

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 estatales 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).

múltiples cláusulas constitucionales, era suficientemente amplio para incluir la decisión de una mujer de terminar o no su embarazo, reconociendo así un nuevo derecho implícito protegido por su constitución.

La cuestión del aborto, que hasta pocos años antes no había generado mayores controversias, se transformó a partir de aquellas decisiones en uno de los principales y más divisivos temas del debate jurídico y político, tanto en los Estados Unidos como en el resto del mundo. Las palabras de Alexis de Tocqueville: “no hay casi ninguna cuestión política en los Estados Unidos que no se convierta, tarde o temprano, en una cuestión judicial”⁽³⁾ mantienen hoy plena actualidad.

Desde entonces, las diferencias entre quienes defienden el derecho a la vida del niño por nacer (*pro-life*, en la jerga norteamericana) y quienes defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y como parte de él su derecho a abortar (*pro-choice*) dividieron las aguas y oscurecieron en gran medida el debate racional⁽⁴⁾.

Las campañas políticas en los Estados Unidos no pudieron soslayar el tema. A cada candidato a presidente se le preguntaba su postura sobre el fallo, transformándose la cuestión del aborto en uno de los temas clave de las campañas electorales⁽⁵⁾. Lo mismo ocurría con los candidatos nominados para integrar la Corte Suprema. En las audiencias de confirmación la pregunta sobre su visión acerca de la jurisprudencia sentada en el caso *Roe v. Wade* resultaba inexorable.

En 1992, en *Planned Parenthood v. Casey*⁽⁶⁾, la Corte Suprema ratificó, si bien con algunas diferencias, y mayorías más exiguas, el *holding*⁽⁷⁾ central de *Roe*.

La cuestión se volvió más álgida en los últimos años. Tanto en la campaña presidencial de 2016 como en la última campaña de 2020, los candidatos se comprometieron a designar en la Corte candidatos alineados con sus visiones y dispuestos a dejar sin efecto (Trump⁽⁸⁾) o sostener (Clinton⁽⁹⁾ y Biden⁽¹⁰⁾) la doctrina sentada por la Corte Suprema.

La sorpresiva muerte del juez Antonin Scalia sobre el fin del mandato del presidente Obama, la renuncia de Anthony Kennedy y la muerte de Ruth Bader Ginsburg, esta última en los últimos meses de la presidencia de Donald Trump, le abrieron a este la posibilidad de nombrar (no sin poca controversia política⁽¹¹⁾) tres nuevos jueces en la Corte Suprema, los jueces Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett, conformándose así una nueva mayoría conservadora⁽¹²⁾.

(3) De Tocqueville, A., *Democracy in America* (trad. Reeve, H.) Cap. XVI, Parte 1 The Project Gutenberg [eBook], 1997, disponible en <https://www.gutenberg.org/files/815/815-h/815-h.htm> (fecha de consulta: 4/8/2022), citado por Cox, A., *The role of the Supreme Court in American Government*, Nueva York, Oxford University Press, 1975, p. 1.

(4) Es necesario señalar que, conforme el sistema judicial norteamericano, la interpretación que realiza la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre una cuestión constitucional resulta obligatoria para todos los tribunales inferiores en casos similares, doctrina conocida como *stare decisis*.

(5) Véase Klif, S., “How abortion became a political litmus test”, *The Washington Post*, 24/10/2011, disponible en https://www.washingtonpost.com/blogs/ezra-klein/post/how-abortion-became-a-political-litmus-test/2011/10/24/gIQAwwOdOCM_blog.html (fecha de consulta: 4/8/2022).

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

(7) La doctrina del *stare decisis* en los Estados Unidos exige distinguir en las sentencias aquellos razonamientos que hacen al núcleo de la decisión (*holding* o también, en la doctrina latina, *ratio decidendi*), y que conforman la doctrina legal de seguimiento obligatorio, de aquellos otros razonamientos laterales (*dicta*) que no poseen el mismo carácter vinculante.

(8) Mangan, D., “Trump: I’ll appoint Supreme Court justices to overturn *Roe v. Wade* abortion case”, *CNBC*, 19/10/2016, disponible en <https://www.cnn.com/2016/10/19/trump-ill-appoint-supreme-court-justices-to-overturn-roe-v-wade-abortion-case.html> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(9) BallotPedia, “Hillary Clinton presidential campaign, 2016/Supreme Court vacancy”, disponible en https://ballotpedia.org/Hillary_Clinton_presidential_campaign,_2016/Supreme_Court_vacancy (fecha de consulta: 4/8/2022).

(10) Véase en la cuenta de Twitter de Joe Biden: <https://twitter.com/JoeBiden/status/1313283330486476801?s=20&t=1HyhN6eaZfMmYRiNOPvVHA> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(11) A la muerte del juez Scalia, el presidente Obama nominó para reemplazarlo a Merrick Garland (actual secretario de Justicia). Sin embargo, la mayoría republicana en el Senado bloqueó su postulación con el argumento de que en un año electoral correspondía esperar el cambio de gobierno. A la muerte de la jueza Ginsburg, la misma mayoría republicana apuró la confirmación de la jueza Amy Coney Barrett.

(12) De los tres jueces reemplazados, Antonin Scalia tenía una fuerte impronta conservadora, habiendo planteado en reiteradas ocasiones la necesidad de dejar sin efecto la jurisprudencia del caso *Roe v. Wade*.

Solo era cuestión de esperar que alguno de los muchos casos en los que se debatían cuestiones relacionadas con el aborto tuviera su “día en la corte”. Y la oportunidad llegó durante el año judicial que acaba de concluir. En diciembre pasado, la Corte Suprema escuchó los alegatos finales en *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, un caso en donde se debatía la validez constitucional de una ley del estado de Mississippi que prohibía los abortos a partir de la decimoquinta semana de gestación, con excepciones para los casos de peligro en la vida y la salud de la madre. Los argumentos presentados tanto en los escritos como en el debate oral fueron álgidos⁽¹³⁾. La cuestión sobre si la jurisprudencia de *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey* debía ser reafirmada o revocada se trató abiertamente y constituyó el centro de la discusión. Ninguna de las partes estaba dispuesta a aceptar nada menos⁽¹⁴⁾. El interés y trascendencia del caso se reflejaron en los 142 escritos presentados por diferentes “amigos del tribunal”, en apoyo de una u otra postura⁽¹⁵⁾.

Hace poco más de un mes, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso⁽¹⁶⁾. El proceso desde la audiencia oral no fue tranquilo. A las especulaciones sobre cuál sería la postura del tribunal, se sumó que un par de semanas antes de darse a conocer la decisión un portal de noticias tuvo acceso y filtró el primer borrador del voto mayoritario, situación extraña –e ilegal– y que innegablemente demostraba lo mucho que había en juego⁽¹⁷⁾. La sentencia, por una exigua mayoría de cinco votos⁽¹⁸⁾, dejó sin efecto la jurisprudencia de *Roe* y *Casey*, sosteniendo que el razonamiento en que se basaron aquellas decisiones era “atrozmente errado”⁽¹⁹⁾, lo cual exigía dejar sin efecto la doctrina legal sentada en tales precedentes⁽²⁰⁾. Así, resolvió:

“Sostenemos que *Roe* y *Casey* deben ser dejados sin efecto. La Constitución no hace referencia al aborto, y dicho derecho no está protegido implícitamente por ninguna disposición constitucional, incluida aquella en la que ahora se basan principalmente los defensores de *Roe* y *Casey*: la Cláusula del Debido Proceso de la Decimo-

tando en disidencia en el caso *Casey*, que reafirmó el *holding* central de *Roe*. La jueza Ruth Bader Ginsburg era una ferviente defensora del derecho de la mujer a abortar, tal como lo expuso en sus audiencias de confirmación ante el Senado de los Estados Unidos. Por su parte, el juez Anthony Kennedy, considerado un moderado, conformó la mayoría en el caso *Casey*. Los tres nuevos jueces son claramente de orientación conservadora y se suman a los jueces, también conservadores, Thomas (nominado por George Bush), Alito y al presidente de la Corte, Roberts, ambos nominados por George W. Bush. Desde entonces, el juez Stephen Breyer, uno de los votos disidentes en *Dobbs* y considerado un liberal moderado, se ha retirado del tribunal, siendo reemplazado por la jueza Ketanji Brown Jackson, identificada como liberal.

(13) La transcripción de la audiencia oral puede encontrarse en https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf (fecha de consulta: 4/8/2022).

(14) Cada una de las partes expuso el planteo en términos inequívocos. El representante del estado de Mississippi dijo: “Este tribunal debe dejar sin efecto [overrule] *Roe* y *Casey* y sostener la validez de la ley estatal” (véase transcripción citada en la nota anterior, p. 5). Por su parte, el alegato escrito de la clínica sostuvo que la Corte debía o bien reafirmar la jurisprudencia o bien revocarla, señalando que “no hay medidas intermedias”, postura reiterada en la audiencia oral (ídem, p. 63).

(15) Cada uno de ellos puede encontrarse en el expediente electrónico de la causa (<https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html>; fecha de consulta: 4/8/2022).

(16) *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al*, Slip Op. - 597 U. S. ____ (2022).

(17) El primer borrador del voto mayoritario fue divulgado por el portal de noticias *Politico.com* (Gerstein, Josh y Ward, Alexander, “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, el 2/5/2022, disponible en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>; fecha de consulta: 4/8/2022), situación que motivó que la Corte Suprema deplorara el hecho e iniciara una investigación (Breuninger, K., “Supreme Court says leaked abortion draft is authentic; Roberts orders investigation into leak”, *CNBC*, 5/3/2022, disponible en <https://www.cnn.com/2022/05/03/supreme-court-says-leaked-abortion-draft-is-authentic-roberts-orders-investigation-into-leak.html>; fecha de consulta: 4/8/2022).

(18) La opinión de la Corte es expuesta por el voto del juez Alito, con quien concurren los jueces Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett. Los jueces Thomas y Kavanaugh emiten sendos votos concurrentes ampliando los fundamentos. El presidente del tribunal, el juez Roberts, emite una opinión concurriendo en el resultado (pero sin concurrir en la decisión de dejar sin efecto el precedente sentado en *Roe v. Wade*). Los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan emiten un voto conjunto disidente.

(19) “Egregiously wrong” en el texto original en idioma inglés (*Dobbs*, Slip Op., p. 6).

(20) El voto mayoritario dedica casi un tercio de la decisión a explicar cuáles son las razones que, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, llevan a la necesidad de dejar sin efecto la doctrina sentada en un caso anterior.

cuarta Enmienda. Se ha sostenido que dicha disposición garantiza algunos derechos que no se mencionan en la Constitución, pero tal derecho debe estar ‘profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación’ e ‘implícito en el concepto de libertad ordenada’. El derecho a abortar no encuadra en esta categoría⁽²¹⁾.

Ni bien se conoció la sentencia, los grupos que defienden la existencia de un derecho al aborto la criticaron duramente, considerándola un retroceso en los derechos reproductivos de las mujeres⁽²²⁾. Por su parte, los grupos *pro-life* expresaron su júbilo por la decisión, considerando que constituye un gran paso adelante en la protección de la vida del niño por nacer⁽²³⁾.

Más allá de las diferentes posturas sobre la sentencia, creo necesario realizar un análisis desapasionado de la decisión y de los fundamentos en los que se sustenta el razonamiento del tribunal, para facilitar su comprensión y, particularmente, para que podamos extraer de él reglas y principios que nos ayuden al debate en nuestro país, debate no menos álgido.

Y para ello debemos poner la decisión en contexto, ya que, de lo contrario, podríamos confundir sus verdaderos alcances. Como se ha señalado: “las opiniones de los jueces de la Corte Suprema [de los Estados Unidos] se redactan dentro de un marco institucional particular y se encuentran diseñadas para servir ciertas funciones sociales, políticas y, por supuesto, legales”⁽²⁴⁾. Por otra parte, es necesario ser muy cuidadosos cuando en un sistema jurídico se recurre al derecho comparado para validar los razonamientos nacionales, ya que la descontextualización de la decisión puede llevar a conclusiones erradas⁽²⁵⁾.

(21) *Dobbs*, Slip Op., p. 5.

(22) Ver, entre otros, la declaración del presidente Biden, J., “Remarks by President Biden on the Supreme Court Decision to Overturn *Roe v. Wade*”, 24/6/2022 (disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/06/24/remarks-by-president-biden-on-the-supreme-court-decision-to-overturn-roe-v-wade/>; fecha de consulta: 4/8/2022); las declaraciones de Planned Parenthood Federation of America, “Es momento de mostrar tu desacuerdo” (disponible en https://www.plannedparenthoodaction.org/es/rightfully-ours/basta-de-controlarnos?_ga=2.244016965.1565373642.1658835006-1639199246.1658835006; fecha de consulta: 4/8/2022), de la American Civil Liberties Union (ACLU), “Court Cases: *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*”, 27/5/2022 (disponible en <https://www.aclu.org/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization>; fecha de consulta: 4/8/2022). A su vez, algunos referentes académicos consideraron la decisión como “profundamente perturbadora” (véase, por ejemplo, declaración del presidente rector de la Universidad de Yale, Salovey, P., “Supreme Court Decision in *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*”, 24/6/2022 (disponible en <https://president.yale.edu/president/statements/supreme-court-decision-dobbs-v-jackson-womens-health-organization>; fecha de consulta: 4/8/2022). El impacto de la decisión llevó incluso a la crítica de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, quien consideró que la decisión “representa el mayor revés a la protección de los derechos y la salud sexual y reproductiva en ese país, tras cinco décadas de vigencia de la sentencia *Roe v. Wade*”, y que “se trata de un duro golpe a los derechos humanos de las mujeres y a la igualdad de género” (Bachelet, M., “Declaración de Michelle Bachelet relativa al fallo del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el caso de *Dobbs vs Jackson Women’s Health Organization*”, Naciones Unidas, 24/6/2022, disponible en <https://www.ohchr.org/es/statements/2022/06/bachelet-us-ruling-dobbs-v-jackson-womens-health-organization>; fecha de consulta: 4/8/2022).

(23) National Right to Life Committee (NRLC), “National Right to Life Praises the Supreme Court’s Decision in *Dobbs v. Jackson Today’s Ruling Overturns High Court’s 1973 Roe v. Wade Decision*”, 24/6/2022, disponible en <https://www.nrlc.org/communications/dobbs/> (fecha de consulta: 12/8/2022); <https://aui.org/supremecourt/dobbs-v-jackson-womens-health/> (fecha de consulta: 14/8/2022). En forma similar se expresaron diferentes referentes políticos. El gobernador de Tennessee sostuvo: “Estados Unidos tiene una oportunidad histórica de apoyar a las mujeres, los niños y a las familias sólidas, mientras reconcilia el dolor y la pérdida causados por [la sentencia] *Roe v. Wade*. Hemos pasado años preparándonos para la posibilidad de que la autoridad regrese a los estados, y las leyes de Tennessee brindarán la máxima protección posible tanto para la madre como para el niño” (<https://www.tn.gov/governor/news/2022/6/24/gov-bill-lee-statement-on-dobbs-ruling.html>); fecha de consulta: 4/8/2022).

(24) Van Gael, T. R., *Understanding Supreme Court Opinions*, segunda edición, Nueva York, Longman, 1997, p. xii.

(25) La referencia al derecho comparado, y en particular al derecho jurisprudencial de los Estados Unidos ha sido una constante en nuestro país desde nuestros orígenes como nación independiente. Basta solo recordar la célebre polémica sobre esta cuestión entre Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento. Véase, entre otros, Miller, J., “The authority of a foreign talisman: A study of U. S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine’s elite leap of faith”, *46 Am. U. L. Rev.* 1487 (1997); Rosenkrantz, C., “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autorizados’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, octubre 2005, pp. 71-96, disponible en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-1-10ctubre2005/061Juridica04.pdf (fecha de consulta: 6/8/2022).

En la primera parte de este trabajo señalaré tres características del sistema constitucional norteamericano que conforman el marco estructural a partir del cual debemos analizar la jurisprudencia de aquel país en la cuestión del aborto, centrándome en la visión contractualista de su constitución, en el rol que juega en ella la enumeración de derechos y la existencia (o no) de derechos no enumerados y en el impacto que tiene sobre esa cuestión la estructura federal de su gobierno. En la segunda parte analizaré brevemente las sentencias *Roe* y *Casey*, para entender cómo llega la Corte Suprema a fijar la doctrina legal hoy dejada sin efecto en el caso *Dobbs*. La tercera parte de este trabajo estará dedicada a analizar esta última decisión para, en la cuarta parte, esbozar algunas conclusiones preliminares respecto de la sentencia y sus consecuencias a futuro.

2. Características estructurales del constitucionalismo norteamericano

2.1. La Constitución como contrato

Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, el rol de la Constitución federal y, en particular, de su declaración de derechos, en el ordenamiento jurídico norteamericano. No alcanza para una correcta interpretación sostener simplemente que ella es “ley suprema del territorio”⁽²⁶⁾.

La organización jurídico-política de los Estados Unidos se basa en dos pilares fundamentales: la democracia republicana y el federalismo o, dicho de otro modo, en el poder democrático del pueblo ejercido a través de un gobierno de potestades limitadas y en la igualdad jurídica y autonomía de los estados que conforman la Unión.

Partiendo desde allí, debemos considerar a la Constitución de los Estados Unidos como el documento que sella el acuerdo político que procura conciliar los distintos intereses en juego. Conforme este acuerdo, el gobierno federal es un gobierno de potestades limitadas, el poder no delegado se mantiene en cabeza de cada uno de los estados particulares⁽²⁷⁾, y la soberanía del pueblo (y, particularmente, del pueblo de cada uno de los estados) es quien delimita el alcance de los derechos individuales y su regulación⁽²⁸⁾.

La idea de la limitación del poder como garantía de la libertad es, entonces, una cuestión central en el diseño constitucional federal de los Estados Unidos. Sus antecedentes se remontan siglos atrás a la Carta Magna británica de 1215, por la cual el monarca se limita, contractualmente y por escrito, a respetar determinados derechos de los señores feudales, principio que se desarrolla y extiende en el *Bill of Rights* de 1689. Los emigrados religiosos que dieron origen a las colonias británicas en América del Norte estaban profundamente imbuidos de este pensamiento, y así lo plasmaron en las cartas que regularon su relación con la metrópoli, acordando límites al derecho del monarca y del Parlamento para interferir con las libertades individuales⁽²⁹⁾. Todos estos documentos establecieron mandatos negativos al poder real con el fin de proteger las libertades de los colonos.

Estas reglas se mantuvieron y reforzaron a partir del movimiento emancipador. Las colonias –luego devenidas en estados–, tanto antes como después de la Declaración de la Independencia, fueron adoptando declaraciones de derechos que tenían como fundamento limitar al –ahora– poder democrático, reconociendo expresamente ciertas libertades individuales que ni siquiera una mayoría popular podría violentar. Entre estas debemos destacar especialmente la Declaración de Derechos de Virginia del mismo año 1776⁽³⁰⁾ que servirá de antecedente directo al *Bill of Rights* incorporado a la Constitución de los Estados Unidos por las primeras diez enmiendas en 1791.

(26) Constitución de los Estados Unidos, Artículo VI.

(27) Constitución de los Estados Unidos, Enmienda X: “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados o al pueblo, respectivamente”.

(28) Constitución de los Estados Unidos, Enmienda IX.

(29) Entre tales documentos, podemos destacar el Cuerpo de Libertades de Massachusetts del año 1641 (disponible en <https://www.mass.gov/doc/1641-massachusetts-body-of-liberties/download>; fecha de consulta: 4/8/2022), la Carta de Libertades de Nueva York de 1683 (disponible en https://history.nycourts.gov/wp-content/uploads/2019/01/Publications_Charter-Liberties-1683-Transcript-compressed.pdf; fecha de consulta: 4/8/2022) y la de Pennsylvania de 1684 (disponible en https://avalon.law.yale.edu/17th_century/pa03.asp; fecha de consulta: 4/8/2022).

(30) Véase <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights#:~:text=Virginia's%20Declaration%20of%20Rights%20was,Convention%20on%20June%201776> (fecha de consulta: 1/7/2022).

Todos estos documentos, si bien afirman expresamente que los derechos individuales derivan de la naturaleza del hombre –como también lo hace la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos⁽³¹⁾– no se atreven a reconocer que tales derechos “naturales” puedan ser exigidos individualmente por sobre la voluntad democrática y soberana del pueblo. Archibald Cox advierte la contradicción que plantea esta situación: “la creencia en derechos naturales y en la ley natural se encontraba fuertemente enraizada en el pensamiento americano del siglo XVIII, más allá de la incertidumbre acerca de si su fuente era el Rey de Reyes y Señor de toda la Tierra, las máximas inmutables de la razón y la justicia, o la sabiduría acumulada de la *common law* inglés [...] Junto con [este] compromiso con la ley natural se desarrolló una igualmente profunda, pero lógicamente inconsistente, convicción de que el pueblo es la fuente de todo poder legítimo, que los gobiernos son los agentes del pueblo, y que el pueblo, expresándose a través de las mayorías, tiene derecho a trabajar su voluntad”⁽³²⁾.

La falta en el texto original de la Constitución de una declaración de derechos que limitara al poder federal fue, precisamente, lo que casi determina su rechazo por los estados durante el proceso de ratificación. Tal omisión, se decía, permitiría al gobierno federal avasallar sin frenos las libertades de los habitantes de los diferentes estados, a pesar de cualquier disposición que pudieran contener las constituciones estatales, toda vez que el derecho federal, conforme el diseño constitucional, prevalecía sobre el local⁽³³⁾.

Así fue como el Congreso rápidamente aprobó las primeras diez enmiendas a la Constitución que, tras su ratificación por los estados, se incorporaron al texto constitucional en 1791. Estas enmiendas limitaron los poderes del gobierno federal, impidiéndole actuar sobre determinados ámbitos de libertades reconocidas⁽³⁴⁾.

En particular, la Novena Enmienda se preocupó en señalar que “la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no se interpretará en el sentido de negar o menospreciar otros [derechos] retenidos por el pueblo”, reforzando de este modo el principio de soberanía del pueblo y preservando las potestades estatales en la regulación de los derechos⁽³⁵⁾.

De este modo, podemos ver que la incorporación de la declaración de derechos al texto constitucional no fue sino el reflejo de los acuerdos políticos alcanzados por la sociedad norteamericana al organizarse jurídica y políticamente como una nación independiente. Como ya expresáramos, al reconocer derechos, la Constitución los quita del debate democrático, evitando que una mayoría circunstancial del cuerpo legislativo, o el Poder Ejecutivo,

pueda violentarlos pasando por encima de los derechos de las minorías⁽³⁶⁾, más allá de la posibilidad de reglamentar tales derechos en aras del bienestar general por aplicación del poder de policía⁽³⁷⁾. Como se ha dicho, “un derecho define un área donde el público no puede entrar”⁽³⁸⁾. Por su parte, aquellos derechos que no resultan de la Constitución quedan reservados a la decisión democrática y soberana del pueblo y, particularmente, del pueblo de los estados (como antes quedaban sujetos a la decisión del monarca). Y debemos partir de esta concepción para comprender cabalmente la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *Dobbs*.

2.2. Los derechos implícitos

A partir del reconocimiento de ciertos derechos enumerados en el texto constitucional norteamericano, resulta necesario determinar si la Constitución protege otros derechos no enumerados, de modo tal que también se encuentren sujetos a similares reglas, esto es, que no puedan ser alterados por una mayoría ocasional.

La cuestión plantea un complejo problema de interpretación constitucional. ¿Cuál debe ser el criterio a seguir a fin de resolver el interrogante? ¿Cuál es la teoría adecuada de interpretación constitucional? El problema se potencia si consideramos la relativa rigidez de la Constitución y la mutabilidad y evolución social⁽³⁹⁾. ¿Cómo mantener la vigencia de la Constitución a lo largo del tiempo, en una sociedad en constante cambio?

La interpretación constitucional debe, necesariamente, desarrollar una teoría coherente que permita brindar respuesta a estos interrogantes. Es imposible que la Constitución abarque todas las posibles situaciones y es fundamental que la teoría utilizada sea consistente para evitar afectar la legitimidad de la Corte Suprema. Tal como señala Archibald Cox, “vale la pena hacer el esfuerzo de articular principios, dado que la capacidad de racionalizar las decisiones en términos de fuentes convencionales del derecho es una de las fuentes de aceptación y apoyo del pueblo”⁽⁴⁰⁾.

El juez Marshall, en una sentencia frecuentemente citada, nos brinda una primera regla: “no debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución [...] Su naturaleza requiere que solo sus grandes lineamientos sean puestos de resalto, sus importantes objetivos definidos, y los ingredientes menores que componen tales objetivos sean deducidos de su propia naturaleza”⁽⁴¹⁾.

Considerando la limitada legitimación democrática que poseen los jueces en el sistema norteamericano, y su papel como intérpretes finales de la Constitución⁽⁴²⁾, la prudencia de la actuación judicial deviene un componente esencial en un gobierno republicano y democrático y con controles recíprocos fuertes. De este modo, el juez, al resolver un caso (y en el caso de la Corte Suprema, al sentar

(31) “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados...”, disponible en <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(32) Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, pp. 31-32.

(33) Los antifederalistas se negaron a ratificar la Constitución hasta que existiera un compromiso para incorporar a la Constitución una declaración de derechos que limite el poder del gobierno federal. En una postura contraria se encontraba Alexander Hamilton, quien en *El Federalista* §84 considera innecesario incorporar una declaración de derechos en el texto constitucional: “Se ha observado con razón varias veces que las declaraciones de derechos son originalmente pactos entre los reyes y sus súbditos, disminuciones de la prerrogativa real en favor de fueros, reservas de derechos que no se abandonan al príncipe [...] Es evidente [que estas reglas] [...] no tienen aplicación en el caso de las constituciones, las cuales se fundan por hipótesis en el poder del pueblo y se cumplen por sus representantes y servidores inmediatos. Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso, y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular”. Para un detallado debate sobre este punto, véase Labunski, R., *James Madison and the struggle for the Bill of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2006; véase también Maier, P., *Ratification, the People debate the Constitution (1787-1788)*, Nueva York, Simon & Schuster, 2010.

(34) Es interesante ver como las diferentes enmiendas se encuentran redactadas en su mayoría como mandatos negativos, como una limitación al poder federal que como una afirmación expresa de derechos individuales.

(35) Es mucho lo que se ha debatido sobre el alcance de esta enmienda. La Corte Suprema, sin perjuicio de citarla en diversas decisiones como refuerzo argumental, ha sido reacia a reconocerle valor como fuente autónoma de derechos: “La Novena Enmienda obviamente no crea derechos exigibles a nivel federal” (*Doe v. Bolton*, cit., p. 409, voto concurrente del juez Douglas). Véase también, Redlich, N., “Are there Certain Rights... Retained by the People?”, 37 N.Y.U. L. Rev. 787 (1962).

(36) Como expresara el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William Brennan, “la clave es que [los derechos reconocidos constitucionalmente] poseen un estatus especial y no pueden ser dejados de lado cuando se le ocurra a una mayoría legislativa se le ocurra” (Brennan, W. Jr., “Why Have a Bill of Rights?”, 26 Val. U. L. Rev. 1 [1991]). En forma similar, Sola, para quien, el constitucionalismo “[s] upon e [...] que la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría. Esto también plantea la necesidad de establecer qué derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial” (Sola, J. V., “La Constitución: un contrato social”, texto disponible en http://estudiosola.com/PDF/VER/La_Constitucion_un_contrato_social.pdf (fecha de consulta: 4/8/2022).

(37) Sobre este tema, véase Vítolo, A. M., *Regulation and restriction of constitutional rights, a comparative analysis*, tesis para la obtención del título de *Master of Laws* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, 1989, disponible en <http://id.lib.harvard.edu/alma/990017060390203941/catalog> (fecha de consulta: 4/8/2022).

(38) Berns, W., *Taking the Constitution Seriously*, Nueva York, Madison Books, 1987, p. 225.

(39) “Ningún grupo de fundadores puede ser omnisciente. Todo documento constitucional tiene lagunas, contiene frases técnicas y debe escribirse en un lenguaje cuya sintaxis y vocabulario evolucionarán. Al manejar nuevos problemas, entonces, los intérpretes frecuentemente deberán decidir respecto de la legitimidad de los esfuerzos de otros para llenar esas lagunas o incluso llenarlas ellos mismos para explicar el texto especializado y para traducir su viejo lenguaje al idioma actual. Este tipo de procesos requiere necesariamente creatividad, imaginación y juicio” (Murphy, W.; Fleming, J. y Barber, S. A., *American Constitutional Interpretation*, Nueva York, Foundation Press, 1995, p. 183).

(40) Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, ob. cit.

(41) *McCullough v. Maryland*, 17 U. S. (4 Wheaton) 316 (1819), p. 407.

(42) Como expresara el juez Robert Jackson, “no somos intérpretes finales por ser infalibles, pero somos infalibles solo por ser intérpretes finales”. *Brown v. Allen*, 344 U. S. 443 (1953), p. 540.

jurisprudencia vinculante para los tribunales inferiores) e interpretar la Constitución, debe mantenerse dentro de los límites de su función, sin pretender asumir las potestades reservadas a la decisión política del pueblo. La labor judicial exige que el juez, al resolver los casos que llegan a su conocimiento, interprete el derecho y no pretenda crear nuevos principios. De este modo, resulta fundamental poder encontrar una teoría interpretativa adecuada que permita al juez resolver el caso fuera del ámbito de sus preferencias personales (o inclusive de las pretensiones de una mayoría ocasional o del sentir de la opinión pública⁽⁴³⁾) y con apego al contrato social del cual deriva su potestad. Se trata, ni más ni menos, de una cuestión de los equilibrios que deben existir entre los diferentes poderes del estado⁽⁴⁴⁾.

Como ha expuesto Cox: “es demasiado obvio señalar que la Corte Suprema juega un papel en parte político. De igual modo, es también obvio para cualquiera que entienda la autodisciplina del método jurídico, que [el tribunal] se encuentra también, en parte, obligado por la ley. La cuestión difícil de resolver es una de grado: ¿cuán grande o pequeño debe ser el rol político de la Corte?”⁽⁴⁵⁾.

Y, en este aspecto, frente a quienes buscan transformar a los jueces y, en especial a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en activistas políticos prontos a “encontrar” derechos implícitos en función de sus propias visiones políticas, reemplazando así el debate democrático, el derecho norteamericano, expuesto a través de las decisiones judiciales, ha sido normalmente prudente, procurando (pero no siempre lográndolo) evitar caer en un fuerte activismo judicial.

Es frecuente, en casos polémicos (tal como ocurre en *Roe* y *Dobbs*), que la Corte intente justificarse, sosteniendo que sus decisiones se encuentran fundadas en la estricta interpretación constitucional y no en preferencias políticas o en visiones personales⁽⁴⁶⁾. Normalmente, cuando esto ocurre, los jueces disidentes –sin importar si son progresistas o conservadores– acusan a la mayoría de exlimitar sus funciones y sustituir ilegítimamente la voluntad legislativa⁽⁴⁷⁾. Ello no hace sino demostrar que el problema es, en definitiva, el activismo judicial, sea que se exprese por jueces liberales o conservadores. No hay,

contrariamente a lo que algunos postulan, activismos buenos y activismos malos. Se trata de encontrar y consensuar una teoría adecuada de interpretación que no violente el contrato social. Lo contrario, como ya dijéramos, podría llevar a minar el indispensable prestigio del tribunal como intérprete final de la Constitución⁽⁴⁸⁾.

En la cuestión acerca de la existencia o no de derechos implícitos garantizados por la constitución norteamericana, descartadas las posturas extremas que pretenden negar la existencia de ningún otro derecho, salvo los expresamente enumerados en el texto constitucional, el reconocimiento de ciertos derechos implícitos ha sido una constante en la teoría constitucional y en la jurisprudencia norteamericana.

De este modo, podemos distinguir⁽⁴⁹⁾ entre quienes ven a la Constitución como garante de solo unos pocos derechos implícitos que pueden claramente derivarse del texto constitucional⁽⁵⁰⁾, y aquellos que buscan encontrar aquellos derechos implícitos a partir de referencias al derecho natural⁽⁵¹⁾, a principios neutros⁽⁵²⁾, a la razón⁽⁵³⁾, la tradición⁽⁵⁴⁾, el bien común⁽⁵⁵⁾, o a “aquellos cánones de decencia y equidad [*fairness*] que expresan las nociones de justicia de los pueblos de habla inglesa”⁽⁵⁶⁾, y conforme los “estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de sociedades maduras”⁽⁵⁷⁾.

En realidad, debemos señalar que la Constitución norteamericana, a pesar de su raíz sociológica iusnaturalista, no adopta ninguna teoría particular de derecho natural (y ni siquiera se preocupa por justificarlo)⁽⁵⁸⁾. Ello ha llevado a Dworkin a sostener que constituye un error pretender que el sistema constitucional norteamericano proteja plenamente los derechos morales individuales, puesto que la Constitución de los Estados Unidos solo protege un conjunto de “derechos *jurídicos*” individuales, más allá de que ellos sean o no correctos desde una concepción moral o filosófica⁽⁵⁹⁾. Por ello, la existencia de derechos individuales fuera de los reconocidos expresamente o que puedan considerarse implícitamente reconocidos por la

(43) “El hecho de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debe afectar nuestro juicio sobre la cuestión de si las leyes que las incorporan están o no en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos”. *Roe*, p. 117.

(44) Resulta interesante en este punto analizar el pensamiento en nuestro país. En el caso *Cochia*, el voto disidente del juez Petracchi sostuvo: “los jueces no están llamados por la Ley Fundamental a acompañar o secundar las políticas escogidas por los poderes a quienes les están confiadas éstas. Tampoco, por cierto, están aquéllos convocados a oponerse a tales decisiones. La función judicial es muy otra. Se trata, en suma, de resolver las contiendas traídas a su conocimiento de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y, en su caso, contrastar la validez de éste, no por su adecuación a ‘programa’ alguno, sino por su conformidad con la Constitución Nacional y las leyes que en su consecuencia se dictaren” (Fallos 316:2624).

(45) Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, ob. cit., p. 99.

(46) “Nuestra tarea es, por supuesto, resolver la cuestión conforme la medida constitucional, libres de emociones y de predilecciones” (*Roe*, p. 116). En similar sentido, el voto concurrente del juez Stewart: “[en las decisiones judiciales.] los tribunales no pueden imponer sus creencias sociales y económicas por encima del juicio de los cuerpos legislativos, quienes son elegidos para aprobar leyes” (idem, p. 167). “Al interpretar el sentido [de la Constitución] debemos cuidarnos contra la tendencia humana natural a confundir lo que [la Constitución] protege con nuestra ardiente visión sobre la libertad que deben gozar los americanos” (*Dobbs*, Slip Op., p. 14).

(47) “Temo ver las consecuencias de la práctica de la Corte de sustituir el lenguaje de la Declaración de Derechos por sus propios conceptos de decencia y justicia como punto de partida en la interpretación y aplicación de esa Declaración de Derechos”, *Adamson, v. California*, 332 U. S. 46 (1947), disidencia del juez Black, p. 89; “La Corte simplemente modela y anuncia un nuevo derecho constitucional para las madres embarazadas, y, sin apenas ninguna razón o autoridad para su acción, inviste ese derecho con suficiente sustancia para anular la mayoría de las leyes sobre aborto existentes en los estados. El resultado es que el pueblo y las legislaturas de los 50 estados están constitucionalmente inhabilitados para sopesar la importancia relativa de la existencia y el desarrollo continuo del feto, por un lado, frente a un espectro de posibles impactos en la madre, por otro lado. Como ejercicio del crudo poder judicial [*raw judicial power*], la Corte quizás tenga autoridad para hacer lo que hace hoy; pero, en mi opinión, su sentencia es un ejercicio imprudente y extravagante del poder de revisión judicial que la Constitución confiere a esta Corte”, *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179 (1973), disidencia del juez White, p. 221-222. En el caso *Dobbs*, la disidencia llega a acusar al voto mayoritario de “hipócrita” (*Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op. p. 5). También la doctrina efectúa críticas similares. Ver, entre otros, Cox, A., *The role of the Supreme Court...*, ob. cit., p. 54; J. H., “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”, 82 Yale L. J. 920 (1973).

(48) Como dijera la Corte en *Casey*, “La Corte debe ser cuidadosa de hablar y actuar de tal manera que permita al pueblo aceptar sus decisiones en los términos que la Corte reclama para ellas, como verdaderamente fundadas en principios, y no como compromisos con las presiones sociales y políticas que, como tales, no guardan relación con las elecciones entre principios que la Corte está obligada a hacer [al dictar sentencias]. Así, la legitimidad de la Corte dependerá de que tome decisiones legalmente basadas en principios bajo circunstancias en las cuales su carácter principista sea suficientemente plausible para ser aceptado por la Nación” (*Casey*, pp. 865-866). A su vez, el respeto del pueblo por la decisión judicial dictada por jueces independientes basados en la ley y no en las preferencias individuales o de grupo es parte necesaria del entramado republicano (véase Breyer, S., “An Independent Judiciary: In Honor of the Sesquicentennial Anniversary of the Massachusetts Superior Court”, 22/9/2009, disponible en https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_09-22-09; fecha de consulta: 8/8/2022).

(49) Véase Perry, M., *The Constitution, the Courts and Human Rights*, New Heaven, Yale University Press 1982.

(50) Véase, por ejemplo, Bork, R., *The Tempting of America: the political seduction of the law*, Nueva York, The Free Press, 1990.

(51) Cox, A., ob. cit.

(52) Wechsler, H., “Toward neutral principles of Constitutional Law”, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959), pp. 1-35.

(53) Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

(54) *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497 (1961), p. 542 (voto en disidencia del juez Harlan).

(55) Brennan, ob. cit.

(56) *Adamson*, cit. p. 67.

(57) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958), p. 101.

(58) Es interesante en este sentido comparar el preámbulo de nuestra Constitución Nacional con el de la Constitución Norteamericana. Más allá de sus notorias similitudes, el preámbulo de la Constitución Argentina finaliza con una invocación a “la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”, inexistente en su par norteamericano. A su vez, la Comisión designada por la Convención del Estado de Buenos Aires, convocada para revisar la Constitución de 1853, al promover la incorporación a la Constitución Nacional del actual artículo 33, conforme el cual “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, expresaba: “los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunión política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar” (Ravignani, E., *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas. Universidad de Buenos Aires, 1937-39, tomo IV, p. 772).

(59) Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, segunda edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 277 (el resaltado es del original).

Constitución es una cuestión que cae, en principio, fuera del campo de estudio del Derecho Constitucional norteamericano.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha abrazado enfáticamente ninguna de las teorías, sino que prefirió un camino intermedio. Así, ha ido encontrando derechos implícitos en las “penumbras” de los derechos enumerados, formados a partir de “las emanaciones de aquellas garantías que contribuyen a otorgarles vida y substancia”⁽⁶⁰⁾. Sin ellos, sin los “derechos periféricos”, sostiene, los “derechos específicos enumerados en la Constitución estarían menos garantizados”⁽⁶¹⁾. En este sentido, además de aquellos derechos que pueden reconocerse como necesarios para el ejercicio de otros enumerados expresamente (como por ejemplo aquellos que surgen de la Primera Enmienda o de la cláusula de privilegios e inmunidades)⁽⁶²⁾, partiendo de las disposiciones de la Quinta y la Decimocuarta enmiendas que prohíben al estado federal y a los estados particulares privar a cualquier individuo de su vida o libertad sin el debido proceso legal, la Corte Suprema ha reconocido no solo que tales derechos deben ser protegidos procedimentalmente, exigiendo que su restricción se ajuste a un proceso justo y equilibrado, sino que también tales restricciones respeten los contenidos sustanciales de los derechos a la vida y a la libertad⁽⁶³⁾ (entendidas en un sentido más o menos amplio⁽⁶⁴⁾). De ese modo, el tribunal desarrolló la teoría del “debido proceso sustantivo”. Sin embargo, aunque pueda hoy existir un consenso generalizado acerca de la existencia de este debido proceso sustantivo⁽⁶⁵⁾, lo que se mantiene en debate es cuál es su alcance. Como expresara Learned Hand, cláusulas constitucionales como la del debido proceso están expresadas “en términos tan amplios que su historia no alcanza para determinar su contenido”⁽⁶⁶⁾.

A pesar de esta dificultad, poco a poco, la Corte Suprema ha delineado una jurisprudencia relativamente coherente acerca de esta cuestión. Los derechos implícitos que surgen de las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución, en tanto prohíben privar a toda persona de su vida o de su libertad sin un debido proceso legal, son solo aquellos que pueden considerarse “implícitos en el esquema de libertad ordenada” de modo tal que “ni la libertad ni la justicia existirían si ellos fueran sacrificados”⁽⁶⁷⁾, encontrando su fundamento en aquellos “principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de nuestras instituciones civiles y políticas”⁽⁶⁸⁾ o en aquellos “profundamente enraizados en la historia y la tradición de nuestra Nación”⁽⁶⁹⁾, “tan enraizados en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo que puedan ser considerados fundamentales”⁽⁷⁰⁾.

Resulta innegablemente complejo y arriesgado lograr un acuerdo sobre cuáles serían tales derechos, más cuando tal hallazgo es realizado por los jueces, quienes cuen-

tan con una legitimación democrática reducida⁽⁷¹⁾. Como expresara el juez Rehnquist en el caso *Glucksberg* (1997): “al extender la protección constitucional a un derecho o a una libertad alegados, colocamos el asunto, en gran medida, fuera de la arena del debate público y la acción legislativa. Por lo tanto, debemos ejercer el máximo cuidado cada vez que se nos solicite abrir nuevos caminos en este campo, para que la libertad protegida por la Cláusula del debido proceso no se transforme sutilmente en las preferencias políticas de los miembros de esta Corte”⁽⁷²⁾.

A lo largo del tiempo, la jurisprudencia norteamericana fue utilizando la Cláusula del Debido Proceso, interpretándola conjuntamente con la Novena Enmienda –que, como ya señalé, nunca fue reconocida como una fuente directa y autónoma de derechos implícitos– para extraer de ella, con base en los argumentos antes expuestos, un ámbito de privacidad⁽⁷³⁾ del cual surgirían diferentes derechos a ser garantizados, entre ellos el derecho a la crianza y educación de los hijos⁽⁷⁴⁾, a tener hijos⁽⁷⁵⁾, a la integridad física⁽⁷⁶⁾, a casarse⁽⁷⁷⁾; a la privacidad marital⁽⁷⁸⁾; al uso de anticonceptivos⁽⁷⁹⁾; a rechazar tratamientos médicos⁽⁸⁰⁾, a la conducta homosexual privada⁽⁸¹⁾, al matrimonio entre personas del mismo sexo⁽⁸²⁾ y, desde el caso *Roe*, y hasta *Dobbs*, al aborto.

Si se tiene en cuenta que, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, las normas que restringen derechos fundamentales se encuentran sujetas a un escrutinio más estricto, que exige que la restricción se encuentre justificada por un interés público intenso [*compelling state interest*] y que sea necesaria (y no solo razonable) para preservar el interés protegido⁽⁸³⁾, puede fácilmente advertirse la importancia que tiene reconocer o no un derecho “fundamental” implícito al aborto derivado de las previsiones de la Decimocuarta Enmienda.

2.3. El Federalismo

Finalmente, entre los aspectos estructurales que considero debemos tener en cuenta para entender la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Dobbs* es la conformación de dicho país como un estado federal.

A diferencia de lo que ocurre en la República Argentina, en donde las provincias han delegado a la Nación la capacidad de dictar el derecho de fondo⁽⁸⁴⁾, en los Estados Unidos esta potestad se mantiene en cabeza de los estados particulares, sin perjuicio de la tendencia –común en los estados federales– a la unificación legislativa⁽⁸⁵⁾.

(71) Véase, entre muchos otros, Bickel, A., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986.

(72) *Glucksberg*, cit., p. 720.

(73) La Constitución de los Estados Unidos, a diferencia de la nuestra, no reconoce expresamente un derecho amplio o autónomo a la privacidad (véase Vítolo, A. M., *Regulation and restriction...*, ob. cit.). Así, el juez Stewart sostuvo: “Diversas cláusulas de la Constitución protegen la privacidad personal de diversas formas de intromisión estatal. Pero la protección de un derecho general de la persona a la privacidad –su derecho a ser dejado solo por otras personas– es, al igual que la protección de su propiedad y de su propia vida, una materia librada principalmente a la legislación de cada uno de los estados individuales. *Katz v. United States*, 389 U. S. 347 (1967), pp. 350-351.

(74) *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923) (que declara inválida la prohibición de enseñar un idioma extranjero a niños menores de cierta edad); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, 535 (1925) (que invalida la exigencia de que los niños fuesen educados solo en escuelas públicas).

(75) *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535 (1942) (que declara inconstitucional la esterilización forzada como pena).

(76) *Rochin v. California*, 342 U. S. 165 (1952) (que invalida una condena lograda a través de forzar a una persona a expulsar de su estómago cápsulas con droga).

(77) *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967) (que declara inconstitucional la prohibición de matrimonios entre personas de diferentes razas).

(78) *Griswold*, cit. (que declara protegido el derecho de personas casadas al uso de anticonceptivos).

(79) *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972) (que extiende la protección de *Griswold* a todos los individuos).

(80) *Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health*, 497 U. S. 261 (1990) (que convalida el derecho a solicitar el cese de cuidados paliativos a una persona en estado vegetativo persistente).

(81) *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

(82) *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ___ (2015).

(83) Sobre este tema, véase Vítolo, A. M., *Regulation and restriction...*, ob. cit.

(84) Constitución Nacional, artículo 75, inciso 12.

(85) Para comparar las diferencias en las reglas constitucionales sobre este tema en los Estados Unidos y en Argentina, véase Maxeiner, J., “United States Federalism. Harmony without Unity” y Vítolo, A. M., “The Argentine Federal Legislative System”, ambos en Halberstam, D. y Reimann, M. (eds.), *Federalism and Legal Unification: A Comparative Empirical Investigation of Twenty Systems*, Dordrecht, Springer, 2014.

(60) *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965), p. 484.

(61) *Griswold*, pp. 482-483.

(62) Como expresara el juez Brennan, “las libertades protegidas [por la Constitución] se expresan en términos generales, su especificación queda librada al juicio de quienes revisan la conducta oficial o la legislación. En la medida en que no sean extremadamente vagas [...], las formulaciones amplias de derechos personales son una virtud, porque permiten a los jueces adaptar los cánones de derecho a situaciones no previstas por aquellos que los establecieron, facilitando su evolución y preservando su vitalidad”. Brennan, ob. cit.

(63) *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1927), voto concurrente del juez Brandeis, p. 373: “Es doctrina establecida que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda se aplica tanto a cuestiones de derecho sustantivo como a cuestiones de procedimiento. Así, todos los derechos fundamentales comprendidos en el término libertad están protegidos por la Constitución Federal contra la invasión por los Estados”.

(64) “En una Constitución para hombres libres, no puede existir duda alguna de que el significado de la ‘libertad’ debe indudablemente ser amplio”, *Board of Regents of States Colleges v. Roth*, 408 U. S. 564 (1972), p. 572.

(65) Más allá del consenso generalizado sobre este punto, debemos destacar que el voto del juez Thomas en el caso *Dobbs* intenta demostrar la inexistencia de este debido proceso sustantivo, haciendo un llamado a revisar toda la jurisprudencia de la Corte que se apoya en tal concepto. A su vez, el voto disidente (Breyer, Kagan y Sotomayor) se centra, principalmente, en argumentar los riesgos que resultarían de abandonar un concepto amplio del debido proceso sustantivo (ver *infra*).

(66) Hand, L., *The Bill of Rights*, Nueva York, Atheneum, 1965, p. 30.

(67) *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319 (1937), p. 325-326; *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702 (1997), p. 721.

(68) *Hebert v. Louisiana*, 272 U. S. 312 (1926), p. 317.

(69) *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U. S. 494 (1977), p. 503.

(70) *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. 97 (1934), p. 105.

De este modo, en la Constitución norteamericana, la regulación de la libertad es, en principio, materia reservada a los estados, salvo que pueda considerarse que exista un derecho federal involucrado que limite el accionar de aquellos⁽⁸⁶⁾. De allí la trascendencia de poder encontrar –o no– derechos que surjan de la regla de la protección de la libertad y el debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. Si el derecho existe, entonces los estados se encuentran obligados a respetarlo y garantizarlo en virtud del claro texto de la Enmienda: “Ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”. Si hay un derecho reconocido constitucionalmente, los estados no podrán dejar de protegerlo pudiendo, en todo caso, solo reglamentarlo. De lo contrario, la competencia para reconocerlo o no es de cada uno de los estados, sin interferencia federal.

3. El aborto y la Constitución de los Estados Unidos

Es dentro del contexto expuesto en el capítulo anterior que debemos considerar si el derecho de una mujer a abortar es o no un derecho protegido por la Constitución de los Estados Unidos.

Como primera cuestión, es necesario recordar, como ya he señalado, que la Constitución de los Estados Unidos protege en forma expresa el derecho a la vida de toda persona. Así lo disponen las enmiendas Quinta (“Ninguna persona... será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”), dirigida al gobierno federal, y Decimocuarta (“... ningún Estado privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal...”), dirigida expresamente a los estados. Lo que la Constitución no dice expresamente, sin embargo, es si la “persona” protegida incluye o no a la persona por nacer⁽⁸⁷⁾.

De igual manera, también destaco que la Constitución norteamericana no garantiza en forma expresa ni el derecho al aborto ni el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo (de hecho, como ya expresara, ni siquiera reconoce la existencia de un derecho autónomo a la privacidad⁽⁸⁸⁾). Tampoco pueden extraerse tales derechos en forma clara de ninguna de las ocho primeras enmiendas constitucionales. Sobre nada de esto hay debate.

Por ello, para reconocer si existe una protección constitucional del derecho al aborto será necesario determinar, en primer lugar, si la persona por nacer puede ser considerada “persona” con derecho a la vida conforme la Constitución. Si la respuesta fuese negativa, recién entonces se podrá analizar si es posible encontrar tal derecho al aborto como un derecho implícito derivado de las garantías del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda, sea sola o en conjunto con otras cláusulas constitucionales, como por ejemplo la Novena Enmienda.

3.1. El caso *Roe v. Wade*

En su sentencia en el caso *Roe*, la Corte Suprema analizó expresamente estas cuestiones.

Con relación a la primera, el voto de la mayoría señaló: “si la condición de persona pudiera establecerse [respecto del feto], el caso obviamente colapsaría, ya que el derecho

del feto a la vida estaría garantizado específicamente por la [Decimocuarta] Enmienda”⁽⁸⁹⁾ y, obviamente, no podría ser desconocido.

El voto mayoritario llega, sin embargo, a la conclusión de que no resulta posible asegurar que la palabra “persona”, tal y como ella es utilizada en la Constitución, tenga aplicación prenatal y, por lo tanto, concluye que el no nacido no puede considerarse alcanzado por la protección a la vida prevista en la Decimocuarta Enmienda⁽⁹⁰⁾.

Sostiene asimismo que tampoco es posible, a la luz de los conocimientos científicos a ese momento, fijar el momento a partir del cual comienza la vida: “no necesitamos resolver la difícil pregunta de cuándo comienza la vida. Cuando aquellos entrenados en sus respectivas disciplinas de la medicina, la psicología y la teología no pueden arribar a un consenso, el Poder Judicial, en este punto del desarrollo del conocimiento humano, no puede especular para dar una respuesta”⁽⁹¹⁾. No obstante, considera que, en virtud del hallazgo previo sobre la falta de protección constitucional a la vida prenatal, dicha definición tampoco sería necesaria a los fines de resolver el caso.

A partir de estas reglas, el voto mayoritario se preocupa por determinar si puede considerarse que exista un derecho implícito de la mujer a abortar, protegido a través de la Decimocuarta Enmienda. Como primer paso, procura determinar si en la historia norteamericana el aborto era visto como un derecho o si, al menos, era una práctica tolerada.

Sin dejar de reconocer que al tiempo de la sentencia (1973) la mayoría de los estados poseían leyes que criminalizaban el aborto, señala que ellas eran relativamente novedosas en el derecho norteamericano [*of relatively recent vintage*⁽⁹²⁾]; por ello, con apoyo en un análisis histórico, concluye que al tiempo de dictarse la Constitución de los Estados Unidos, y conforme el *common law*, “una mujer poseía un derecho sustancialmente más amplio a terminar su embarazo que el que posee en la mayoría de los estados hoy en día”⁽⁹³⁾.

A su vez, recuerda que, si bien la Constitución no menciona expresamente ningún derecho a la privacidad personal, sostiene que este ha ya sido reconocido como un derecho fundamental implícito “en el concepto de libertad ordenada” garantizado por la Decimocuarta Enmienda⁽⁹⁴⁾.

A partir de estas premisas, concluye que ese derecho a la privacidad incluye el derecho de la mujer a terminar con su embarazo, ya que “el perjuicio que el Estado impondría a la mujer embarazada negándole esta elección en conjunto es evidente”, teniendo en cuenta que en el caso “pueden estar implicados daños específicos y directos médicamente diagnosticables incluso al principio del embarazo; la maternidad, o la descendencia adicional, pueden imponer a la mujer una vida y un futuro angustiosos; el daño psicológico puede ser inminente; la salud mental y física puede verse afectada por el cuidado de niños; también está la angustia, para todos los interesados, asociada con un niño no deseado; y está el problema de traer un niño a una familia que ya no puede, psicológicamente ni de otra manera, cuidar de él; en otros casos [...] pueden estar involucradas otras dificultades adicionales y el estigma continuo de la maternidad soltera”⁽⁹⁵⁾.

A partir del reconocimiento de la existencia de este derecho –para lo cual, como hemos visto, utiliza los métodos clásicos de interpretación constitucional en cuestiones de debido proceso sustantivo– la sentencia se hace más lineal en su argumentación: solo un interés público intenso justificará la restricción del derecho fundamental de la mujer, y la restricción deberá encontrarse acotada estrictamente en relación con el interés a proteger.

Así, considera que todas las cargas que debería soportar una mujer, si no se le reconociera su derecho a terminar su embarazo, son cargas fuertes que, en términos generales, hacen prevalecer su derecho sobre otros intereses a proteger (recordemos que conforme la sentencia no hay una vida constitucionalmente protegida antes del nacimiento). Sin embargo, sostiene que el derecho de la mujer a abortar no es absoluto. La sentencia diferencia entre el derecho a la privacidad reconocido en los fallos

(86) Esto también distingue a nuestro sistema del norteamericano. Mientras que en el sistema de los Estados Unidos los derechos federales se encuentran dirigidos al gobierno federal y se “incorporan” como mandatos de protección a los estados en virtud de la Decimocuarta Enmienda, nuestra Constitución Nacional fija los derechos reconocidos en ella como piso mínimo de garantía, al exigir que las constituciones provinciales estén “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional” (Constitución Nacional, artículo 5).

(87) En esto encontramos una diferencia sustancial entre lo dispuesto por la Constitución norteamericana y la situación en nuestro país, a partir de la jerarquización constitucional dispuesta en 1994 de la Convención sobre los Derechos del Niño conjuntamente con su declaración interpretativa efectuada al tiempo de la aprobación de la Convención, según la cual: “Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Sobre esta cuestión, véanse las exposiciones efectuadas por el autor de este trabajo en las sesiones de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación en 2018 y 2020, y explicada en Vitolo, A. M., “El ‘derecho al aborto’. La discusión en Argentina”, *Revista Electrónica Federalismi.it*, 23/12/2019, pp. 1-15. Disponible en <https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=40780&dpath=document&dfile=21122019123902.pdf&content=El%2B%27derecho%2Ba%2Baborto%27%2E%2BLa%2Bdiscusi%C3%B3n%2Ben%2BArgentina%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B> (fecha de consulta: 7/8/2022).

(88) Véase Vitolo, A. M., *Regulation and restriction...*, cit. *supra*.

(89) *Roe*, p. 157.

(90) *Roe*, p. 157.

(91) *Roe*, p. 159.

(92) *Roe*, pp. 118, 129.

(93) *Roe*, p. 140.

(94) *Roe*, p. 152.

(95) *Roe*, p. 153.

anteriores y la cuestión del aborto, admitiendo que los intereses en juego son “inherentemente” diferentes. Por ello, “es razonable y apropiado que un Estado decida que, en algún momento, otro interés, el de la salud de la madre o el de la posible vida humana, se vea afectado significativamente. La intimidad de la mujer ya no es exclusiva y cualquier derecho de intimidad que ella posea debe medirse en consecuencia”⁽⁹⁶⁾.

La decisión reconoce que los estados (quienes mantienen la potestad reglamentaria) pueden tener intereses importantes a proteger, tales como la “protección de la salud, los estándares médicos y la vida prenatal, intereses estos que, en cierto momento, se transforman en dominantes”⁽⁹⁷⁾, lo que lleva a la necesidad de compatibilizar ambos intereses. Para ello concluye, sin mayor fundamentación, que el interés estatal en la vida prenatal es mínimo durante el primer trimestre del embarazo; se va incrementando en el tiempo y llega a prevalecer sobre el derecho de la mujer recién en el tercer trimestre del embarazo, dado que a partir de ese momento “el feto tiene, presumiblemente, la capacidad de una vida con sentido fuera del seno materno”, pudiendo prohibirse el aborto en este período salvo que sea necesario para preservar la vida o la salud de la madre⁽⁹⁸⁾.

3.2. *Planned Parenthood v. Casey* (1992)

Veinte años más tarde, la Corte Suprema tuvo oportunidad de analizar nuevamente la cuestión del derecho al aborto. En esa ocasión, la Corte se mostró mucho más dividida, siendo imposible conformar una mayoría sólida respecto de ninguno de los puntos en discusión. Como recuerda la Corte en *Dobbs*, en el caso *Casey* “los miembros de la Corte se dividieron en tres grupos: dos jueces expresaron que no deseaban modificar *Roe* de ninguna manera. Otros cuatro querían dejar sin efecto [overrule] la jurisprudencia [allí] sentada en su totalidad. Y los tres jueces restantes, que firmaron conjuntamente la opinión controlante, tomaron una tercera posición. La opinión no apoyó el razonamiento del caso *Roe*, e incluso dio a entender que uno o más de sus autores podrían tener ‘reservas’ acerca de si la Constitución protege el derecho al aborto. Pero la opinión concluyó que la regla del *stare decisis*, que exige que las decisiones anteriores sean seguidas en la mayoría de los casos, requería la adhesión a lo que llamaron el ‘holding central’ del caso *Roe* —que un Estado no puede proteger constitucionalmente la vida fetal antes de la ‘viabilidad’—, incluso si ese *holding* fuera incorrecto”⁽⁹⁹⁾.

La decisión rechazó, sin embargo, el método de trimestres utilizado por *Roe* a fin de determinar el momento a partir del cual el interés estatal en la protección de la vida prenatal prevalecía sobre el derecho de la mujer, reemplazándolo por un concepto más genérico: el de “viabilidad del feto”, o sea del momento en que el niño pudiese sobrevivir fuera del útero⁽¹⁰⁰⁾. A su vez, señaló, con remisión a un caso anterior que, en tanto que no existe —en ningún momento del embarazo— un derecho “incondicional” al aborto, sino que este “protege a la mujer de una injerencia indebidamente gravosa en su libertad de decidir si interrumpe o no su embarazo”⁽¹⁰¹⁾; así, *Casey* estableció que cualquier regulación del derecho al aborto que pudiera establecerse con anterioridad a la viabilidad no debe configurar “una carga indebida sobre la capacidad de una mujer para tomar esta decisión”⁽¹⁰²⁾, estándar que constituye “el método apropiado para reconciliar los intereses estatales con la libertad constitucionalmente protegida de la mujer”⁽¹⁰³⁾.

La decisión en *Casey*, sin perjuicio de ratificar las premisas centrales de *Roe*, y de haber intentado —tal vez de una manera un tanto ingenua— poner fin a la discusión llamando a las partes a dejar de lado sus disputas y aceptar

(96) *Roe*, p. 159.

(97) *Roe*, p. 153.

(98) *Roe*, p. 163.

(99) *Dobbs*, Slip Op. p. 3.

(100) *Casey*, pp. 870 y ss. Es interesante destacar que la decisión se detiene en analizar los supuestos que habilitan a la Corte a dejar sin efecto sus precedentes (véase punto III-A de la decisión, pp. 854 y ss.), tema precisamente al que el caso *Dobbs* se refiere también extensamente, dedicándole casi un tercio de la decisión mayoritaria y contradiciendo las conclusiones —no el método— de *Casey* (véase *infra*).

(101) *Maher v. Roe*, 432 U. S. 464, 473-474 (1977).

(102) *Casey*, p. 874.

(103) *Casey*, p. 876. Este argumento es cuestionado por la sentencia en *Dobbs*, que sostiene que el concepto de “carga indebida” resulta “arbitrario” (*Dobbs*, Slip Op., p. 46) y “ambiguo” (*idem*, p. 56).

la decisión de la Corte⁽¹⁰⁴⁾, dejaba patente que la cuestión del aborto lejos estaba de haberse resuelto. Las sentencias y el paso del tiempo no habían logrado convencer. Las posturas sobre el aborto continuarían siendo una cuestión fuertemente divisiva en la sociedad norteamericana.

4. El caso *Dobbs*

Y así llegamos a la sentencia que hoy comentamos.

4.1. *La opinión de la Corte*

A los fines de nuestro análisis, no seguiré el orden expositivo de la decisión, sino que lo reacomodaré con una finalidad didáctica.

Como ya dijera, la sentencia de la Corte Suprema en *Dobbs* deja sin efecto la doctrina judicial sentada en *Roe*, *Casey* y toda su progenie. Como parte integrante de la regla del *stare decisis*, la decisión de revocar un precedente, si bien no es algo extraño, debe ser tomada con precaución por la Corte, a fin de no socavar su prestigio y afectar la seguridad jurídica. Por ello, no basta solo con que una nueva composición del tribunal considere errado el precedente anterior (o que incluso lo sea)⁽¹⁰⁵⁾. Pero, si bien la adhesión al precedente es —en general— la conducta preferible, ella no constituye —como la misma Corte ha dicho— “un mandato inexorable”⁽¹⁰⁶⁾ y dicha regla “se encuentra en su punto más débil cuando interpretamos la Constitución”⁽¹⁰⁷⁾.

Por tal razón, y precisamente para evitar ser acusada de reemplazar la regla de derecho en función de preferencias personales de una mayoría ocasional, la sentencia expone largamente, con apoyo en la propia jurisprudencia del tribunal, cuáles son las circunstancias que habilitan —e incluso exigen— revocar un precedente; concluyendo que tales circunstancias se encuentran presentes en el caso⁽¹⁰⁸⁾. En tanto otros trabajos en este mismo suplemento se encargan de analizar esta cuestión en profundidad, remito al lector a ellos⁽¹⁰⁹⁾.

Yendo al fondo de la cuestión, la opinión del tribunal, expuesta por el juez Alito, con quien concurren los jueces Gorsuch, Barrett, Kavanaugh y Thomas, comienza por reconocer que las sentencias *Roe* y *Casey* lejos están de haber logrado aplacar las posiciones fuertemente divergentes en la sociedad norteamericana sobre la cuestión del aborto⁽¹¹⁰⁾; muy por el contrario, dice, “*Roe* y *Casey* han inflamado el debate y profundizado la división”⁽¹¹¹⁾.

Tras ese reconocimiento inicial, la sentencia pasa revista a los argumentos centrales en los que se fundaron aquellos casos. ¿Es posible sostener que la Constitución protege un derecho implícito al aborto, como parte del —también implícito— derecho a la privacidad de la mujer? Y a esa pregunta responde enfáticamente: el razonamiento seguido por la Corte en *Roe* y en *Casey* es “atrozmente errado” y constituye “un abuso de autoridad judicial”⁽¹¹²⁾.

Para llegar a esta tan contundente conclusión, el razonamiento del Tribunal no se aparta de los métodos tradi-

(104) “Cuando, en el desempeño de sus deberes judiciales, la Corte decide un caso de tal manera que resuelve una controversia intensamente divisiva... su decisión tiene una dimensión que la resolución de un caso normal no conlleva. Es la dimensión presente cada vez que la interpretación de la Constitución por parte de la Corte llama a las partes de una controversia nacional a poner fin a esa división aceptando un mandato común arraigado en la Constitución” (*Casey*, p. 866).

(105) “Es generalmente más importante que se establezca la regla de derecho aplicable, a que ella sea establecida correctamente” (*Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393 [1932], p. 406 —disidencia del juez Brandeis—).

(106) *Kimble v. Marvel Entertainment LLC*, 576 U. S. 446 (2015). El voto del presidente de la Corte, Roberts, recuerda inclusive que el hecho de “si un precedente debe o no ser dejado sin efecto es una materia enteramente sujeta a la discreción del tribunal, y un principio de decisión política” (*Dobbs*, voto del presidente de la Corte Roberts, Slip Op. p. 10, citando los casos *Hertz v. Woodman*, 218 U. S. 205 [2010] y *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 [1991]).

(107) *Dobbs*, Slip Op., p. 39 y sus citas.

(108) *Idem*, Punto III, p. 39 y ss.

(109) Véase en este mismo suplemento Ratti Mendaña, F. y Calderone, S., “Anatomía de *Dobbs*. Una sentencia que renueva el debate”; Sodero, E., “Back to Blackstone: sentido y límites del *stare decisis* en *Dobbs*”.

(110) La decisión del tribunal recuerda el llamado que se hiciera en *Casey* a poner fin al debate sobre esta cuestión y añade: “Como ha quedado en evidencia en los años sucesivos, *Casey* no logró ese objetivo. Los estadounidenses continúan teniendo puntos de vista opuestos y ampliamente divergentes sobre el aborto, y las legislaturas estatales han actuado en consecuencia” (*Dobbs*, Slip Op., p. 4).

(111) *Dobbs*, Slip Op., p. 6.

(112) *Dobbs*, Slip Op., p. 6. Es notoria la similitud de esta frase con aquella que utilizara la disidencia del juez White en *Doe v. Bolton*, acusando a la mayoría de ejercer un “crudo activismo judicial”.

cionales de análisis utilizados por la Corte Suprema en su jurisprudencia en materia de debido proceso sustantivo. O sea, podemos sostener que tanto *Roe* y *Casey* como ahora *Dobbs* utilizan el mismo método para encontrar los derechos implícitos protegidos por la cláusula del debido proceso.

Así, reconociendo que dicha cláusula protege derechos sustanciales no enumerados, el voto mayoritario expresa que “para decidir si un derecho encuadra en alguna de estas categorías, la Corte se ha preguntado durante mucho tiempo si el derecho está profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición y si es esencial para el esquema de libertad ordenada de nuestra Nación”⁽¹¹³⁾, a la vez que recuerda la prudencia que debe demostrar el tribunal en sus sentencias para no usurpar las atribuciones de los otros poderes del estado: “Al interpretar lo que significa la referencia de la Decimocuarta Enmienda a la ‘libertad’, debemos cuidarnos de la natural tendencia humana natural a confundir lo que protege esa Enmienda con nuestras propias fervientes opiniones sobre cuál es la libertad que los estadounidenses deberían disfrutar. Por eso la Corte se ha mostrado ‘reacia’ durante mucho tiempo a reconocer derechos que no están contemplados en la Constitución. El debido proceso sustantivo ha sido a veces un campo traicionero para esta Corte, y en ocasiones ha llevado a la Corte a usurpar la autoridad que la Constitución le otorga a los representantes electos del pueblo”⁽¹¹⁴⁾.

El voto mayoritario refuta todas y cada una de las afirmaciones realizadas por el tribunal años antes, en particular en lo referido a que la historia norteamericana hubiese considerado la existencia de un derecho al aborto. Sostiene que la indagación histórica efectuada en *Roe* “va de lo constitucionalmente irrelevante a lo simplemente incorrecto”⁽¹¹⁵⁾, señala así que un análisis cuidadoso de la historia de los Estados Unidos demuestra exactamente lo contrario: que el aborto siempre fue tratado como un crimen, descalificando el concepto de “animación” [*quickening*] como determinante, y concluyendo que “[el caso] *Roe* o bien ignoró o bien tergiversó la historia, y [el caso] *Casey* se negó a reconsiderar el análisis histórico defectuoso de *Roe*. Es por ello necesario decir las cosas correctamente”⁽¹¹⁶⁾.

De este modo, “la conclusión ineludible es que el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y las tradiciones de la Nación. Por el contrario, desde los primeros días del *common law* hasta 1973 [el año de la sentencia en el caso *Roe*], persistió una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo pena de castigo criminal”⁽¹¹⁷⁾.

Tras esa primera conclusión, la sentencia se centra en determinar si el derecho al aborto puede encontrarse protegido como parte de un derecho arraigado más amplio, sea este la privacidad (*Roe*), o la libertad de hacer elecciones íntimas y personales, esenciales para la dignidad y autonomía personal (*Casey*)⁽¹¹⁸⁾, como parte de esa “libertad ordenada”; también resuelve en sentido negativo dicha cuestión. Señala así que, “si bien los individuos son ciertamente libres de pensar y decir lo que deseen sobre la ‘existencia’, el ‘significado’, el ‘universo’ y el ‘misterio de la vida humana’, no siempre [tales individuos] son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos. La licencia para actuar sobre la base de tales creencias puede corresponder a una de las muchas interpretaciones de ‘libertad’, pero ciertamente no es una ‘libertad ordenada’. La ‘libertad ordenada’ establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos. *Roe* y *Casey* lograron un equilibrio particular entre los intereses de una mujer que quiere abortar y los intereses de lo que denominaron ‘vida potencial’. Pero el pueblo de los distintos estados puede evaluar esos intereses de manera diferente”⁽¹¹⁹⁾.

De este modo, sin llegar a sostener que la protección constitucional de la vida se extienda a la vida prenatal⁽¹²⁰⁾,

la sentencia reconoce el fuerte interés que pueden tener los estados en proteger dicha vida potencial. Por ello, descalifica a *Roe* y a *Casey* por no considerar dicho interés antes de la viabilidad⁽¹²¹⁾, ni tampoco la crítica cuestión moral que plantea el aborto⁽¹²²⁾, crítica que extiende a la disidencia en este caso⁽¹²³⁾, a quien también cuestiona haber adoptado arbitrariamente una “teoría de la vida” al fijar como límite a los derechos el criterio de viabilidad reconocido en *Casey*⁽¹²⁴⁾.

En lo que sí coincide *Dobbs* con *Roe* es que los casos de aborto son diferentes de aquellos en los cuales el tribunal reconoció un derecho a la privacidad: “Lo que distingue claramente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que se basan *Roe* y *Casey* es algo que ambas decisiones reconocieron: el aborto destruye lo que esas decisiones llaman ‘vida potencial’ y lo que la ley en cuestión en este caso considera como la vida de un ‘ser humano por nacer’. Ninguna de las otras decisiones citadas por *Roe* y *Casey* involucró la crítica cuestión moral planteada por el aborto. Por lo tanto, son inapropiados. No apoyan el derecho a obtener un aborto, y por la misma razón, nuestra conclusión de que la Constitución no confiere tal derecho no los socava de ninguna manera”⁽¹²⁵⁾.

No encontrándose involucrado un derecho federal, y siendo necesario acomodar intereses diferenciados, la cuestión debe entonces volver al ámbito de la regulación estatal. Dentro de este ámbito, el estándar de validación de cualquier restricción vuelve a ser el criterio genérico de razonabilidad y no el escrutinio estricto: “los estados pueden regular la cuestión del aborto por razones legítimas [...] [y] como cualquier otra ley sobre salud y bienestar presentan una fuerte presunción de validez[,] debiendo ser sostenidas si existe una base racional sobre la cual la legislatura podría haber pensado que serviría a [proteger] los legítimos intereses estatales, entre los cuales se incluyen el respeto y la preservación de la vida prenatal en todas las etapas del desarrollo; la protección de la salud y seguridad maternas; la eliminación de procedimientos médicos particularmente espantosos o bárbaros; la preservación de la integridad de la profesión médica; la mitigación del dolor fetal; y la prevención de la discriminación por motivos de raza, sexo o discapacidad”⁽¹²⁶⁾.

En el balance de intereses, la decisión deja en claro que las cargas (“cargas indebidas” según la terminología en *Casey*) que *Roe* identificaba como afectando a la mujer hoy han variado. Frente al argumento de quienes sostienen que “los cambios en la sociedad requieren el reconocimiento de un derecho constitucional a obtener un aborto”, ya que, “sin la disponibilidad del aborto [...], las personas no podrán ejercer su libertad de elegir los tipos de relaciones que desean, y las mujeres no podrán competir con los hombres en el lugar de trabajo y en otras actividades”, señala que “los estadounidenses que creen que el aborto debe restringirse presentan argumentos contrapuestos sobre los desarrollos modernos. Señalan que las actitudes sobre el embarazo de mujeres solteras han cambiado drásticamente; que las leyes federales y estatales prohíben la discriminación por motivos de embarazo; que las licencias por embarazo y parto ahora están garantizadas por ley en muchos casos; que los costos de atención médica asociados con el embarazo están cubiertos por seguros o asistencia gubernamental; que los Estados han adoptado cada vez más leyes de ‘refugio seguro’, que generalmente permiten a las mujeres dejar a los bebés de forma anónima; y que una mujer que hoy da a su recién nacido en adopción tiene pocas razones para temer que el bebé no encontrará un hogar adecuado. También afirman que muchas personas ahora tienen una nueva apreciación de la vida fetal y que cuando los futuros padres que quieren tener un hijo ven una ecografía, normalmente no tienen dudas de que lo que ven es su hija o hijo”⁽¹²⁷⁾. En ese

(113) *Dobbs*, Slip Op., p. 12.

(114) *Dobbs*, Slip Op., p. 14.

(115) *Dobbs*, Slip Op., p. 2.

(116) *Dobbs*, Slip Op., p. 16.

(117) *Dobbs*, Slip Op., p. 25. Crítica también a la disidencia y sostiene que esta tampoco logra demostrar que el derecho al aborto se encuentre “profundamente enraizado” en la historia de los Estados Unidos (ídem, p. 35).

(118) *Dobbs*, Slip Op., p. 30.

(119) *Dobbs*, Slip Op., pp. 30-31.

(120) “Nuestra decisión no está basada en ninguna teoría sobre a partir de qué momento un estado debe considerar la vida prenatal como titular de derechos o de intereses legalmente reconocibles” (*Dobbs*, Slip Op., p. 29).

(121) *Dobbs*, Slip Op., pp. 37 y 38.

(122) *Dobbs*, Slip Op., p. 32.

(123) *Dobbs*, Slip Op., p. 37.

(124) “Según la disidencia, la Constitución requiere que los Estados consideren al feto como carente del más básico de los derechos —el derecho a vivir— al menos hasta un momento arbitrario del embarazo. Nada en la Constitución o en las tradiciones de nuestra Nación autoriza a la Corte a adoptar dicha ‘teoría de la vida’” (*Dobbs*, Slip Op., pp. 38-39, el énfasis es del original).

(125) *Dobbs*, Slip Op., p. 32.

(126) *Dobbs*, Slip Op., p. 77. Sobre los estándares de validación de las restricciones, véase Vitolo, A. M., *Regulation...*, cit. supra.

(127) *Dobbs*, Slip Op., pp. 33-34.

dilema, señala la Corte que la decisión del balance corresponde al pueblo: “Es hora de hacer caso a la Constitución y devolver el tema del aborto a los representantes electos del pueblo. La permisibilidad del aborto y sus limitaciones deben ser resueltas como las más importantes cuestiones en nuestra democracia: por los ciudadanos tratando de persuadirse unos a otros y luego votando. Eso es lo que exigen la Constitución y el Estado de derecho”⁽¹²⁸⁾.

4.2. Los votos concurrentes

Los votos de los jueces Thomas y Kavanaugh brindan razones adicionales a la sentencia, no acompañadas por el resto de los miembros del tribunal que conforman la mayoría.

El juez Thomas, en forma consistente con su posición en casos anteriores, no solo considera que el derecho al aborto no se encuentra “profundamente enraizado en la historia y la tradición de esta Nación” ni “implícito en el concepto de libertad ordenada”, sino que niega la existencia de un debido proceso sustantivo, enfatizando que la garantía constitucional del debido proceso es solo una garantía procesal: “... la Cláusula del debido proceso como mucho garantiza el *proceso*. No prohíbe en absoluto al gobierno, como suponen los casos sobre debido proceso sustantivo de la Corte, infringir ciertos intereses fundamentales de libertad [...] [Por lo tanto,] la resolución de este caso es sencilla. Dado que la cláusula del debido proceso no garantiza ningún derecho sustantivo, no garantiza el derecho al aborto”⁽¹²⁹⁾.

En razón de ello, y en contra de lo resuelto por los restantes jueces que conforman la mayoría⁽¹³⁰⁾, hace un llamado a que en futuros casos se revisen y corrijan también todos aquellos precedentes que resolvieron reconocer derechos emanados de la cláusula del debido proceso por ser “evidentemente erróneos”⁽¹³¹⁾.

El voto del juez Kavanaugh, a su turno, resalta la neutralidad de la constitución en la cuestión del aborto, razón que exige a los jueces ser neutrales: “En la cuestión del aborto, la Constitución no es ni *pro-life* ni *pro-choice*. La Constitución es neutral y deja el problema para que el pueblo y sus representantes electos lo resuelvan a través del proceso democrático en los Estados o el Congreso, como tantas otras cuestiones difíciles de la política social y económica estadounidense que la Constitución no aborda. Debido a que la Constitución es neutral en el tema del aborto, esta Corte también debe ser escrupulosamente neutral. Los nueve miembros no elegidos de este Tribunal no poseen la autoridad constitucional para anular el proceso democrático y decretar una política de aborto *pro-life* o *pro-choice* para los 330 millones de personas en los Estados Unidos”. Así, critica la postura de *Roe* por haber tomado partido sobre el tema: “La decisión de hoy de la Corte devuelve adecuadamente al tribunal a una posición de neutralidad y restaura la autoridad del pueblo para abordar el tema del aborto a través de los procesos de autogobierno democrático establecidos por la Constitución”⁽¹³²⁾.

Su postura es enfática en el hecho de que, ante el silencio constitucional, los estados tienen un amplio margen regulatorio, tanto para permitir como para prohibir los abortos, evaluando los intereses en conflicto y asumiendo sus consecuencias⁽¹³³⁾.

4.3. El voto del presidente del Tribunal

El *Chief Justice* John Roberts, si bien concuerda con la opinión de la Corte al aceptar la validez constitucional de la ley de Mississippi, rechaza la decisión mayoritaria de dejar sin efecto los precedentes sentados en *Roe* y en *Casey* en lo referido a la existencia de un derecho de la mujer a abortar. No obstante, considera errado el criterio de la viabilidad como determinante del momento en que el interés estatal prevalece sobre el de la mujer: “dicha

línea [de razonamiento] nunca tuvo sentido”, proponiendo que el derecho de la mujer “debe extenderse no más allá de asegurarle una razonable oportunidad para decidir, pero no más allá”⁽¹³⁴⁾.

4.4. La disidencia

El duro voto disidente de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, en términos generales, reitera los argumentos de *Roe* y *Casey*, indicando que “respetar a una mujer como un ser autónomo y otorgarle plena igualdad significa darle opciones sustanciales sobre la más personal y la más importante de todas las decisiones de la vida”, opciones que consideran son negadas por la postura mayoritaria. Defienden lo resuelto por el tribunal en aquellos casos, “que no hicieron sino establecer un balance, como hace habitualmente la Corte cuando compiten valoraciones y fines”⁽¹³⁵⁾. De este modo, la disidencia critica a la mayoría con base en las mismas razones que las sostenidas por los votos controlantes en *Roe* y *Casey*, con relación a los costos y cargas que debe soportar una mujer que es forzada a llevar un embarazo a término; sostiene así que la decisión de la Corte importa “un recorte de los derechos de las mujeres y de su estatus como ciudadanas libres e iguales”⁽¹³⁶⁾, acusando al voto mayoritario de aplicar una visión originalista de la Constitución, que lleva a leerla en el modo en que esta era entendida al tiempo de su ratificación, sin considerar los desarrollos a lo largo del tiempo⁽¹³⁷⁾ y sin tener en cuenta que el “pueblo” que adoptó la Constitución no incluía a las mujeres⁽¹³⁸⁾.

Criticando el abandono del precedente, señalando que *Roe* y *Casey* han sido la ley del territorio por décadas, dando forma a las expectativas de las mujeres sobre sus opciones frente a un embarazo no planeado. Las mujeres han confiado en la disponibilidad del aborto, tanto para estructurar sus relaciones como para planificar sus vidas”; y que la decisión mayoritaria tiene “una y solo una razón: el cambio de composición del tribunal”⁽¹³⁹⁾.

La minoría también cuestiona la opinión mayoritaria en razón del impacto diferencial que la decisión de devolver la cuestión a los estados tendrá sobre los derechos de las mujeres, y en particular sobre las más pobres, quienes deberán viajar para obtener su derecho al aborto si el estado donde residen no lo admite⁽¹⁴⁰⁾.

Finalmente, los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan expresan su temor de que la decisión del tribunal sea solo el comienzo de un camino que apunta a dejar sin efecto todos los derechos relacionados con el ámbito de las decisiones autónomas, intentando vincular a aquellas decisiones con la cuestión del aborto⁽¹⁴¹⁾.

En nuestra opinión, los argumentos planteados por la disidencia presentan notorias falencias lógicas. En primer lugar, y tal como señala el voto mayoritario en su crítica al voto disidente, en ningún momento el razonamiento de la disidencia tiene en cuenta los intereses que los estados pueden tener para proteger la vida del no nacido antes de la viabilidad⁽¹⁴²⁾. En segundo lugar, todo el razonamiento en la disidencia parte de considerar –tal como hicieron *Roe* y *Casey*– que la mujer tiene un derecho constitucional a abortar enraizado en la historia y la tradición –que no significa que la postura seguida por la mayoría pueda ser considerada “originalista”⁽¹⁴³⁾–, cuestión que, como ya

(134) *Dobbs*, voto del presidente del Tribunal, Roberts, Slip Op., p. 1. Su posición es criticada abiertamente por el voto mayoritario: “[su voto] no especifica cuál sería el plazo suficiente para dar [a la mujer] la oportunidad”. Su postura “haría exactamente lo que critica en *Roe*: establecer de la galera [*out of thin air*] un test que ninguna de las partes ni los *amicus* requirieron adoptar”, y que abre la puerta a muchos otros problemas por la ambigüedad del término (*Dobbs*, Slip Op., pp. 72-77).

(135) *Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., pp. 1 y 2.

(136) *Ibidem*, p. 4.

(137) *Ibidem*, pp. 14. y ss.

(138) “[E]l ‘pueblo’ no ratificó la Decimocuarta Enmienda. Fueron los hombres quienes lo hicieron. Por lo tanto, quizás no sea tan sorprendente que quienes ratificaron [la Constitución] no estuvieran perfectamente sintonizados con la importancia de los derechos reproductivos para la libertad de las mujeres, o para su capacidad de participar como miembros iguales de nuestra Nación” (*idem*).

(139) *Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., pp. 5-6. La cuestión es desarrollada luego en el punto II, del voto disidente (pp. 30 y ss.).

(140) *Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., p. 3.

(141) *Ibidem*, p. 4.

(142) *Ibidem*, pp. 11-12.

(143) Sobre esta cuestión, ver en este mismo suplemento García Mansilla, M. J., “Por qué *Dobbs* no es una decisión ‘originalista’”.

(128) *Dobbs*, Slip Op., p. 6.

(129) *Dobbs*, voto concurrente del juez Thomas, Slip Op., p. 1 (el énfasis es del original).

(130) “A fin de asegurar que nuestra decisión no sea malinterpretada, caracterizada erróneamente, enfatizamos que nuestra decisión se refiere al derecho constitucional al aborto y no a otro derecho. Nada en esta opinión debe ser interpretado de modo tal de sembrar dudas respecto de precedentes que no se refieran al aborto” (*Dobbs*, Slip Op., p. 66).

(131) *Dobbs*, voto concurrente del juez Thomas, Slip Op., p. 3.

(132) *Dobbs*, voto concurrente del juez Kavanaugh, Slip Op., pp. 2 y 3.

(133) *Dobbs*, Slip Op., p. 4.

señalamos, fue refutada por el voto mayoritario, sin que la disidencia traiga nuevos argumentos para contrarrestar aquellos⁽¹⁴⁴⁾. En cuanto al impacto diferencial en las mujeres que puede resultar de una diferente regulación del aborto en los distintos estados, si se parte de la inexistencia de un derecho federal –como ya se explicara–, la situación fáctica no es sino consecuencia de la decisión del pueblo norteamericano de conformarse como un estado federal en el que cada uno de los estados particulares se reservó la potestad legislativa, sin que ello pueda dar lugar al agravio constitucional.

Finalmente, y en cuanto a que la decisión de la Corte abre la puerta a dejar sin efecto la jurisprudencia sentada en otros casos sobre el derecho a la privacidad, si bien no es posible hacer futurología, es necesario recordar que esa idea solo fue expuesta por el voto del juez Thomas⁽¹⁴⁵⁾, mientras que la mayoría del Tribunal sostuvo expresamente que la decisión no afecta en manera alguna tales precedentes, toda vez que la situación del aborto es sustancialmente diferente de los restantes casos sobre privacidad⁽¹⁴⁶⁾, por lo que la postura de la minoría en este tema es meramente especulativa y, por ello, carente de toda trascendencia.

5. Conclusiones

Son múltiples las cuestiones que la sentencia en *Dobbs* deja para el análisis y queda claro que la problemática del aborto seguirá en el centro del debate constitucional por mucho tiempo.

En primer lugar, la Corte, sin disidencias, ratificó en cada uno de sus votos la importancia de la regla del *stare decisis* como elemento para la seguridad jurídica y el prestigio del tribunal como intérprete final de la Constitución. Sin embargo, las ácidas acusaciones de la minoría de que la mayoría ha violentado con su voto el *stare decisis* aprovechando una mayoría circunstancial siembran dudas acerca de la estabilidad de la doctrina judicial a futuro y de la posibilidad de mantener el prestigio del tribunal, retrotrayéndonos a aquellos momentos cuando el entonces presidente Roosevelt pretendió aumentar el número de miembros de la Corte para lograr así un tribunal que apoyara sus políticas⁽¹⁴⁷⁾. En lo que interpreto una peligrosa tendencia, que no solo ocurre en los Estados Unidos, puede advertirse que toda decisión judicial que

no esté de acuerdo con el pensamiento de quien la analiza es inmediatamente denostada como contraria a la ley o a la Constitución, más allá de los méritos que pueda tener la sentencia.

Menos claro es que exista acuerdo –tanto entre los miembros de la Corte como en los restantes poderes estatales y en el público en general– acerca de la necesidad de la autolimitación judicial en la interpretación de la Constitución. La sentencia vuelve a poner en el centro del debate constitucional el papel del poder judicial en el estado constitucional de derecho y los límites de su función como intérprete final de la Constitución en las sociedades democráticas.

Finalmente, deseo señalar que, si bien la decisión en *Dobbs* es un paso adelante en la protección de la vida prenatal en los Estados Unidos, pues reconoce el interés que pueden tener los estados en protegerla y señala que ese interés no es menor que el que puede existir en proteger la decisión y autonomía de la mujer, no es menos cierto que la Corte ha estado lejos de reconocer la personalidad de la persona por nacer, dejando en claro la importancia que tiene para la estabilidad de los sistemas constitucionales que aquellas cuestiones que generan división y hayan sido producto de los acuerdos queden claramente fijadas en el texto de la constitución, a fin de reducir el margen de discrecionalidad interpretativa tanto de los jueces como de los representantes electos del pueblo.

En síntesis, la sentencia en el caso *Dobbs* puede sin dudas definirse como una sentencia trascendente, como lo fue también *Roe v. Wade* hace casi cincuenta años. Quienes ayer festejaban hoy se lamentan⁽¹⁴⁸⁾ y viceversa⁽¹⁴⁹⁾. Solo el tiempo dirá si logra o no asentarse como un precedente sólido o si dará lugar a nuevas batallas, tanto políticas como judiciales.

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

(144) En este aspecto, resulta interesante que la disidencia rechace la utilización del método histórico, que fue el mismo método utilizado por *Roe*. De igual modo, tampoco se entiende el argumento que quita valor a la Constitución por haber sido ratificada solo por hombres, ya que el argumento, de ser válido, afectaría la legitimidad completa de la Constitución.

(145) Véase *supra*.

(146) Véase *supra*.

(147) A partir de la confirmación de la jueza Amy Coney Barrett, diversos referentes políticos han llamado a ampliar el tribunal para frenar su giro conservador. Véase, por ejemplo, Carbonaro, G., "Can Democrats Expand the Supreme Court and How Likely Is it?", *Newsweek*, 29/6/2022; disponible en <https://www.newsweek.com/can-democrats-expand-supreme-court-how-likely-it-1720256> (fecha de consulta: 14/8/2022).

(148) "Con tristeza por esta Corte, pero más, por los muchos millones de mujeres estadounidenses que hoy han perdido una protección constitucional fundamental, disintimos" (*Dobbs*, disidencia de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, Slip Op., p. 60).

(149) "El aborto presenta una profunda cuestión moral. La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular o prohibir el aborto. *Roe* y *Casey* se arrogaron esa autoridad. Ahora anulamos esas decisiones y devolvemos esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos" (*Dobbs*, Slip Op., p. 79).