

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*⁽¹⁾ 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*⁽²⁾ y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*⁽³⁾ 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; *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.

(* 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⁽⁴⁾ 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”⁽⁵⁾, 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”⁽⁶⁾ y que, por ello, su seguimiento (cuando se trata de *binding precedents*⁽⁷⁾) 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⁽⁸⁾, pero que expresa ideas que ya pueden encontrarse en “la obra” fundamental del derecho anglosajón, citada incluso en *Dobbs v. Jackson*⁽⁹⁾, y escrita por uno de los juristas más destacados del siglo XVIII, sir William Blackstone⁽¹⁰⁾; los *Commentaries on the Laws of England*⁽¹¹⁾.

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⁽¹²⁾, cuando afirmaba la bondad de razonar “*a similibus ad similia*”, es decir, a partir de los casos anteriores similares⁽¹³⁾–, 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”⁽¹⁴⁾.

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⁽¹⁵⁾, 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”⁽¹⁶⁾.

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”⁽¹⁷⁾, que fundamentalmente a través del propio Blackstone llegó a los *framers* y luego a los juristas americanos como parte integrante de ese *Common Law*⁽¹⁸⁾, 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*⁽¹⁹⁾, donde incluso se destaca a los *Commentaries* como la “exposición más satisfactoria del common law de Inglaterra”⁽²⁰⁾.

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”⁽²¹⁾.

[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”⁽²²⁾; “*like cases should be decided alike*”⁽²³⁾), además de apoyarse en imperativos esenciales del Estado de Derecho⁽²⁴⁾ que reclaman la imparcialidad judicial y exigen garantizar la previsibilidad y la confianza –en otras palabras, la seguridad jurídica⁽²⁵⁾–, 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*”⁽²⁶⁾, 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*”⁽²⁷⁾ y “*Barreto*”⁽²⁸⁾.

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⁽²⁹⁾.

Sin desconocer la importancia de esos autores –Neil McCormick, 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*)⁽³⁰⁾, 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.), *Rehabilitation 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⁽³¹⁾).

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”⁽³²⁾; 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”⁽³³⁾, 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⁽³⁴⁾.

Dado que en otro lugar me he ocupado de los “prolegómenos” de una teoría de los precedentes⁽³⁵⁾, 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⁽³⁶⁾, 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⁽³⁷⁾; 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⁽³⁸⁾.

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⁽³⁹⁾ y que, por ello, deben siempre ser tenidos en

cuenta⁽⁴⁰⁾, 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*”⁽⁴¹⁾, “*from case to case*”⁽⁴²⁾.

Alguien podría objetar que tal procedimiento era forzoso, ante la naturaleza de la cuestión por la cual se concedió el *certiorari*⁽⁴³⁾, 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⁽⁴⁴⁾, 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⁽⁴⁵⁾. Como un lector atento podrá advertirlo, no otra cosa hizo la Corte Suprema de Justicia argentina al fallar en el caso “F.A.L.”⁽⁴⁶⁾, 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”⁽⁴⁷⁾, 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*”⁽⁴⁸⁾.

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”⁽⁴⁹⁾, 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”⁽⁵⁰⁾), 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’”⁽⁵¹⁾, 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*”⁽⁵²⁾, 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”⁽⁵³⁾, 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*”⁽⁵⁴⁾. 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⁽⁵⁵⁾.

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*”⁽⁵⁶⁾, 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”⁽⁵⁷⁾. 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”⁽⁵⁸⁾.

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”⁽⁵⁹⁾, “muy buena razón” que –se entiende– proporcionará la “justificación especial” que torna aceptable el *overruling*⁽⁶⁰⁾ (lo cual explica por qué también la disidencia apela a la fórmula de que el *stare decisis* “por supuesto” no es un “*inexorable command*”⁽⁶¹⁾).

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*⁽⁶²⁾, van a sentenciar con aspereza, y reiteradamente, “*we dissent*”⁽⁶³⁾ (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⁽⁶⁴⁾, conviene regresar al principio, a los *Commentaries*.

Hemos visto ya que Blackstone, en su preocupación por prevenir “*the arbitrary caprice of the judge*”⁽⁶⁵⁾, 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*”⁽⁶⁶⁾.

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*”⁽⁶⁷⁾. Por ello, al abandonar tal precedente el juez no estará “creando un nuevo derecho, sino librando”⁽⁶⁸⁾ al viejo de su falsa representación⁽⁶⁹⁾. Entonces “la doctrina del derecho es ésta: que los precedentes y las reglas deben ser seguidas, salvo que sean claramente absurdas o injustas”⁽⁷⁰⁾.

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⁽⁷¹⁾), 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⁽⁷²⁾, 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⁽⁷³⁾, 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”⁽⁷⁴⁾, 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⁽⁷⁵⁾– no constituya evidencia de “lo que es derecho”⁽⁷⁶⁾ (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”⁽⁷⁷⁾), se advierte la inevitabilidad del ya aludido “test de corrección” a la hora de operar con estas *authorities*⁽⁷⁸⁾, pues el *stare decisis* no es absoluto, no es un “chaleco de fuerza”⁽⁷⁹⁾ y además los jueces, como decía Larenz, no pueden “aplicar ciegamente” los precedentes⁽⁸⁰⁾.

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*⁽⁸¹⁾. 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”⁽⁸²⁾) 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”⁽⁸³⁾, 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⁽⁸⁴⁾ (“*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⁽⁸⁵⁾, 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⁽⁸⁶⁾– es la que permite distinguir entre el precedente meramente defectuoso, pero que conserva su validez⁽⁸⁷⁾, y el precedente que por haber atravesado el “umbral de la incompatibilidad con la justicia”⁽⁸⁸⁾ carece de toda autoridad y no puede ser reconocido como derecho válido⁽⁸⁹⁾ 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*⁽⁹⁰⁾ y *Plessy v. Ferguson*⁽⁹¹⁾.

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”⁽⁹²⁾ 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*”]⁽⁹³⁾, que representaba un “abuso de la autoridad judicial” y cuyo razonamiento era “excepcionalmente débil”, materializando una decisión con “consecuencias perjudiciales”⁽⁹⁴⁾.

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”⁽⁹⁵⁾, 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”⁽⁹⁶⁾; b) vinculado con esto último, sus errores en la exposición de la historia del *Common Law* y del derecho americano⁽⁹⁷⁾, que incluyeron la invocación de publicaciones sin valor científico⁽⁹⁸⁾, lo cual condujo a una “narrativa histórica errónea”⁽⁹⁹⁾; y c) la ausencia de precedentes anteriores relevantes que pudiesen justificar un derecho al aborto⁽¹⁰⁰⁾, 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”⁽¹⁰¹⁾.

Sentada la grave incorrección del precedente⁽¹⁰²⁾, 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*”⁽¹⁰³⁾, representando una decisión que implica “ejercer un gran poder”⁽¹⁰⁴⁾. 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*”⁽¹⁰⁵⁾, 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⁽¹⁰⁶⁾.

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”⁽¹⁰⁷⁾, 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⁽¹⁰⁸⁾.

(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⁽¹⁰⁹⁾, 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⁽¹¹⁰⁾. 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⁽¹¹¹⁾ 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⁽¹¹²⁾, o por su reiteración⁽¹¹³⁾).

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⁽¹¹⁴⁾; 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 estaduales. Frente a ella, la mayoría niega que tal derecho tenga asidero en la Constitución y reivindica las competencias de las legislaturas estaduales 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’”⁽¹¹⁵⁾, de “terminar con la ‘vida’ o ‘la vida potencial’”⁽¹¹⁶⁾–.

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”⁽¹¹⁷⁾. 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*”⁽¹¹⁸⁾ 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 estaduales represivas del aborto (p. 29).

(118) *Ibidem*, p. 38.

ni el conocimiento para decidir” sobre el “*status of the fetus*”⁽¹¹⁹⁾—, en definitiva sus integrantes incurrieron en el mismo “*minimalismo judicial*” que le atribuyen al voto concurrente del *Chief Justice Roberts*⁽¹²⁰⁾, 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*⁽¹²¹⁾ (que por su fundamentalidad no pueden quedar desprotegidos, a merced de aquellas), y abriendo así la puerta a regulaciones estaduales incluso menos restrictivas⁽¹²²⁾ 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*”⁽¹²³⁾ 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⁽¹²⁴⁾, un ajuste que es necesario por encontrarse en juego directamente la “*prioridad de las personas*”⁽¹²⁵⁾ 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⁽¹²⁶⁾), “los jueces de los distintos tribunales de justicia [...] son los depositarios de las leyes [...]”⁽¹²⁷⁾, siendo su misión más fundamental la de “decir qué es derecho”⁽¹²⁸⁾.

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^(*)

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*⁽¹⁾ (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⁽²⁾), 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.

(*) 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).