(2)</sup>), sostuvo que el derecho a la privacidad personal de la mujer, que podía encontrarse disperso en

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 EUANA 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](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado, Universidad de Buenos Aires. *Master of Laws*, Harvard Law School. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad de Belgrano. Profesor de posgrado en la Universidad Austral, en ESEADE y en las Carreras de Estado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires.

(1) La Corte expresó su postura en estos términos: “Este derecho a la privacidad, ya sea que se base en el concepto de libertad personal y restricciones a la acción estatal de la Decimocuarta Enmienda, como creemos, o [...] en la reserva de derechos del pueblo de la Novena Enmienda, es lo suficientemente amplio como para abarcar la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo...” (410 U. S. 113 [1973], p. 142). La posición de la Corte Suprema fue expuesta en el voto del juez Blackmun, con quien concurren el presidente de la Corte Burger y los jueces Douglas, Brennan, Stewart, Marshall y Powell. Los jueces Burger, Douglas y Stewart emiten votos concurrentes. El juez White, con quien concurre el juez Rehnquist, emite una opinión disidente. Finalmente, el juez Rehnquist emite una opinión en disidencia.

(2) 410 U. S. 179 (1973).

múltiples cláusulas constitucionales, era suficientemente amplio para incluir la decisión de una mujer de terminar o no su embarazo, reconociendo así un nuevo derecho implícito protegido por su constitución.

La cuestión del aborto, que hasta pocos años antes no había generado mayores controversias, se transformó a partir de aquellas decisiones en uno de los principales y más divisivos temas del debate jurídico y político, tanto en los Estados Unidos como en el resto del mundo. Las palabras de Alexis de Tocqueville: “no hay casi ninguna cuestión política en los Estados Unidos que no se convierta, tarde o temprano, en una cuestión judicial”<sup>(3)</sup> mantienen hoy plena actualidad.

Desde entonces, las diferencias entre quienes defienden el derecho a la vida del niño por nacer (*pro-life*, en la jerga norteamericana) y quienes defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y como parte de él su derecho a abortar (*pro-choice*) dividieron las aguas y oscurecieron en gran medida el debate racional<sup>(4)</sup>.

Las campañas políticas en los Estados Unidos no pudieron soslayar el tema. A cada candidato a presidente se le preguntaba su postura sobre el fallo, transformándose la cuestión del aborto en uno de los temas clave de las campañas electorales<sup>(5)</sup>. Lo mismo ocurría con los candidatos nominados para integrar la Corte Suprema. En las audiencias de confirmación la pregunta sobre su visión acerca de la jurisprudencia sentada en el caso *Roe v. Wade* resultaba inexorable.

En 1992, en *Planned Parenthood v. Casey*<sup>(6)</sup>, la Corte Suprema ratificó, si bien con algunas diferencias, y mayorías más exiguas, el *holding*<sup>(7)</sup> central de *Roe*.

La cuestión se volvió más álgida en los últimos años. Tanto en la campaña presidencial de 2016 como en la última campaña de 2020, los candidatos se comprometieron a designar en la Corte candidatos alineados con sus visiones y dispuestos a dejar sin efecto (Trump<sup>(8)</sup>) o sostener (Clinton<sup>(9)</sup> y Biden<sup>(10)</sup>) la doctrina sentada por la Corte Suprema.

La sorpresiva muerte del juez Antonin Scalia sobre el fin del mandato del presidente Obama, la renuncia de Anthony Kennedy y la muerte de Ruth Bader Ginsburg, esta última en los últimos meses de la presidencia de Donald Trump, le abrieron a este la posibilidad de nombrar (no sin poca controversia política<sup>(11)</sup>) tres nuevos jueces en la Corte Suprema, los jueces Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett, conformándose así una nueva mayoría conservadora<sup>(12)</sup>.

(3) De Tocqueville, A., *Democracy in America* (trad. Reeve, H.) Cap. XVI, Parte 1 The Project Gutenberg [eBook], 1997, disponible en <https://www.gutenberg.org/files/815/815-h/815-h.htm> (fecha de consulta: 4/8/2022), citado por Cox, A., *The role of the Supreme Court in American Government*, Nueva York, Oxford University Press, 1975, p. 1.

(4) Es necesario señalar que, conforme el sistema judicial norteamericano, la interpretación que realiza la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre una cuestión constitucional resulta obligatoria para todos los tribunales inferiores en casos similares, doctrina conocida como *stare decisis*.

(5) Véase Klif, S., “How abortion became a political litmus test”, *The Washington Post*, 24/10/2011, disponible en [https://www.washingtonpost.com/blogs/ezra-klein/post/how-abortion-became-a-political-litmus-test/2011/10/24/gIQAawOdOCM\\_blog.html](https://www.washingtonpost.com/blogs/ezra-klein/post/how-abortion-became-a-political-litmus-test/2011/10/24/gIQAawOdOCM_blog.html) (fecha de consulta: 4/8/2022).

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

(7) La doctrina del *stare decisis* en los Estados Unidos exige distinguir en las sentencias aquellos razonamientos que hacen al núcleo de la decisión (*holding* o también, en la doctrina latina, *ratio decidendi*), y que conforman la doctrina legal de seguimiento obligatorio, de aquellos otros razonamientos laterales (*dicta*) que no poseen el mismo carácter vinculante.

(8) Mangan, D., “Trump: I’ll appoint Supreme Court justices to overturn *Roe v. Wade* abortion case”, *CNBC*, 19/10/2016, disponible en <https://www.cnn.com/2016/10/19/trump-ill-appoint-supreme-court-justices-to-overturn-roe-v-wade-abortion-case.html> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(9) BallotPedia, “Hillary Clinton presidential campaign, 2016/Supreme Court vacancy”, disponible en [https://ballotpedia.org/Hillary\\_Clinton\\_presidential\\_campaign,\\_2016/Supreme\\_Court\\_vacancy](https://ballotpedia.org/Hillary_Clinton_presidential_campaign,_2016/Supreme_Court_vacancy) (fecha de consulta: 4/8/2022).

(10) Véase en la cuenta de Twitter de Joe Biden: <https://twitter.com/JoeBiden/status/1313283330486476801?s=20&t=1HyhN6eaZfMmYRiNOPvVHA> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(11) A la muerte del juez Scalia, el presidente Obama nominó para reemplazarlo a Merrick Garland (actual secretario de Justicia). Sin embargo, la mayoría republicana en el Senado bloqueó su postulación con el argumento de que en un año electoral correspondía esperar el cambio de gobierno. A la muerte de la jueza Ginsburg, la misma mayoría republicana apuró la confirmación de la jueza Amy Coney Barrett.

(12) De los tres jueces reemplazados, Antonin Scalia tenía una fuerte impronta conservadora, habiendo planteado en reiteradas ocasiones la necesidad de dejar sin efecto la jurisprudencia del caso *Roe v. Wade*.

Solo era cuestión de esperar que alguno de los muchos casos en los que se debatían cuestiones relacionadas con el aborto tuviera su “día en la corte”. Y la oportunidad llegó durante el año judicial que acaba de concluir. En diciembre pasado, la Corte Suprema escuchó los alegatos finales en *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, un caso en donde se debatía la validez constitucional de una ley del estado de Mississippi que prohibía los abortos a partir de la decimoquinta semana de gestación, con excepciones para los casos de peligro en la vida y la salud de la madre. Los argumentos presentados tanto en los escritos como en el debate oral fueron álgidos<sup>(13)</sup>. La cuestión sobre si la jurisprudencia de *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey* debía ser reafirmada o revocada se trató abiertamente y constituyó el centro de la discusión. Ninguna de las partes estaba dispuesta a aceptar nada menos<sup>(14)</sup>. El interés y trascendencia del caso se reflejaron en los 142 escritos presentados por diferentes “amigos del tribunal”, en apoyo de una u otra postura<sup>(15)</sup>.

Hace poco más de un mes, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso<sup>(16)</sup>. El proceso desde la audiencia oral no fue tranquilo. A las especulaciones sobre cuál sería la postura del tribunal, se sumó que un par de semanas antes de darse a conocer la decisión un portal de noticias tuvo acceso y filtró el primer borrador del voto mayoritario, situación extraña –e ilegal– y que innegablemente demostraba lo mucho que había en juego<sup>(17)</sup>. La sentencia, por una exigua mayoría de cinco votos<sup>(18)</sup>, dejó sin efecto la jurisprudencia de *Roe* y *Casey*, sosteniendo que el razonamiento en que se basaron aquellas decisiones era “atrozmente errado”<sup>(19)</sup>, lo cual exigía dejar sin efecto la doctrina legal sentada en tales precedentes<sup>(20)</sup>. Así, resolvió:

“Sostenemos que *Roe* y *Casey* deben ser dejados sin efecto. La Constitución no hace referencia al aborto, y dicho derecho no está protegido implícitamente por ninguna disposición constitucional, incluida aquella en la que ahora se basan principalmente los defensores de *Roe* y *Casey*: la Cláusula del Debido Proceso de la Decimo-

tando en disidencia en el caso *Casey*, que reafirmó el *holding* central de *Roe*. La jueza Ruth Bader Ginsburg era una ferviente defensora del derecho de la mujer a abortar, tal como lo expuso en sus audiencias de confirmación ante el Senado de los Estados Unidos. Por su parte, el juez Anthony Kennedy, considerado un moderado, conformó la mayoría en el caso *Casey*. Los tres nuevos jueces son claramente de orientación conservadora y se suman a los jueces, también conservadores, Thomas (nominado por George Bush), Alito y al presidente de la Corte, Roberts, ambos nominados por George W. Bush. Desde entonces, el juez Stephen Breyer, uno de los votos disidentes en *Dobbs* y considerado un liberal moderado, se ha retirado del tribunal, siendo reemplazado por la jueza Ketanji Brown Jackson, identificada como liberal.

(13) La transcripción de la audiencia oral puede encontrarse en [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2021/19-1392\\_4425.pdf](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf) (fecha de consulta: 4/8/2022).

(14) Cada una de las partes expuso el planteo en términos inequívocos. El representante del estado de Mississippi dijo: “Este tribunal debe dejar sin efecto [overrule] *Roe* y *Casey* y sostener la validez de la ley estatal” (véase transcripción citada en la nota anterior, p. 5). Por su parte, el alegato escrito de la clínica sostuvo que la Corte debía o bien reafirmar la jurisprudencia o bien revocarla, señalando que “no hay medidas intermedias”, postura reiterada en la audiencia oral (ídem, p. 63).

(15) Cada uno de ellos puede encontrarse en el expediente electrónico de la causa (<https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html>; fecha de consulta: 4/8/2022).

(16) *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al*, Slip Op. - 597 U. S. \_\_\_\_ (2022).

(17) El primer borrador del voto mayoritario fue divulgado por el portal de noticias *Politico.com* (Gerstein, Josh y Ward, Alexander, “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, el 2/5/2022, disponible en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>; fecha de consulta: 4/8/2022), situación que motivó que la Corte Suprema deplorara el hecho e iniciara una investigación (Breuninger, K., “Supreme Court says leaked abortion draft is authentic; Roberts orders investigation into leak”, *CNBC*, 5/3/2022, disponible en <https://www.cnn.com/2022/05/03/supreme-court-says-leaked-abortion-draft-is-authentic-roberts-orders-investigation-into-leak.html>; fecha de consulta: 4/8/2022).

(18) La opinión de la Corte es expuesta por el voto del juez Alito, con quien concurren los jueces Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett. Los jueces Thomas y Kavanaugh emiten sendos votos concurrentes ampliando los fundamentos. El presidente del tribunal, el juez Roberts, emite una opinión concurriendo en el resultado (pero sin concurrir en la decisión de dejar sin efecto el precedente sentado en *Roe v. Wade*). Los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan emiten un voto conjunto disidente.

(19) “Egregiously wrong” en el texto original en idioma inglés (*Dobbs*, Slip Op., p. 6).

(20) El voto mayoritario dedica casi un tercio de la decisión a explicar cuáles son las razones que, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, llevan a la necesidad de dejar sin efecto la doctrina sentada en un caso anterior.



Todos estos documentos, si bien afirman expresamente que los derechos individuales derivan de la naturaleza del hombre –como también lo hace la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos<sup>(31)</sup>– no se atreven a reconocer que tales derechos “naturales” puedan ser exigidos individualmente por sobre la voluntad democrática y soberana del pueblo. Archibald Cox advierte la contradicción que plantea esta situación: “la creencia en derechos naturales y en la ley natural se encontraba fuertemente enraizada en el pensamiento americano del siglo XVIII, más allá de la incertidumbre acerca de si su fuente era el Rey de Reyes y Señor de toda la Tierra, las máximas inmutables de la razón y la justicia, o la sabiduría acumulada de la *common law* inglés [...] Junto con [este] compromiso con la ley natural se desarrolló una igualmente profunda, pero lógicamente inconsistente, convicción de que el pueblo es la fuente de todo poder legítimo, que los gobiernos son los agentes del pueblo, y que el pueblo, expresándose a través de las mayorías, tiene derecho a trabajar su voluntad”<sup>(32)</sup>.

La falta en el texto original de la Constitución de una declaración de derechos que limitara al poder federal fue, precisamente, lo que casi determina su rechazo por los estados durante el proceso de ratificación. Tal omisión, se decía, permitiría al gobierno federal avasallar sin frenos las libertades de los habitantes de los diferentes estados, a pesar de cualquier disposición que pudieran contener las constituciones estatales, toda vez que el derecho federal, conforme el diseño constitucional, prevalecía sobre el local<sup>(33)</sup>.

Así fue como el Congreso rápidamente aprobó las primeras diez enmiendas a la Constitución que, tras su ratificación por los estados, se incorporaron al texto constitucional en 1791. Estas enmiendas limitaron los poderes del gobierno federal, impidiéndole actuar sobre determinados ámbitos de libertades reconocidas<sup>(34)</sup>.

En particular, la Novena Enmienda se preocupó en señalar que “la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no se interpretará en el sentido de negar o menospreciar otros [derechos] retenidos por el pueblo”, reforzando de este modo el principio de soberanía del pueblo y preservando las potestades estatales en la regulación de los derechos<sup>(35)</sup>.

De este modo, podemos ver que la incorporación de la declaración de derechos al texto constitucional no fue sino el reflejo de los acuerdos políticos alcanzados por la sociedad norteamericana al organizarse jurídica y políticamente como una nación independiente. Como ya expresáramos, al reconocer derechos, la Constitución los quita del debate democrático, evitando que una mayoría circunstancial del cuerpo legislativo, o el Poder Ejecutivo,

pueda violentarlos pasando por encima de los derechos de las minorías<sup>(36)</sup>, más allá de la posibilidad de reglamentar tales derechos en aras del bienestar general por aplicación del poder de policía<sup>(37)</sup>. Como se ha dicho, “un derecho define un área donde el público no puede entrar”<sup>(38)</sup>. Por su parte, aquellos derechos que no resultan de la Constitución quedan reservados a la decisión democrática y soberana del pueblo y, particularmente, del pueblo de los estados (como antes quedaban sujetos a la decisión del monarca). Y debemos partir de esta concepción para comprender cabalmente la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *Dobbs*.

## 2.2. Los derechos implícitos

A partir del reconocimiento de ciertos derechos enumerados en el texto constitucional norteamericano, resulta necesario determinar si la Constitución protege otros derechos no enumerados, de modo tal que también se encuentren sujetos a similares reglas, esto es, que no puedan ser alterados por una mayoría ocasional.

La cuestión plantea un complejo problema de interpretación constitucional. ¿Cuál debe ser el criterio a seguir a fin de resolver el interrogante? ¿Cuál es la teoría adecuada de interpretación constitucional? El problema se potencia si consideramos la relativa rigidez de la Constitución y la mutabilidad y evolución social<sup>(39)</sup>. ¿Cómo mantener la vigencia de la Constitución a lo largo del tiempo, en una sociedad en constante cambio?

La interpretación constitucional debe, necesariamente, desarrollar una teoría coherente que permita brindar respuesta a estos interrogantes. Es imposible que la Constitución abarque todas las posibles situaciones y es fundamental que la teoría utilizada sea consistente para evitar afectar la legitimidad de la Corte Suprema. Tal como señala Archibald Cox, “vale la pena hacer el esfuerzo de articular principios, dado que la capacidad de racionalizar las decisiones en términos de fuentes convencionales del derecho es una de las fuentes de aceptación y apoyo del pueblo”<sup>(40)</sup>.

El juez Marshall, en una sentencia frecuentemente citada, nos brinda una primera regla: “no debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución [...] Su naturaleza requiere que solo sus grandes lineamientos sean puestos de resalto, sus importantes objetivos definidos, y los ingredientes menores que componen tales objetivos sean deducidos de su propia naturaleza”<sup>(41)</sup>.

Considerando la limitada legitimación democrática que poseen los jueces en el sistema norteamericano, y su papel como intérpretes finales de la Constitución<sup>(42)</sup>, la prudencia de la actuación judicial deviene un componente esencial en un gobierno republicano y democrático y con controles recíprocos fuertes. De este modo, el juez, al resolver un caso (y en el caso de la Corte Suprema, al sentar

(31) “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados...”, disponible en <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(32) Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, pp. 31-32.

(33) Los antifederalistas se negaron a ratificar la Constitución hasta que existiera un compromiso para incorporar a la Constitución una declaración de derechos que limite el poder del gobierno federal. En una postura contraria se encontraba Alexander Hamilton, quien en *El Federalista* §84 considera innecesario incorporar una declaración de derechos en el texto constitucional: “Se ha observado con razón varias veces que las declaraciones de derechos son originalmente pactos entre los reyes y sus súbditos, disminuciones de la prerrogativa real en favor de fueros, reservas de derechos que no se abandonan al príncipe [...] Es evidente [que estas reglas] [...] no tienen aplicación en el caso de las constituciones, las cuales se fundan por hipótesis en el poder del pueblo y se cumplen por sus representantes y servidores inmediatos. Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso, y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular”. Para un detallado debate sobre este punto, véase Labunski, R., *James Madison and the struggle for the Bill of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2006; véase también Maier, P., *Ratification, the People debate the Constitution (1787-1788)*, Nueva York, Simon & Schuster, 2010.

(34) Es interesante ver como las diferentes enmiendas se encuentran redactadas en su mayoría como mandatos negativos, como una limitación al poder federal que como una afirmación expresa de derechos individuales.

(35) Es mucho lo que se ha debatido sobre el alcance de esta enmienda. La Corte Suprema, sin perjuicio de citarla en diversas decisiones como refuerzo argumental, ha sido reacia a reconocerle valor como fuente autónoma de derechos: “La Novena Enmienda obviamente no crea derechos exigibles a nivel federal” (*Doe v. Bolton*, cit., p. 409, voto concurrente del juez Douglas). Véase también, Redlich, N., “Are there Certain Rights... Retained by the People?”, 37 N.Y.U. L. Rev. 787 (1962).

(36) Como expresara el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William Brennan, “la clave es que [los derechos reconocidos constitucionalmente] poseen un estatus especial y no pueden ser dejados de lado cuando se le ocurra a una mayoría legislativa se le ocurra” (Brennan, W. Jr., “Why Have a Bill of Rights?”, 26 Val. U. L. Rev. 1 [1991]). En forma similar, Sola, para quien, el constitucionalismo “[s] upon e [...] que la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría. Esto también plantea la necesidad de establecer qué derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial” (Sola, J. V., “La Constitución: un contrato social”, texto disponible en [http://estudiosola.com/PDF/VER/La\\_Constitucion\\_un\\_contrato\\_social.pdf](http://estudiosola.com/PDF/VER/La_Constitucion_un_contrato_social.pdf) (fecha de consulta: 4/8/2022).

(37) Sobre este tema, véase Vítolo, A. M., *Regulation and restriction of constitutional rights, a comparative analysis*, tesis para la obtención del título de *Master of Laws* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, 1989, disponible en <http://id.lib.harvard.edu/alma/990017060390203941/catalog> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(38) Berns, W., *Taking the Constitution Seriously*, Nueva York, Madison Books, 1987, p. 225.

(39) “Ningún grupo de fundadores puede ser omnisciente. Todo documento constitucional tiene lagunas, contiene frases técnicas y debe escribirse en un lenguaje cuya sintaxis y vocabulario evolucionarán. Al manejar nuevos problemas, entonces, los intérpretes frecuentemente deberán decidir respecto de la legitimidad de los esfuerzos de otros para llenar esas lagunas o incluso llenarlas ellos mismos para explicar el texto especializado y para traducir su viejo lenguaje al idioma actual. Este tipo de procesos requiere necesariamente creatividad, imaginación y juicio” (Murphy, W.; Fleming, J. y Barber, S. A., *American Constitutional Interpretation*, Nueva York, Foundation Press, 1995, p. 183).

(40) Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, ob. cit.

(41) *McCullough v. Maryland*, 17 U. S. (4 Wheaton) 316 (1819), p. 407.

(42) Como expresara el juez Robert Jackson, “no somos intérpretes finales por ser infalibles, pero somos infalibles solo por ser intérpretes finales”. *Brown v. Allen*, 344 U. S. 443 (1953), p. 540.



jurisprudencia vinculante para los tribunales inferiores) e interpretar la Constitución, debe mantenerse dentro de los límites de su función, sin pretender asumir las potestades reservadas a la decisión política del pueblo. La labor judicial exige que el juez, al resolver los casos que llegan a su conocimiento, interprete el derecho y no pretenda crear nuevos principios. De este modo, resulta fundamental poder encontrar una teoría interpretativa adecuada que permita al juez resolver el caso fuera del ámbito de sus preferencias personales (o inclusive de las pretensiones de una mayoría ocasional o del sentir de la opinión pública<sup>(43)</sup>) y con apego al contrato social del cual deriva su potestad. Se trata, ni más ni menos, de una cuestión de los equilibrios que deben existir entre los diferentes poderes del estado<sup>(44)</sup>.

Como ha expuesto Cox: “es demasiado obvio señalar que la Corte Suprema juega un papel en parte político. De igual modo, es también obvio para cualquiera que entienda la autodisciplina del método jurídico, que [el tribunal] se encuentra también, en parte, obligado por la ley. La cuestión difícil de resolver es una de grado: ¿cuán grande o pequeño debe ser el rol político de la Corte?”<sup>(45)</sup>.

Y, en este aspecto, frente a quienes buscan transformar a los jueces y, en especial a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en activistas políticos prontos a “encontrar” derechos implícitos en función de sus propias visiones políticas, reemplazando así el debate democrático, el derecho norteamericano, expuesto a través de las decisiones judiciales, ha sido normalmente prudente, procurando (pero no siempre lográndolo) evitar caer en un fuerte activismo judicial.

Es frecuente, en casos polémicos (tal como ocurre en *Roe* y *Dobbs*), que la Corte intente justificarse, sosteniendo que sus decisiones se encuentran fundadas en la estricta interpretación constitucional y no en preferencias políticas o en visiones personales<sup>(46)</sup>. Normalmente, cuando esto ocurre, los jueces disidentes –sin importar si son progresistas o conservadores– acusan a la mayoría de exlimitar sus funciones y sustituir ilegítimamente la voluntad legislativa<sup>(47)</sup>. Ello no hace sino demostrar que el problema es, en definitiva, el activismo judicial, sea que se exprese por jueces liberales o conservadores. No hay,

contrariamente a lo que algunos postulan, activismos buenos y activismos malos. Se trata de encontrar y consensuar una teoría adecuada de interpretación que no violenta el contrato social. Lo contrario, como ya dijéramos, podría llevar a minar el indispensable prestigio del tribunal como intérprete final de la Constitución<sup>(48)</sup>.

En la cuestión acerca de la existencia o no de derechos implícitos garantizados por la constitución norteamericana, descartadas las posturas extremas que pretenden negar la existencia de ningún otro derecho, salvo los expresamente enumerados en el texto constitucional, el reconocimiento de ciertos derechos implícitos ha sido una constante en la teoría constitucional y en la jurisprudencia norteamericana.

De este modo, podemos distinguir<sup>(49)</sup> entre quienes ven a la Constitución como garante de solo unos pocos derechos implícitos que pueden claramente derivarse del texto constitucional<sup>(50)</sup>, y aquellos que buscan encontrar aquellos derechos implícitos a partir de referencias al derecho natural<sup>(51)</sup>, a principios neutros<sup>(52)</sup>, a la razón<sup>(53)</sup>, la tradición<sup>(54)</sup>, el bien común<sup>(55)</sup>, o a “aquellos cánones de decencia y equidad [*fairness*] que expresan las nociones de justicia de los pueblos de habla inglesa”<sup>(56)</sup>, y conforme los “estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de sociedades maduras”<sup>(57)</sup>.

En realidad, debemos señalar que la Constitución norteamericana, a pesar de su raíz sociológica iusnaturalista, no adopta ninguna teoría particular de derecho natural (y ni siquiera se preocupa por justificarlo)<sup>(58)</sup>. Ello ha llevado a Dworkin a sostener que constituye un error pretender que el sistema constitucional norteamericano proteja plenamente los derechos morales individuales, puesto que la Constitución de los Estados Unidos solo protege un conjunto de “derechos *jurídicos*” individuales, más allá de que ellos sean o no correctos desde una concepción moral o filosófica<sup>(59)</sup>. Por ello, la existencia de derechos individuales fuera de los reconocidos expresamente o que puedan considerarse implícitamente reconocidos por la

(43) “El hecho de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debe afectar nuestro juicio sobre la cuestión de si las leyes que las incorporan están o no en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos”. *Roe*, p. 117.

(44) Resulta interesante en este punto analizar el pensamiento en nuestro país. En el caso *Cochia*, el voto disidente del juez Petracchi sostuvo: “los jueces no están llamados por la Ley Fundamental a acompañar o secundar las políticas escogidas por los poderes a quienes les están confiadas éstas. Tampoco, por cierto, están aquéllos convocados a oponerse a tales decisiones. La función judicial es muy otra. Se trata, en suma, de resolver las contiendas traídas a su conocimiento de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y, en su caso, contrastar la validez de éste, no por su adecuación a ‘programa’ alguno, sino por su conformidad con la Constitución Nacional y las leyes que en su consecuencia se dictaren” (Fallos 316:2624).

(45) Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, ob. cit., p. 99.

(46) “Nuestra tarea es, por supuesto, resolver la cuestión conforme la medida constitucional, libres de emociones y de predilecciones” (*Roe*, p. 116). En similar sentido, el voto concurrente del juez Stewart: “[en las decisiones judiciales.] los tribunales no pueden imponer sus creencias sociales y económicas por encima del juicio de los cuerpos legislativos, quienes son elegidos para aprobar leyes” (idem, p. 167). “Al interpretar el sentido [de la Constitución] debemos cuidarnos contra la tendencia humana natural a confundir lo que [la Constitución] protege con nuestra ardiente visión sobre la libertad que deben gozar los americanos” (*Dobbs*, Slip Op., p. 14).

(47) “Temo ver las consecuencias de la práctica de la Corte de sustituir el lenguaje de la Declaración de Derechos por sus propios conceptos de decencia y justicia como punto de partida en la interpretación y aplicación de esa Declaración de Derechos”, *Adamson, v. California*, 332 U. S. 46 (1947), disidencia del juez Black, p. 89; “La Corte simplemente modela y anuncia un nuevo derecho constitucional para las madres embarazadas, y, sin apenas ninguna razón o autoridad para su acción, inviste ese derecho con suficiente sustancia para anular la mayoría de las leyes sobre aborto existentes en los estados. El resultado es que el pueblo y las legislaturas de los 50 estados están constitucionalmente inhabilitados para sopesar la importancia relativa de la existencia y el desarrollo continuo del feto, por un lado, frente a un espectro de posibles impactos en la madre, por otro lado. Como ejercicio del crudo poder judicial [*raw judicial power*], la Corte quizás tenga autoridad para hacer lo que hace hoy; pero, en mi opinión, su sentencia es un ejercicio imprudente y extravagante del poder de revisión judicial que la Constitución confiere a esta Corte”, *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179 (1973), disidencia del juez White, p. 221-222. En el caso *Dobbs*, la disidencia llega a acusar al voto mayoritario de “hipócrita” (*Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op. p. 5). También la doctrina efectúa críticas similares. Ver, entre otros, Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, ob. cit., p. 54; J. H., “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”, 82 Yale L. J. 920 (1973).

(48) Como dijera la Corte en *Casey*, “La Corte debe ser cuidadosa de hablar y actuar de tal manera que permita al pueblo aceptar sus decisiones en los términos que la Corte reclama para ellas, como verdaderamente fundadas en principios, y no como compromisos con las presiones sociales y políticas que, como tales, no guardan relación con las elecciones entre principios que la Corte está obligada a hacer [al dictar sentencias]. Así, la legitimidad de la Corte dependerá de que tome decisiones legalmente basadas en principios bajo circunstancias en las cuales su carácter principista sea suficientemente plausible para ser aceptado por la Nación” (*Casey*, pp. 865-866). A su vez, el respeto del pueblo por la decisión judicial dictada por jueces independientes basados en la ley y no en las preferencias individuales o de grupo es parte necesaria del entramado republicano (véase Breyer, S., “An Independent Judiciary: In Honor of the Sesquicentennial Anniversary of the Massachusetts Superior Court”, 22/9/2009, disponible en [https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp\\_09-22-09](https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_09-22-09); fecha de consulta: 8/8/2022).

(49) Véase Perry, M., *The Constitution, the Courts and Human Rights*, New Heaven, Yale University Press 1982.

(50) Véase, por ejemplo, Bork, R., *The Tempting of America: the political seduction of the law*, Nueva York, The Free Press, 1990.

(51) Cox, A., ob. cit.

(52) Wechsler, H., “Toward neutral principles of Constitutional Law”, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959), pp. 1-35.

(53) Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

(54) *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497 (1961), p. 542 (voto en disidencia del juez Harlan).

(55) Brennan, ob. cit.

(56) *Adamson*, cit. p. 67.

(57) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958), p. 101.

(58) Es interesante en este sentido comparar el preámbulo de nuestra Constitución Nacional con el de la Constitución Norteamericana. Más allá de sus notorias similitudes, el preámbulo de la Constitución Argentina finaliza con una invocación a “la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”, inexistente en su par norteamericano. A su vez, la Comisión designada por la Convención del Estado de Buenos Aires, convocada para revisar la Constitución de 1853, al promover la incorporación a la Constitución Nacional del actual artículo 33, conforme el cual “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, expresaba: “los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunión política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar” (Ravignani, E., *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas. Universidad de Buenos Aires, 1937-39, tomo IV, p. 772).

(59) Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, segunda edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 277 (el resaltado es del original).

Constitución es una cuestión que cae, en principio, fuera del campo de estudio del Derecho Constitucional norteamericano.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha abrazado enfáticamente ninguna de las teorías, sino que prefirió un camino intermedio. Así, ha ido encontrando derechos implícitos en las “penumbras” de los derechos enumerados, formados a partir de “las emanaciones de aquellas garantías que contribuyen a otorgarles vida y substancia”<sup>(60)</sup>. Sin ellos, sin los “derechos periféricos”, sostiene, los “derechos específicos enumerados en la Constitución estarían menos garantizados”<sup>(61)</sup>. En este sentido, además de aquellos derechos que pueden reconocerse como necesarios para el ejercicio de otros enumerados expresamente (como por ejemplo aquellos que surgen de la Primera Enmienda o de la cláusula de privilegios e inmunidades)<sup>(62)</sup>, partiendo de las disposiciones de la Quinta y la Decimocuarta enmiendas que prohíben al estado federal y a los estados particulares privar a cualquier individuo de su vida o libertad sin el debido proceso legal, la Corte Suprema ha reconocido no solo que tales derechos deben ser protegidos procedimentalmente, exigiendo que su restricción se ajuste a un proceso justo y equilibrado, sino que también tales restricciones respeten los contenidos sustanciales de los derechos a la vida y a la libertad<sup>(63)</sup> (entendidas en un sentido más o menos amplio<sup>(64)</sup>). De ese modo, el tribunal desarrolló la teoría del “debido proceso sustantivo”. Sin embargo, aunque pueda hoy existir un consenso generalizado acerca de la existencia de este debido proceso sustantivo<sup>(65)</sup>, lo que se mantiene en debate es cuál es su alcance. Como expresara Learned Hand, cláusulas constitucionales como la del debido proceso están expresadas “en términos tan amplios que su historia no alcanza para determinar su contenido”<sup>(66)</sup>.

A pesar de esta dificultad, poco a poco, la Corte Suprema ha delineado una jurisprudencia relativamente coherente acerca de esta cuestión. Los derechos implícitos que surgen de las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución, en tanto prohíben privar a toda persona de su vida o de su libertad sin un debido proceso legal, son solo aquellos que pueden considerarse “implícitos en el esquema de libertad ordenada” de modo tal que “ni la libertad ni la justicia existirían si ellos fueran sacrificados”<sup>(67)</sup>, encontrando su fundamento en aquellos “principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de nuestras instituciones civiles y políticas”<sup>(68)</sup> o en aquellos “profundamente enraizados en la historia y la tradición de nuestra Nación”<sup>(69)</sup>, “tan enraizados en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo que puedan ser considerados fundamentales”<sup>(70)</sup>.

Resulta innegablemente complejo y arriesgado lograr un acuerdo sobre cuáles serían tales derechos, más cuando tal hallazgo es realizado por los jueces, quienes cuen-

tan con una legitimación democrática reducida<sup>(71)</sup>. Como expresara el juez Rehnquist en el caso *Glucksberg* (1997): “al extender la protección constitucional a un derecho o a una libertad alegados, colocamos el asunto, en gran medida, fuera de la arena del debate público y la acción legislativa. Por lo tanto, debemos ejercer el máximo cuidado cada vez que se nos solicite abrir nuevos caminos en este campo, para que la libertad protegida por la Cláusula del debido proceso no se transforme sutilmente en las preferencias políticas de los miembros de esta Corte”<sup>(72)</sup>.

A lo largo del tiempo, la jurisprudencia norteamericana fue utilizando la Cláusula del Debido Proceso, interpretándola conjuntamente con la Novena Enmienda –que, como ya señalé, nunca fue reconocida como una fuente directa y autónoma de derechos implícitos– para extraer de ella, con base en los argumentos antes expuestos, un ámbito de privacidad<sup>(73)</sup> del cual surgirían diferentes derechos a ser garantizados, entre ellos el derecho a la crianza y educación de los hijos<sup>(74)</sup>, a tener hijos<sup>(75)</sup>, a la integridad física<sup>(76)</sup>, a casarse<sup>(77)</sup>; a la privacidad marital<sup>(78)</sup>; al uso de anticonceptivos<sup>(79)</sup>; a rechazar tratamientos médicos<sup>(80)</sup>, a la conducta homosexual privada<sup>(81)</sup>, al matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>(82)</sup> y, desde el caso *Roe*, y hasta *Dobbs*, al aborto.

Si se tiene en cuenta que, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, las normas que restringen derechos fundamentales se encuentran sujetas a un escrutinio más estricto, que exige que la restricción se encuentre justificada por un interés público intenso [*compelling state interest*] y que sea necesaria (y no solo razonable) para preservar el interés protegido<sup>(83)</sup>, puede fácilmente advertirse la importancia que tiene reconocer o no un derecho “fundamental” implícito al aborto derivado de las previsiones de la Decimocuarta Enmienda.

### 2.3. El Federalismo

Finalmente, entre los aspectos estructurales que considero debemos tener en cuenta para entender la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Dobbs* es la conformación de dicho país como un estado federal.

A diferencia de lo que ocurre en la República Argentina, en donde las provincias han delegado a la Nación la capacidad de dictar el derecho de fondo<sup>(84)</sup>, en los Estados Unidos esta potestad se mantiene en cabeza de los estados particulares, sin perjuicio de la tendencia –común en los estados federales– a la unificación legislativa<sup>(85)</sup>.

(71) Véase, entre muchos otros, Bickel, A., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986.

(72) *Glucksberg*, cit., p. 720.

(73) La Constitución de los Estados Unidos, a diferencia de la nuestra, no reconoce expresamente un derecho amplio o autónomo a la privacidad (véase Vitolo, A. M., *Regulation and restriction...*, ob. cit.). Así, el juez Stewart sostuvo: “Diversas cláusulas de la Constitución protegen la privacidad personal de diversas formas de intromisión estatal. Pero la protección de un derecho general de la persona a la privacidad –su derecho a ser dejado solo por otras personas– es, al igual que la protección de su propiedad y de su propia vida, una materia librada principalmente a la legislación de cada uno de los estados individuales. *Katz v. United States*, 389 U. S. 347 (1967), pp. 350-351.

(74) *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923) (que declara inválida la prohibición de enseñar un idioma extranjero a niños menores de cierta edad); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, 535 (1925) (que invalida la exigencia de que los niños fuesen educados solo en escuelas públicas).

(75) *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535 (1942) (que declara inconstitucional la esterilización forzada como pena).

(76) *Rochin v. California*, 342 U. S. 165 (1952) (que invalida una condena lograda a través de forzar a una persona a expulsar de su estómago cápsulas con droga).

(77) *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967) (que declara inconstitucional la prohibición de matrimonios entre personas de diferentes razas).

(78) *Griswold*, cit. (que declara protegido el derecho de personas casadas al uso de anticonceptivos).

(79) *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972) (que extiende la protección de *Griswold* a todos los individuos).

(80) *Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health*, 497 U. S. 261 (1990) (que convalida el derecho a solicitar el cese de cuidados paliativos a una persona en estado vegetativo persistente).

(81) *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

(82) *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. \_\_\_ (2015).

(83) Sobre este tema, véase Vitolo, A. M., *Regulation and restriction...*, ob. cit.

(84) Constitución Nacional, artículo 75, inciso 12.

(85) Para comparar las diferencias en las reglas constitucionales sobre este tema en los Estados Unidos y en Argentina, véase Maxeiner, J., “United States Federalism. Harmony without Unity” y Vitolo, A. M., “The Argentine Federal Legislative System”, ambos en Halberstam, D. y Reimann, M. (eds.), *Federalism and Legal Unification: A Comparative Empirical Investigation of Twenty Systems*, Dordrecht, Springer, 2014.

(60) *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965), p. 484.

(61) *Griswold*, pp. 482-483.

(62) Como expresara el juez Brennan, “las libertades protegidas [por la Constitución] se expresan en términos generales, su especificación queda librada al juicio de quienes revisan la conducta oficial o la legislación. En la medida en que no sean extremadamente vagas [...], las formulaciones amplias de derechos personales son una virtud, porque permiten a los jueces adaptar los cánones de derecho a situaciones no previstas por aquellos que los establecieron, facilitando su evolución y preservando su vitalidad”. Brennan, ob. cit.

(63) *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1927), voto concurrente del juez Brandeis, p. 373: “Es doctrina establecida que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda se aplica tanto a cuestiones de derecho sustantivo como a cuestiones de procedimiento. Así, todos los derechos fundamentales comprendidos en el término libertad están protegidos por la Constitución Federal contra la invasión por los Estados”.

(64) “En una Constitución para hombres libres, no puede existir duda alguna de que el significado de la ‘libertad’ debe indudablemente ser amplio”, *Board of Regents of States Colleges v. Roth*, 408 U. S. 564 (1972), p. 572.

(65) Más allá del consenso generalizado sobre este punto, debemos destacar que el voto del juez Thomas en el caso *Dobbs* intenta demostrar la inexistencia de este debido proceso sustantivo, haciendo un llamado a revisar toda la jurisprudencia de la Corte que se apoya en tal concepto. A su vez, el voto disidente (Breyer, Kagan y Sotomayor) se centra, principalmente, en argumentar los riesgos que resultarían de abandonar un concepto amplio del debido proceso sustantivo (ver *infra*).

(66) Hand, L., *The Bill of Rights*, Nueva York, Atheneum, 1965, p. 30.

(67) *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319 (1937), p. 325-326; *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702 (1997), p. 721.

(68) *Hebert v. Louisiana*, 272 U. S. 312 (1926), p. 317.

(69) *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U. S. 494 (1977), p. 503.

(70) *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. 97 (1934), p. 105.

De este modo, en la Constitución norteamericana, la regulación de la libertad es, en principio, materia reservada a los estados, salvo que pueda considerarse que exista un derecho federal involucrado que limite el accionar de aquellos<sup>(86)</sup>. De allí la trascendencia de poder encontrar –o no– derechos que surjan de la regla de la protección de la libertad y el debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. Si el derecho existe, entonces los estados se encuentran obligados a respetarlo y garantizarlo en virtud del claro texto de la Enmienda: “Ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”. Si hay un derecho reconocido constitucionalmente, los estados no podrán dejar de protegerlo pudiendo, en todo caso, solo reglamentarlo. De lo contrario, la competencia para reconocerlo o no es de cada uno de los estados, sin interferencia federal.

### 3. El aborto y la Constitución de los Estados Unidos

Es dentro del contexto expuesto en el capítulo anterior que debemos considerar si el derecho de una mujer a abortar es o no un derecho protegido por la Constitución de los Estados Unidos.

Como primera cuestión, es necesario recordar, como ya he señalado, que la Constitución de los Estados Unidos protege en forma expresa el derecho a la vida de toda persona. Así lo disponen las enmiendas Quinta (“Ninguna persona... será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”), dirigida al gobierno federal, y Decimocuarta (“... ningún Estado privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal...”), dirigida expresamente a los estados. Lo que la Constitución no dice expresamente, sin embargo, es si la “persona” protegida incluye o no a la persona por nacer<sup>(87)</sup>.

De igual manera, también destaco que la Constitución norteamericana no garantiza en forma expresa ni el derecho al aborto ni el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo (de hecho, como ya expresara, ni siquiera reconoce la existencia de un derecho autónomo a la privacidad<sup>(88)</sup>). Tampoco pueden extraerse tales derechos en forma clara de ninguna de las ocho primeras enmiendas constitucionales. Sobre nada de esto hay debate.

Por ello, para reconocer si existe una protección constitucional del derecho al aborto será necesario determinar, en primer lugar, si la persona por nacer puede ser considerada “persona” con derecho a la vida conforme la Constitución. Si la respuesta fuese negativa, recién entonces se podrá analizar si es posible encontrar tal derecho al aborto como un derecho implícito derivado de las garantías del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda, sea sola o en conjunto con otras cláusulas constitucionales, como por ejemplo la Novena Enmienda.

#### 3.1. El caso *Roe v. Wade*

En su sentencia en el caso *Roe*, la Corte Suprema analizó expresamente estas cuestiones.

Con relación a la primera, el voto de la mayoría señaló: “si la condición de persona pudiera establecerse [respecto del feto], el caso obviamente colapsaría, ya que el derecho

del feto a la vida estaría garantizado específicamente por la [Decimocuarta] Enmienda”<sup>(89)</sup> y, obviamente, no podría ser desconocido.

El voto mayoritario llega, sin embargo, a la conclusión de que no resulta posible asegurar que la palabra “persona”, tal y como ella es utilizada en la Constitución, tenga aplicación prenatal y, por lo tanto, concluye que el no nacido no puede considerarse alcanzado por la protección a la vida prevista en la Decimocuarta Enmienda<sup>(90)</sup>.

Sostiene asimismo que tampoco es posible, a la luz de los conocimientos científicos a ese momento, fijar el momento a partir del cual comienza la vida: “no necesitamos resolver la difícil pregunta de cuándo comienza la vida. Cuando aquellos entrenados en sus respectivas disciplinas de la medicina, la psicología y la teología no pueden arribar a un consenso, el Poder Judicial, en este punto del desarrollo del conocimiento humano, no puede especular para dar una respuesta”<sup>(91)</sup>. No obstante, considera que, en virtud del hallazgo previo sobre la falta de protección constitucional a la vida prenatal, dicha definición tampoco sería necesaria a los fines de resolver el caso.

A partir de estas reglas, el voto mayoritario se preocupa por determinar si puede considerarse que exista un derecho implícito de la mujer a abortar, protegido a través de la Decimocuarta Enmienda. Como primer paso, procura determinar si en la historia norteamericana el aborto era visto como un derecho o si, al menos, era una práctica tolerada.

Sin dejar de reconocer que al tiempo de la sentencia (1973) la mayoría de los estados poseían leyes que criminalizaban el aborto, señala que ellas eran relativamente novedosas en el derecho norteamericano [*of relatively recent vintage*]<sup>(92)</sup>; por ello, con apoyo en un análisis histórico, concluye que al tiempo de dictarse la Constitución de los Estados Unidos, y conforme la *common law*, “una mujer poseía un derecho sustancialmente más amplio a terminar su embarazo que el que posee en la mayoría de los estados hoy en día”<sup>(93)</sup>.

A su vez, recuerda que, si bien la Constitución no menciona expresamente ningún derecho a la privacidad personal, sostiene que este ha ya sido reconocido como un derecho fundamental implícito “en el concepto de libertad ordenada” garantizado por la Decimocuarta Enmienda<sup>(94)</sup>.

A partir de estas premisas, concluye que ese derecho a la privacidad incluye el derecho de la mujer a terminar con su embarazo, ya que “el perjuicio que el Estado impondría a la mujer embarazada negándole esta elección en conjunto es evidente”, teniendo en cuenta que en el caso “pueden estar implicados daños específicos y directos médicamente diagnosticables incluso al principio del embarazo; la maternidad, o la descendencia adicional, pueden imponer a la mujer una vida y un futuro angustiosos; el daño psicológico puede ser inminente; la salud mental y física puede verse afectada por el cuidado de niños; también está la angustia, para todos los interesados, asociada con un niño no deseado; y está el problema de traer un niño a una familia que ya no puede, psicológicamente ni de otra manera, cuidar de él; en otros casos [...] pueden estar involucradas otras dificultades adicionales y el estigma continuo de la maternidad soltera”<sup>(95)</sup>.

A partir del reconocimiento de la existencia de este derecho –para lo cual, como hemos visto, utiliza los métodos clásicos de interpretación constitucional en cuestiones de debido proceso sustantivo– la sentencia se hace más lineal en su argumentación: solo un interés público intenso justificará la restricción del derecho fundamental de la mujer, y la restricción deberá encontrarse acotada estrictamente en relación con el interés a proteger.

Así, considera que todas las cargas que debería soportar una mujer, si no se le reconociera su derecho a terminar su embarazo, son cargas fuertes que, en términos generales, hacen prevalecer su derecho sobre otros intereses a proteger (recordemos que conforme la sentencia no hay una vida constitucionalmente protegida antes del nacimiento). Sin embargo, sostiene que el derecho de la mujer a abortar no es absoluto. La sentencia diferencia entre el derecho a la privacidad reconocido en los fallos

(86) Esto también distingue a nuestro sistema del norteamericano. Mientras que en el sistema de los Estados Unidos los derechos federales se encuentran dirigidos al gobierno federal y se “incorporan” como mandatos de protección a los estados en virtud de la Decimocuarta Enmienda, nuestra Constitución Nacional fija los derechos reconocidos en ella como piso mínimo de garantía, al exigir que las constituciones provinciales estén “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional” (Constitución Nacional, artículo 5).

(87) En esto encontramos una diferencia sustancial entre lo dispuesto por la Constitución norteamericana y la situación en nuestro país, a partir de la jerarquización constitucional dispuesta en 1994 de la Convención sobre los Derechos del Niño conjuntamente con su declaración interpretativa efectuada al tiempo de la aprobación de la Convención, según la cual: “Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Sobre esta cuestión, véanse las exposiciones efectuadas por el autor de este trabajo en las sesiones de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación en 2018 y 2020, y explicada en Vitolo, A. M., “El ‘derecho al aborto’. La discusión en Argentina”, *Revista Electrónica Federalismi.it*, 23/12/2019, pp. 1-15. Disponible en <https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=40780&dpath=document&dfile=21122019123902.pdf&content=El%2B%27derecho%2Ba%2Baborto%27%2E%2BLa%2Bdiscusi%C3%B3n%2Ben%2BArgentina%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B> (fecha de consulta: 7/8/2022).

(88) Véase Vitolo, A. M., *Regulation and restriction...*, cit. *supra*.

(89) *Roe*, p. 157.

(90) *Roe*, p. 157.

(91) *Roe*, p. 159.

(92) *Roe*, pp. 118, 129.

(93) *Roe*, p. 140.

(94) *Roe*, p. 152.

(95) *Roe*, p. 153.

anteriores y la cuestión del aborto, admitiendo que los intereses en juego son “inherentemente” diferentes. Por ello, “es razonable y apropiado que un Estado decida que, en algún momento, otro interés, el de la salud de la madre o el de la posible vida humana, se vea afectado significativamente. La intimidad de la mujer ya no es exclusiva y cualquier derecho de intimidad que ella posea debe medirse en consecuencia”<sup>(96)</sup>.

La decisión reconoce que los estados (quienes mantienen la potestad reglamentaria) pueden tener intereses importantes a proteger, tales como la “protección de la salud, los estándares médicos y la vida prenatal, intereses estos que, en cierto momento, se transforman en dominantes”<sup>(97)</sup>, lo que lleva a la necesidad de compatibilizar ambos intereses. Para ello concluye, sin mayor fundamentación, que el interés estatal en la vida prenatal es mínimo durante el primer trimestre del embarazo; se va incrementando en el tiempo y llega a prevalecer sobre el derecho de la mujer recién en el tercer trimestre del embarazo, dado que a partir de ese momento “el feto tiene, presumiblemente, la capacidad de una vida con sentido fuera del seno materno”, pudiendo prohibirse el aborto en este período salvo que sea necesario para preservar la vida o la salud de la madre<sup>(98)</sup>.

### 3.2. *Planned Parenthood v. Casey* (1992)

Veinte años más tarde, la Corte Suprema tuvo oportunidad de analizar nuevamente la cuestión del derecho al aborto. En esa ocasión, la Corte se mostró mucho más dividida, siendo imposible conformar una mayoría sólida respecto de ninguno de los puntos en discusión. Como recuerda la Corte en *Dobbs*, en el caso *Casey* “los miembros de la Corte se dividieron en tres grupos: dos jueces expresaron que no deseaban modificar *Roe* de ninguna manera. Otros cuatro querían dejar sin efecto [*overrule*] la jurisprudencia [allí] sentada en su totalidad. Y los tres jueces restantes, que firmaron conjuntamente la opinión controlante, tomaron una tercera posición. La opinión no apoyó el razonamiento del caso *Roe*, e incluso dio a entender que uno o más de sus autores podrían tener ‘reservas’ acerca de si la Constitución protege el derecho al aborto. Pero la opinión concluyó que la regla del *stare decisis*, que exige que las decisiones anteriores sean seguidas en la mayoría de los casos, requería la adhesión a lo que llamaron el ‘*holding* central’ del caso *Roe* —que un Estado no puede proteger constitucionalmente la vida fetal antes de la ‘viabilidad’—, incluso si ese *holding* fuera incorrecto”<sup>(99)</sup>.

La decisión rechazó, sin embargo, el método de trimestres utilizado por *Roe* a fin de determinar el momento a partir del cual el interés estatal en la protección de la vida prenatal prevalecía sobre el derecho de la mujer, reemplazándolo por un concepto más genérico: el de “viabilidad del feto”, o sea del momento en que el niño pudiese sobrevivir fuera del útero<sup>(100)</sup>. A su vez, señaló, con remisión a un caso anterior que, en tanto que no existe —en ningún momento del embarazo— un derecho “incondicional” al aborto, sino que este “protege a la mujer de una injerencia indebidamente gravosa en su libertad de decidir si interrumpe o no su embarazo”<sup>(101)</sup>; así, *Casey* estableció que cualquier regulación del derecho al aborto que pudiera establecerse con anterioridad a la viabilidad no debe configurar “una carga indebida sobre la capacidad de una mujer para tomar esta decisión”<sup>(102)</sup>, estándar que constituye “el método apropiado para reconciliar los intereses estatales con la libertad constitucionalmente protegida de la mujer”<sup>(103)</sup>.

La decisión en *Casey*, sin perjuicio de ratificar las premisas centrales de *Roe*, y de haber intentado —tal vez de una manera un tanto ingenua— poner fin a la discusión llamando a las partes a dejar de lado sus disputas y aceptar

(96) *Roe*, p. 159.

(97) *Roe*, p. 153.

(98) *Roe*, p. 163.

(99) *Dobbs*, Slip Op. p. 3.

(100) *Casey*, pp. 870 y ss. Es interesante destacar que la decisión se detiene en analizar los supuestos que habilitan a la Corte a dejar sin efecto sus precedentes (véase punto III-A de la decisión, pp. 854 y ss.), tema precisamente al que el caso *Dobbs* se refiere también extensamente, dedicándole casi un tercio de la decisión mayoritaria y contradiciendo las conclusiones —no el método— de *Casey* (véase *infra*).

(101) *Maher v. Roe*, 432 U. S. 464, 473-474 (1977).

(102) *Casey*, p. 874.

(103) *Casey*, p. 876. Este argumento es cuestionado por la sentencia en *Dobbs*, que sostiene que el concepto de “carga indebida” resulta “arbitrario” (*Dobbs*, Slip Op., p. 46) y “ambiguo” (*idem*, p. 56).

la decisión de la Corte<sup>(104)</sup>, dejaba patente que la cuestión del aborto lejos estaba de haberse resuelto. Las sentencias y el paso del tiempo no habían logrado convencer. Las posturas sobre el aborto continuarían siendo una cuestión fuertemente divisiva en la sociedad norteamericana.

## 4. El caso *Dobbs*

Y así llegamos a la sentencia que hoy comentamos.

### 4.1. *La opinión de la Corte*

A los fines de nuestro análisis, no seguiré el orden expositivo de la decisión, sino que lo reacomodaré con una finalidad didáctica.

Como ya dijera, la sentencia de la Corte Suprema en *Dobbs* deja sin efecto la doctrina judicial sentada en *Roe*, *Casey* y toda su progenie. Como parte integrante de la regla del *stare decisis*, la decisión de revocar un precedente, si bien no es algo extraño, debe ser tomada con precaución por la Corte, a fin de no socavar su prestigio y afectar la seguridad jurídica. Por ello, no basta solo con que una nueva composición del tribunal considere errado el precedente anterior (o que incluso lo sea)<sup>(105)</sup>. Pero, si bien la adhesión al precedente es —en general— la conducta preferible, ella no constituye —como la misma Corte ha dicho— “un mandato inexorable”<sup>(106)</sup> y dicha regla “se encuentra en su punto más débil cuando interpretamos la Constitución”<sup>(107)</sup>.

Por tal razón, y precisamente para evitar ser acusada de reemplazar la regla de derecho en función de preferencias personales de una mayoría ocasional, la sentencia expone largamente, con apoyo en la propia jurisprudencia del tribunal, cuáles son las circunstancias que habilitan —e incluso exigen— revocar un precedente; concluyendo que tales circunstancias se encuentran presentes en el caso<sup>(108)</sup>. En tanto otros trabajos en este mismo suplemento se encargan de analizar esta cuestión en profundidad, remito al lector a ellos<sup>(109)</sup>.

Yendo al fondo de la cuestión, la opinión del tribunal, expuesta por el juez Alito, con quien concurren los jueces Gorsuch, Barrett, Kavanaugh y Thomas, comienza por reconocer que las sentencias *Roe* y *Casey* lejos están de haber logrado aplacar las posiciones fuertemente divergentes en la sociedad norteamericana sobre la cuestión del aborto<sup>(110)</sup>; muy por el contrario, dice, “*Roe* y *Casey* han inflamado el debate y profundizado la división”<sup>(111)</sup>.

Tras ese reconocimiento inicial, la sentencia pasa revista a los argumentos centrales en los que se fundaron aquellos casos. ¿Es posible sostener que la Constitución protege un derecho implícito al aborto, como parte del —también implícito— derecho a la privacidad de la mujer? Y a esa pregunta responde enfáticamente: el razonamiento seguido por la Corte en *Roe* y en *Casey* es “atrozmente errado” y constituye “un abuso de autoridad judicial”<sup>(112)</sup>.

Para llegar a esta tan contundente conclusión, el razonamiento del Tribunal no se aparta de los métodos tradi-

(104) “Cuando, en el desempeño de sus deberes judiciales, la Corte decide un caso de tal manera que resuelve una controversia intensamente divisiva... su decisión tiene una dimensión que la resolución de un caso normal no conlleva. Es la dimensión presente cada vez que la interpretación de la Constitución por parte de la Corte llama a las partes de una controversia nacional a poner fin a esa división aceptando un mandato común arraigado en la Constitución” (*Casey*, p. 866).

(105) “Es generalmente más importante que se establezca la regla de derecho aplicable, a que ella sea establecida correctamente” (*Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393 [1932], p. 406 —disidencia del juez Brandeis—).

(106) *Kimble v. Marvel Entertainment LLC*, 576 U. S. 446 (2015). El voto del presidente de la Corte, Roberts, recuerda inclusive que el hecho de “si un precedente debe o no ser dejado sin efecto es una materia enteramente sujeta a la discreción del tribunal, y un principio de decisión política” (*Dobbs*, voto del presidente de la Corte Roberts, Slip Op. p. 10, citando los casos *Hertz v. Woodman*, 218 U. S. 205 [2010] y *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 [1991]).

(107) *Dobbs*, Slip Op., p. 39 y sus citas.

(108) *Idem*, Punto III, p. 39 y ss.

(109) Véase en este mismo suplemento Ratti Mendaña, F. y Calderone, S., “Anatomía de *Dobbs*. Una sentencia que renueva el debate”; Sodero, E., “*Back to Blackstone*: sentido y límites del *stare decisis* en *Dobbs*”.

(110) La decisión del tribunal recuerda el llamado que se hiciera en *Casey* a poner fin al debate sobre esta cuestión y añade: “Como ha quedado en evidencia en los años sucesivos, *Casey* no logró ese objetivo. Los estadounidenses continúan teniendo puntos de vista opuestos y ampliamente divergentes sobre el aborto, y las legislaturas estatales han actuado en consecuencia” (*Dobbs*, Slip Op., p. 4).

(111) *Dobbs*, Slip Op., p. 6.

(112) *Dobbs*, Slip Op., p. 6. Es notoria la similitud de esta frase con aquella que utilizara la disidencia del juez White en *Doe v. Bolton*, acusando a la mayoría de ejercer un “crudo activismo judicial”.

cionales de análisis utilizados por la Corte Suprema en su jurisprudencia en materia de debido proceso sustantivo. O sea, podemos sostener que tanto *Roe* y *Casey* como ahora *Dobbs* utilizan el mismo método para encontrar los derechos implícitos protegidos por la cláusula del debido proceso.

Así, reconociendo que dicha cláusula protege derechos sustanciales no enumerados, el voto mayoritario expresa que “para decidir si un derecho encuadra en alguna de estas categorías, la Corte se ha preguntado durante mucho tiempo si el derecho está profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición y si es esencial para el esquema de libertad ordenada de nuestra Nación”<sup>(113)</sup>, a la vez que recuerda la prudencia que debe demostrar el tribunal en sus sentencias para no usurpar las atribuciones de los otros poderes del estado: “Al interpretar lo que significa la referencia de la Decimocuarta Enmienda a la ‘libertad’, debemos cuidarnos de la natural tendencia humana natural a confundir lo que protege esa Enmienda con nuestras propias fervientes opiniones sobre cuál es la libertad que los estadounidenses deberían disfrutar. Por eso la Corte se ha mostrado ‘reacia’ durante mucho tiempo a reconocer derechos que no están contemplados en la Constitución. El debido proceso sustantivo ha sido a veces un campo traicionero para esta Corte, y en ocasiones ha llevado a la Corte a usurpar la autoridad que la Constitución le otorga a los representantes electos del pueblo”<sup>(114)</sup>.

El voto mayoritario refuta todas y cada una de las afirmaciones realizadas por el tribunal años antes, en particular en lo referido a que la historia norteamericana hubiese considerado la existencia de un derecho al aborto. Sostiene que la indagación histórica efectuada en *Roe* “va de lo constitucionalmente irrelevante a lo simplemente incorrecto”<sup>(115)</sup>, señala así que un análisis cuidadoso de la historia de los Estados Unidos demuestra exactamente lo contrario: que el aborto siempre fue tratado como un crimen, descalificando el concepto de “animación” [*quickening*] como determinante, y concluyendo que “[el caso] *Roe* o bien ignoró o bien tergiversó la historia, y [el caso] *Casey* se negó a reconsiderar el análisis histórico defectuoso de *Roe*. Es por ello necesario decir las cosas correctamente”<sup>(116)</sup>.

De este modo, “la conclusión ineludible es que el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y las tradiciones de la Nación. Por el contrario, desde los primeros días del *common law* hasta 1973 [el año de la sentencia en el caso *Roe*], persistió una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo pena de castigo criminal”<sup>(117)</sup>.

Tras esa primera conclusión, la sentencia se centra en determinar si el derecho al aborto puede encontrarse protegido como parte de un derecho arraigado más amplio, sea este la privacidad (*Roe*), o la libertad de hacer elecciones íntimas y personales, esenciales para la dignidad y autonomía personal (*Casey*)<sup>(118)</sup>, como parte de esa “libertad ordenada”; también resuelve en sentido negativo dicha cuestión. Señala así que, “si bien los individuos son ciertamente libres de pensar y decir lo que deseen sobre la ‘existencia’, el ‘significado’, el ‘universo’ y el ‘misterio de la vida humana’, no siempre [tales individuos] son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos. La licencia para actuar sobre la base de tales creencias puede corresponder a una de las muchas interpretaciones de ‘libertad’, pero ciertamente no es una ‘libertad ordenada’. La ‘libertad ordenada’ establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos. *Roe* y *Casey* lograron un equilibrio particular entre los intereses de una mujer que quiere abortar y los intereses de lo que denominaron ‘vida potencial’. Pero el pueblo de los distintos estados puede evaluar esos intereses de manera diferente”<sup>(119)</sup>.

De este modo, sin llegar a sostener que la protección constitucional de la vida se extienda a la vida prenatal<sup>(120)</sup>,

la sentencia reconoce el fuerte interés que pueden tener los estados en proteger dicha vida potencial. Por ello, descalifica a *Roe* y a *Casey* por no considerar dicho interés antes de la viabilidad<sup>(121)</sup>, ni tampoco la crítica cuestión moral que plantea el aborto<sup>(122)</sup>, crítica que extiende a la disidencia en este caso<sup>(123)</sup>, a quien también cuestiona haber adoptado arbitrariamente una “teoría de la vida” al fijar como límite a los derechos el criterio de viabilidad reconocido en *Casey*<sup>(124)</sup>.

En lo que sí coincide *Dobbs* con *Roe* es que los casos de aborto son diferentes de aquellos en los cuales el tribunal reconoció un derecho a la privacidad: “Lo que distingue claramente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que se basan *Roe* y *Casey* es algo que ambas decisiones reconocieron: el aborto destruye lo que esas decisiones llaman ‘vida potencial’ y lo que la ley en cuestión en este caso considera como la vida de un ‘ser humano por nacer’. Ninguna de las otras decisiones citadas por *Roe* y *Casey* involucró la crítica cuestión moral planteada por el aborto. Por lo tanto, son inapropiados. No apoyan el derecho a obtener un aborto, y por la misma razón, nuestra conclusión de que la Constitución no confiere tal derecho no los socava de ninguna manera”<sup>(125)</sup>.

No encontrándose involucrado un derecho federal, y siendo necesario acomodar intereses diferenciados, la cuestión debe entonces volver al ámbito de la regulación estatal. Dentro de este ámbito, el estándar de validación de cualquier restricción vuelve a ser el criterio genérico de razonabilidad y no el escrutinio estricto: “los estados pueden regular la cuestión del aborto por razones legítimas [...] [y] como cualquier otra ley sobre salud y bienestar presentan una fuerte presunción de validez[,] debiendo ser sostenidas si existe una base racional sobre la cual la legislatura podría haber pensado que serviría a [proteger] los legítimos intereses estatales, entre los cuales se incluyen el respeto y la preservación de la vida prenatal en todas las etapas del desarrollo; la protección de la salud y seguridad maternas; la eliminación de procedimientos médicos particularmente espantosos o bárbaros; la preservación de la integridad de la profesión médica; la mitigación del dolor fetal; y la prevención de la discriminación por motivos de raza, sexo o discapacidad”<sup>(126)</sup>.

En el balance de intereses, la decisión deja en claro que las cargas (“cargas indebidas” según la terminología en *Casey*) que *Roe* identificaba como afectando a la mujer hoy han variado. Frente al argumento de quienes sostienen que “los cambios en la sociedad requieren el reconocimiento de un derecho constitucional a obtener un aborto”, ya que, “sin la disponibilidad del aborto [...], las personas no podrán ejercer su libertad de elegir los tipos de relaciones que desean, y las mujeres no podrán competir con los hombres en el lugar de trabajo y en otras actividades”, señala que “los estadounidenses que creen que el aborto debe restringirse presentan argumentos contrapuestos sobre los desarrollos modernos. Señalan que las actitudes sobre el embarazo de mujeres solteras han cambiado drásticamente; que las leyes federales y estatales prohíben la discriminación por motivos de embarazo; que las licencias por embarazo y parto ahora están garantizadas por ley en muchos casos; que los costos de atención médica asociados con el embarazo están cubiertos por seguros o asistencia gubernamental; que los Estados han adoptado cada vez más leyes de ‘refugio seguro’, que generalmente permiten a las mujeres dejar a los bebés de forma anónima; y que una mujer que hoy da a su recién nacido en adopción tiene pocas razones para temer que el bebé no encontrará un hogar adecuado. También afirman que muchas personas ahora tienen una nueva apreciación de la vida fetal y que cuando los futuros padres que quieren tener un hijo ven una ecografía, normalmente no tienen dudas de que lo que ven es su hija o hijo”<sup>(127)</sup>. En ese

(113) *Dobbs*, Slip Op., p. 12.

(114) *Dobbs*, Slip Op., p. 14.

(115) *Dobbs*, Slip Op., p. 2.

(116) *Dobbs*, Slip Op., p. 16.

(117) *Dobbs*, Slip Op., p. 25. Crítica también a la disidencia y sostiene que esta tampoco logra demostrar que el derecho al aborto se encuentre “profundamente enraizado” en la historia de los Estados Unidos (ídem, p. 35).

(118) *Dobbs*, Slip Op., p. 30.

(119) *Dobbs*, Slip Op., pp. 30-31.

(120) “Nuestra decisión no está basada en ninguna teoría sobre a partir de qué momento un estado debe considerar la vida prenatal como titular de derechos o de intereses legalmente reconocibles” (*Dobbs*, Slip Op., p. 29).

(121) *Dobbs*, Slip Op., pp. 37 y 38.

(122) *Dobbs*, Slip Op., p. 32.

(123) *Dobbs*, Slip Op., p. 37.

(124) “Según la disidencia, la Constitución requiere que los Estados consideren al feto como carente del más básico de los derechos —el derecho a vivir— al menos hasta un momento arbitrario del embarazo. Nada en la Constitución o en las tradiciones de nuestra Nación autoriza a la Corte a adoptar dicha ‘teoría de la vida’” (*Dobbs*, Slip Op., pp. 38-39, el énfasis es del original).

(125) *Dobbs*, Slip Op., p. 32.

(126) *Dobbs*, Slip Op., p. 77. Sobre los estándares de validación de las restricciones, véase Vitolo, A. M., *Regulation...*, cit. *supra*.

(127) *Dobbs*, Slip Op., pp. 33-34.

dilema, señala la Corte que la decisión del balance corresponde al pueblo: “Es hora de hacer caso a la Constitución y devolver el tema del aborto a los representantes electos del pueblo. La permisibilidad del aborto y sus limitaciones deben ser resueltas como las más importantes cuestiones en nuestra democracia: por los ciudadanos tratando de persuadirse unos a otros y luego votando. Eso es lo que exigen la Constitución y el Estado de derecho”<sup>(128)</sup>.

#### 4.2. Los votos concurrentes

Los votos de los jueces Thomas y Kavanaugh brindan razones adicionales a la sentencia, no acompañadas por el resto de los miembros del tribunal que conforman la mayoría.

El juez Thomas, en forma consistente con su posición en casos anteriores, no solo considera que el derecho al aborto no se encuentra “profundamente enraizado en la historia y la tradición de esta Nación” ni “implícito en el concepto de libertad ordenada”, sino que niega la existencia de un debido proceso sustantivo, enfatizando que la garantía constitucional del debido proceso es solo una garantía procesal: “... la Cláusula del debido proceso como mucho garantiza el *proceso*. No prohíbe en absoluto al gobierno, como suponen los casos sobre debido proceso sustantivo de la Corte, infringir ciertos intereses fundamentales de libertad [...] [Por lo tanto,] la resolución de este caso es sencilla. Dado que la cláusula del debido proceso no garantiza ningún derecho sustantivo, no garantiza el derecho al aborto”<sup>(129)</sup>.

En razón de ello, y en contra de lo resuelto por los restantes jueces que conforman la mayoría<sup>(130)</sup>, hace un llamado a que en futuros casos se revisen y corrijan también todos aquellos precedentes que resolvieron reconocer derechos emanados de la cláusula del debido proceso por ser “evidentemente erróneos”<sup>(131)</sup>.

El voto del juez Kavanaugh, a su turno, resalta la neutralidad de la constitución en la cuestión del aborto, razón que exige a los jueces ser neutrales: “En la cuestión del aborto, la Constitución no es ni *pro-life* ni *pro-choice*. La Constitución es neutral y deja el problema para que el pueblo y sus representantes electos lo resuelvan a través del proceso democrático en los Estados o el Congreso, como tantas otras cuestiones difíciles de la política social y económica estadounidense que la Constitución no aborda. Debido a que la Constitución es neutral en el tema del aborto, esta Corte también debe ser escrupulosamente neutral. Los nueve miembros no elegidos de este Tribunal no poseen la autoridad constitucional para anular el proceso democrático y decretar una política de aborto *pro-life* o *pro-choice* para los 330 millones de personas en los Estados Unidos”. Así, critica la postura de *Roe* por haber tomado partido sobre el tema: “La decisión de hoy de la Corte devuelve adecuadamente al tribunal a una posición de neutralidad y restaura la autoridad del pueblo para abordar el tema del aborto a través de los procesos de autogobierno democrático establecidos por la Constitución”<sup>(132)</sup>.

Su postura es enfática en el hecho de que, ante el silencio constitucional, los estados tienen un amplio margen regulatorio, tanto para permitir como para prohibir los abortos, evaluando los intereses en conflicto y asumiendo sus consecuencias<sup>(133)</sup>.

#### 4.3. El voto del presidente del Tribunal

El *Chief Justice* John Roberts, si bien concuerda con la opinión de la Corte al aceptar la validez constitucional de la ley de Mississippi, rechaza la decisión mayoritaria de dejar sin efecto los precedentes sentados en *Roe* y en *Casey* en lo referido a la existencia de un derecho de la mujer a abortar. No obstante, considera errado el criterio de la viabilidad como determinante del momento en que el interés estatal prevalece sobre el de la mujer: “dicha

línea [de razonamiento] nunca tuvo sentido”, proponiendo que el derecho de la mujer “debe extenderse no más allá de asegurarle una razonable oportunidad para decidir, pero no más allá”<sup>(134)</sup>.

#### 4.4. La disidencia

El duro voto disidente de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, en términos generales, reitera los argumentos de *Roe* y *Casey*, indicando que “respetar a una mujer como un ser autónomo y otorgarle plena igualdad significa darle opciones sustanciales sobre la más personal y la más importante de todas las decisiones de la vida”, opciones que consideran son negadas por la postura mayoritaria. Defienden lo resuelto por el tribunal en aquellos casos, “que no hicieron sino establecer un balance, como hace habitualmente la Corte cuando compiten valoraciones y fines”<sup>(135)</sup>. De este modo, la disidencia critica a la mayoría con base en las mismas razones que las sostenidas por los votos controlantes en *Roe* y *Casey*, con relación a los costos y cargas que debe soportar una mujer que es forzada a llevar un embarazo a término; sostiene así que la decisión de la Corte importa “un recorte de los derechos de las mujeres y de su estatus como ciudadanas libres e iguales”<sup>(136)</sup>, acusando al voto mayoritario de aplicar una visión originalista de la Constitución, que lleva a leerla en el modo en que esta era entendida al tiempo de su ratificación, sin considerar los desarrollos a lo largo del tiempo<sup>(137)</sup> y sin tener en cuenta que el “pueblo” que adoptó la Constitución no incluía a las mujeres<sup>(138)</sup>.

Criticando el abandono del precedente, señalando que *Roe* y *Casey* han sido la ley del territorio por décadas, dando forma a las expectativas de las mujeres sobre sus opciones frente a un embarazo no planeado. Las mujeres han confiado en la disponibilidad del aborto, tanto para estructurar sus relaciones como para planificar sus vidas”; y que la decisión mayoritaria tiene “una y solo una razón: el cambio de composición del tribunal”<sup>(139)</sup>.

La minoría también cuestiona la opinión mayoritaria en razón del impacto diferencial que la decisión de devolver la cuestión a los estados tendrá sobre los derechos de las mujeres, y en particular sobre las más pobres, quienes deberán viajar para obtener su derecho al aborto si el estado donde residen no lo admite<sup>(140)</sup>.

Finalmente, los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan expresan su temor de que la decisión del tribunal sea solo el comienzo de un camino que apunta a dejar sin efecto todos los derechos relacionados con el ámbito de las decisiones autónomas, intentando vincular a aquellas decisiones con la cuestión del aborto<sup>(141)</sup>.

En nuestra opinión, los argumentos planteados por la disidencia presentan notorias falencias lógicas. En primer lugar, y tal como señala el voto mayoritario en su crítica al voto disidente, en ningún momento el razonamiento de la disidencia tiene en cuenta los intereses que los estados pueden tener para proteger la vida del no nacido antes de la viabilidad<sup>(142)</sup>. En segundo lugar, todo el razonamiento en la disidencia parte de considerar –tal como hicieron *Roe* y *Casey*– que la mujer tiene un derecho constitucional a abortar enraizado en la historia y la tradición –que no significa que la postura seguida por la mayoría pueda ser considerada “originalista”<sup>(143)</sup>–, cuestión que, como ya

(134) *Dobbs*, voto del presidente del Tribunal, Roberts, Slip Op., p. 1. Su posición es criticada abiertamente por el voto mayoritario: “[su voto] no especifica cuál sería el plazo suficiente para dar [a la mujer] la oportunidad”. Su postura “haría exactamente lo que critica en *Roe*: establecer de la galera [*out of thin air*] un test que ninguna de las partes ni los *amicus* requirieron adoptar”, y que abre la puerta a muchos otros problemas por la ambigüedad del término (*Dobbs*, Slip Op., pp. 72-77).

(135) *Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., pp. 1 y 2.

(136) *Ibidem*, p. 4.

(137) *Ibidem*, pp. 14. y ss.

(138) “[E]l ‘pueblo’ no ratificó la Decimocuarta Enmienda. Fueron los hombres quienes lo hicieron. Por lo tanto, quizás no sea tan sorprendente que quienes ratificaron [la Constitución] no estuvieran perfectamente sintonizados con la importancia de los derechos reproductivos para la libertad de las mujeres, o para su capacidad de participar como miembros iguales de nuestra Nación” (*idem*).

(139) *Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., pp. 5-6. La cuestión es desarrollada luego en el punto II, del voto disidente (pp. 30 y ss.).

(140) *Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., p. 3.

(141) *Ibidem*, p. 4.

(142) *Ibidem*, pp. 11-12.

(143) Sobre esta cuestión, ver en este mismo suplemento García Mansilla, M. J., “Por qué *Dobbs* no es una decisión ‘originalista’”.

(128) *Dobbs*, Slip Op., p. 6.

(129) *Dobbs*, voto concurrente del juez Thomas, Slip Op., p. 1 (el énfasis es del original).

(130) “A fin de asegurar que nuestra decisión no sea malinterpretada, caracterizada erróneamente, enfatizamos que nuestra decisión se refiere al derecho constitucional al aborto y no a otro derecho. Nada en esta opinión debe ser interpretado de modo tal de sembrar dudas respecto de precedentes que no se refieran al aborto” (*Dobbs*, Slip Op., p. 66).

(131) *Dobbs*, voto concurrente del juez Thomas, Slip Op., p. 3.

(132) *Dobbs*, voto concurrente del juez Kavanaugh, Slip Op., pp. 2 y 3.

(133) *Dobbs*, Slip Op., p. 4.

señalamos, fue refutada por el voto mayoritario, sin que la disidencia traiga nuevos argumentos para contrarrestar aquellos<sup>(144)</sup>. En cuanto al impacto diferencial en las mujeres que puede resultar de una diferente regulación del aborto en los distintos estados, si se parte de la inexistencia de un derecho federal –como ya se explicara–, la situación fáctica no es sino consecuencia de la decisión del pueblo norteamericano de conformarse como un estado federal en el que cada uno de los estados particulares se reservó la potestad legislativa, sin que ello pueda dar lugar al agravio constitucional.

Finalmente, y en cuanto a que la decisión de la Corte abre la puerta a dejar sin efecto la jurisprudencia sentada en otros casos sobre el derecho a la privacidad, si bien no es posible hacer futurología, es necesario recordar que esa idea solo fue expuesta por el voto del juez Thomas<sup>(145)</sup>, mientras que la mayoría del Tribunal sostuvo expresamente que la decisión no afecta en manera alguna tales precedentes, toda vez que la situación del aborto es sustancialmente diferente de los restantes casos sobre privacidad<sup>(146)</sup>, por lo que la postura de la minoría en este tema es meramente especulativa y, por ello, carente de toda trascendencia.

## 5. Conclusiones

Son múltiples las cuestiones que la sentencia en *Dobbs* deja para el análisis y queda claro que la problemática del aborto seguirá en el centro del debate constitucional por mucho tiempo.

En primer lugar, la Corte, sin disidencias, ratificó en cada uno de sus votos la importancia de la regla del *stare decisis* como elemento para la seguridad jurídica y el prestigio del tribunal como intérprete final de la Constitución. Sin embargo, las ácidas acusaciones de la minoría de que la mayoría ha violentado con su voto el *stare decisis* aprovechando una mayoría circunstancial siembran dudas acerca de la estabilidad de la doctrina judicial a futuro y de la posibilidad de mantener el prestigio del tribunal, retrotrayéndonos a aquellos momentos cuando el entonces presidente Roosevelt pretendió aumentar el número de miembros de la Corte para lograr así un tribunal que apoyara sus políticas<sup>(147)</sup>. En lo que interpreto una peligrosa tendencia, que no solo ocurre en los Estados Unidos, puede advertirse que toda decisión judicial que

no esté de acuerdo con el pensamiento de quien la analiza es inmediatamente denostada como contraria a la ley o a la Constitución, más allá de los méritos que pueda tener la sentencia.

Menos claro es que exista acuerdo –tanto entre los miembros de la Corte como en los restantes poderes estatales y en el público en general– acerca de la necesidad de la autolimitación judicial en la interpretación de la Constitución. La sentencia vuelve a poner en el centro del debate constitucional el papel del poder judicial en el estado constitucional de derecho y los límites de su función como intérprete final de la Constitución en las sociedades democráticas.

Finalmente, deseo señalar que, si bien la decisión en *Dobbs* es un paso adelante en la protección de la vida prenatal en los Estados Unidos, pues reconoce el interés que pueden tener los estados en protegerla y señala que ese interés no es menor que el que puede existir en proteger la decisión y autonomía de la mujer, no es menos cierto que la Corte ha estado lejos de reconocer la personalidad de la persona por nacer, dejando en claro la importancia que tiene para la estabilidad de los sistemas constitucionales que aquellas cuestiones que generan división y hayan sido producto de los acuerdos queden claramente fijadas en el texto de la constitución, a fin de reducir el margen de discrecionalidad interpretativa tanto de los jueces como de los representantes electos del pueblo.

En síntesis, la sentencia en el caso *Dobbs* puede sin dudas definirse como una sentencia trascendente, como lo fue también *Roe v. Wade* hace casi cincuenta años. Quienes ayer festejaban hoy se lamentan<sup>(148)</sup> y viceversa<sup>(149)</sup>. Solo el tiempo dirá si logra o no asentarse como un precedente sólido o si dará lugar a nuevas batallas, tanto políticas como judiciales.

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

(144) En este aspecto, resulta interesante que la disidencia rechace la utilización del método histórico, que fue el mismo método utilizado por *Roe*. De igual modo, tampoco se entiende el argumento que quita valor a la Constitución por haber sido ratificada solo por hombres, ya que el argumento, de ser válido, afectaría la legitimidad completa de la Constitución.

(145) Véase *supra*.

(146) Véase *supra*.

(147) A partir de la confirmación de la jueza Amy Coney Barrett, diversos referentes políticos han llamado a ampliar el tribunal para frenar su giro conservador. Véase, por ejemplo, Carbonaro, G., "Can Democrats Expand the Supreme Court and How Likely Is it?", *Newsweek*, 29/6/2022; disponible en <https://www.newsweek.com/can-democrats-expand-supreme-court-how-likely-it-1720256> (fecha de consulta: 14/8/2022).

(148) "Con tristeza por esta Corte, pero más, por los muchos millones de mujeres estadounidenses que hoy han perdido una protección constitucional fundamental, disintimos" (*Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., p. 60).

(149) "El aborto presenta una profunda cuestión moral. La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular o prohibir el aborto. *Roe* y *Casey* se arrogaron esa autoridad. Ahora anulamos esas decisiones y devolvemos esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos" (*Dobbs*, Slip Op., p. 79).