

Un análisis del fallo *Dobbs*

Activismo judicial, política y federalismo^(*)

por IGNACIO COLOMBO MURÚA^(**)

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)⁽¹⁾, la Suprema Corte de los Estados Unidos dejó sin efecto los precedentes *Roe vs. Wade* (1973)⁽²⁾ y *Casey vs. Planned Parenthood*(1992)⁽³⁾. 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 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.

(*) 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)⁽⁴⁾, *Lawrence* (actos sexuales entre personas del mismo sexo)⁽⁵⁾, *Obergefell* (matrimonio igualitario)⁽⁶⁾, 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⁽⁷⁾. 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⁽⁸⁾.

(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)⁽⁹⁾. 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⁽¹⁰⁾.

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”—⁽¹¹⁾. 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⁽¹²⁾. 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’”⁽¹³⁾.

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⁽¹⁴⁾. 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⁽¹⁵⁾. 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⁽¹⁶⁾.

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^(*)

“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”*⁽¹⁾.

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 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*⁽²⁾ dejó sin efecto dos de sus célebres decisiones previas en materia de aborto: (i) *Roe v. Wade*⁽³⁾ y (ii) *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*⁽⁴⁾, 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.

(*) 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).