

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

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

## V. Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *Inconstitucionalidad e inconveniencia de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *Aborto e ideología*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS, ED, 287-514; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por MARÍA INÉS FRANCK, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y LUCÍA CAMPO, ED, 286-586; *Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE y ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 288; *¿Existe un “derecho al aborto”?*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS y ELIANA DE ROSA, ED, 289-945; *El Gobierno promueve el aborto adolescente*, por JUAN G. NAVARRO FLORÍA, ED, 289-1450; *Análisis del proyecto de legalización del aborto 2020 y del proyecto de cuidado integral de la madre y el niño*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 289-1466; *Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional*, por RICARDO BACH DE CHAZAL, ED, 289-1519; *Sobre la resolución del Parlamento Europeo en torno al caso “Dobbs”*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE,

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

## 1. Introducción

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

RE, ED, 297; *Contexto del fallo Dobbs y de la derogación del derecho constitucional a abortar en Estados Unidos*, por LIGIA DE JESÚS CASTALDI, ED, 297; *Análisis preliminar del fallo “Dobbs” de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(7) BO, 15/1/2021.

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

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

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

## 2. ¿Dobbs es un fallo originalista?

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

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

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

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

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

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

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

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

## 3. ¿Qué es el “originalismo”?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(24) Ídem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. Conclusión

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

### 1. Introducción

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

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Inconstitucionalidad e inconveniencia de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *Aborto e ideología*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS, ED, 287-514; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por MARÍA INÉS FRANCK, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y LUCÍA CAMPO, ED, 286-586; *Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE y ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 288; *¿Existe un “derecho al aborto”?*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS y ELIANA DE ROSA, ED, 289-945; *El Gobierno promueve el aborto adolescente*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 289-1450; *Análisis del proyecto de legalización del aborto 2020 y del proyecto de cuidado integral de la madre y el niño*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 289-1466; *Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional*, por RICARDO BACH DE CHAZAL, ED, 289-1519; *Sobre la resolución del Parlamento Europeo en torno al caso “Dobbs”*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297; *Contexto del fallo Dobbs y de la derogación del derecho constitucional a abortar en Estados Unidos*, por LIGIA DE JESÚS CASTALDI, ED, 297; *Análisis preliminar del fallo “Dobbs” de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(5) *Dobbs*, p. 79.

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

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

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

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