

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA., Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Chile. Constitución 1980.

Reformas constitucionales. Chile.

Migrantes.

Derecho internacional. Chile.

Pandemia.

Estallido social. Chile.

Estados de excepción constitucional. Chile.

Prisioneros políticos. Chile.

Ahorro para el retiro.

Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

23. “ABORT THE COURT”: ROE, DOBBS, Y EL CONSERVADURISMO JUDICIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

Jorge Contesse Singh¹

Resumen

En junio de 2022, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó un fallo en el caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, que revocó el precedente judicial que, desde 1973, reconoció el derecho constitucional al aborto en el país. La sentencia marca el fin de un proceso sostenido de estrategias jurídicas y políticas de movilización por parte de grupos conservadores que vieron a *Roe* como una amenaza a los valores fundamentales de la familia desde el día que fue pronunciado. Este trabajo describe los aspectos fundamentales del voto de mayoría de *Dobbs*, redactado por el juez Samuel Alito, y sitúa la sentencia en el contexto de disputas jurídicas y políticas por la manera como se debe interpretar la Constitución, el rol y funcionamiento de la Corte Suprema como autoridad final para dicha interpretación y el deterioro institucional que los últimos procesos de nombramiento de jueces y juezas han mostrado.

1. Introducción

En junio de 2022, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió una de las sentencias más cruciales de su historia reciente —*Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*—, que revocó uno de los precedentes más importantes de los últimos cincuenta años: el reconocimiento de un derecho constitucional al aborto. En 1973, en el caso *Roe vs. Wade*, la misma Corte, con una composición evidentemente muy distinta, revolucionó el campo del derecho constitucional local, al

1 Profesor Titular, Rutgers Law School (Estados Unidos) & Profesor Adjunto, Universidad Diego Portales (Chile).

determinar que bajo la cláusula de igual protección se reconocía el derecho al aborto. Dos décadas más tarde, en *Planned Parenthood vs. Casey*, la Corte confirmó el precedente de *Roe*. Desde que el caso fuera decidido, *Roe* fue objeto de un arduo debate, tanto por la manera como la Corte “descubrió” un derecho no reconocido en su texto, como por las implicancias que para una comunidad política dividida en sus valores —como ocurre en cualquier sociedad abierta— suponía una decisión como esa, así como respecto del rol y la función que los tribunales deben tener frente a los órganos políticos al momento de determinar los derechos de las personas; en este caso, de las mujeres. De modo invariable, cada vez que un candidato o candidata a la Corte Suprema comparecía frente al Senado, para determinar si éste los ratificaría o no, debía contestar la pregunta acerca del valor de *Roe* en su interpretación constitucional. Así ocurrió en enero de 2006, cuando el juez conservador Samuel Alito, designado por el entonces presidente George W. Bush (también conservador) se presentó ante el Senado y describió a *Roe* como “un precedente importante de la Corte Suprema”, eludiendo una respuesta más sincera respecto de su apreciación del caso, que le podría haber costado la nominación.² Casi dos décadas más tarde, el propio Alito sería quien redactara el fallo en *Dobbs*, reuniendo a la actual mayoría conservadora de la Corte para poner fin a cincuenta años de precedente, terminar con el reconocimiento de un derecho fundamental de las mujeres y enviar la cuestión al proceso político de cada Estado, generando una reacción política y de movilización social que pocas veces se ve como respuesta a decisiones judiciales.

En este trabajo repaso los principales aspectos de la sentencia en el caso *Dobbs*, tratando de situarla en un contexto político y social en que se dicta, pues la Corte Suprema, que en el pasado ha actuado como gran promotora de causas progresistas, hoy también actúa de manera intensa, pero esta vez para dismantelar parte importante de los avances en materia de derechos que la sociedad estadounidense —siempre entregada a los vaivenes constitucionales de nueve jueces— había logrado en las últimas décadas. Para ello, describo, en primer lugar y de manera concisa, los rasgos principales del voto de mayoría de *Dobbs*, que revocó *Roe* y *Casey*, para luego tomar nota de las consecuencias tanto jurídicas, como políticas que le han seguido. Aquí, me centro en algunas de las ideas que ofrecen las teorías del denominado “constitucionalismo popular”, que busca dar más influencia a la interpretación que se hace *fuera* de los tribunales, como síntoma del creciente activismo conservador que se observa en el sistema judicial, hasta algunas de las

2 NPR, “What conservative justices said—and didn’t say—about *Roe* at their confirmations, 24 de junio de 2022.

ideas más radicales que en el último tiempo se han avanzado, como ha sido la creación de una Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema, nombrada en 2021 por el presidente Biden, para estudiar posibles reformas al funcionamiento y los procesos de nombramiento de quienes integran la Corte Suprema. Estos vaivenes de la justicia constitucional son solo una muestra de una situación política y constitucional que ha tensionado la vida pública en los Estados Unidos y que va tomando formas nuevas e imprevistas, las cuales presentan desafíos relevantes a la hora de reflexionar sobre el derecho público.

2. El caso *Dobbs*

El caso se origina en la Ley sobre Edad Gestacional del estado de Mississippi (“Gestational Age Act”) de 2018, que dispone que, “[s]alvo en caso de emergencia médica o anomalía fetal grave, está prohibido practicar intencionada o conscientemente... o inducir el aborto de un ser humano no nacido, si se ha determinado que la edad gestacional probable del ser humano no nacido es superior a quince (15) semanas”.³ La única clínica en el estado que proveía servicios de aborto, Jackson Women’s Health Organization, y uno de sus médicos, impugnaron la ley ante el Tribunal Federal de Distrito, demandando al Secretario de Salud estatal, Thomas Dobbs, bajo el argumento que la ley infringía el precedente establecido en los casos *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood vs. Casey*, que consagraban el derecho constitucional de las mujeres al aborto.⁴ El Tribunal de Distrito resolvió a favor de los requirentes y ordenó suspender la aplicación de la ley, argumentando que la restricción del estado de Mississippi a las quince semanas violaba la jurisprudencia constitucional vigente, que contemplaba un marco temporal más amplio. El secretario Dobbs apeló ante la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, pero esta confirmó la sentencia de instancia.

Entonces el caso llegó a la Corte Suprema, una Corte que tras el gobierno de Donald Trump tenía una conformación marcadamente conservadora. En sus cuatro años de gobierno, Trump nombró nada menos que a tres jueces (dos hombres y una mujer) en la Corte, logrando consolidar una mayoría conservadora que

3 Mississippi Code, Gestational Age Act, § 41-41-191(4)(a).

4 En *Planned Parenthood vs. Casey*, decidido en 1992, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la “decisión esencial” de *Roe*: las mujeres tienen derecho fundamental al aborto y el Estado no tiene derecho a inmiscuirse en esas decisiones, pues ellas “forman parte de una esfera de libertad personal”. *Casey*, con todo, se modificó la decisión de *Roe*, en el sentido de fijar un parámetro de tiempo único (un trimestre), permitiendo a los estados disponer con mayor flexibilidad sus regulaciones en la materia, atendiendo a criterios de viabilidad del feto. Ver *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

ya venía impulsando su jurisprudencia desde hace un buen tiempo y, para efectos de la explicación de este trabajo, contraria al derecho al aborto.

El caso concitó la atención de muchas personas y organizaciones, tanto en Estados Unidos, como alrededor del mundo, como muestra la cantidad de informes de *amicus curiae* presentados —más de ciento cuarenta—, tanto a favor de la posición de Mississippi, como de la clínica. Esta vez, a diferencia de las impugnaciones a *Roe* del pasado, el ambiente era muy diferente, y se preveía que esta Corte podría ser la que finalmente pusiera término al precedente judicial existente desde 1972. Y así fue. El voto de mayoría, redactado por el juez Samuel Alito, e inscrito —como explico en la próxima sección— en una particular versión del originalismo constitucional, sostuvo que:

Roe y *Casey* deben ser revocados. La Constitución no hace referencia al aborto, y tal derecho no está implícitamente protegido por ninguna disposición de la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda, en la que ahora se basan los defensores de *Roe* y *Casey*. Se ha considerado que dicha disposición garantiza algunos derechos no enunciados en la Constitución, pero cualquier derecho así debe estar “profundamente arraigado en la historia y tradición de este país” y debe estar “implícito en el concepto de libertad ordenada”. El derecho al aborto no entra en esta categoría.^{5 6}

Poner término a un precedente judicial no es una cuestión menor en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos. La doctrina del precedente o

5 Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597 U.S. __ (2022), p. 5. Un dato no menor en este caso fue la filtración de la sentencia, un mes antes de que se hiciera pública. En un hecho sin precedentes, un medio de comunicación hizo pública la sentencia, de manera casi igual a como finalmente quedó redactada, generando aun más controversia acerca del rol de la Corte, y en particular del juez Alito, en la integridad de los procesos judiciales. El escándalo se acentuó cuando, unos meses más tarde, medios de comunicación reportaron que el mismo juez Alito había hecho circular en 2014 el borrador de otra sentencia que tocaba materias de salud reproductiva, *Burwell vs. Hobby Lobby*, generando serios cuestionamientos al comportamiento ético del juez y de la Corte de la que forma parte.

6 El originalismo es una teoría de interpretación constitucional que promueve la lectura de la Constitución en base y según la intención de quienes la redactaron, los llamados “padres fundadores” (*Founding Fathers*) de la patria. En su forma más rudimentaria, materializa un principio básico de interpretación, según el cual un texto jurídico —ya sea un contrato, una ley o, en este caso, la Constitución— se redactan para llevar adelante determinados objetivos. Lo correcto, entonces, es tener a la vista los objetivos de quienes redactaron ese documento a la hora de interpretarlo, de modo de honrar lo que el texto efectivamente buscaba y mantenerse lejos de interpretaciones que buscan “actualizar” el sentido y alcance de las normas jurídicas. Ver Whittington, Keith E., “Originalism: A Critical Introduction”, en *Fordham Law Review*, Vol. 82, 2013, pp. 375-409. El juez Antonin Scalia, fallecido en 2016, ha sido posiblemente el mejor exponente de esta corriente de pensamiento en la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas. Ver Scalia, Antonin, “Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 57, 1988-1989, pp. 849-865.

“*stare decisis*” (que en Estados Unidos se enseña como “*let the decision stand*”), es una marca de la integridad del sistema del *common law*, en el cual los jueces cumplen un rol central a la hora de determinar el derecho. Una vez que un tribunal —especialmente un tribunal superior, y mucho más si se trata de la Corte Suprema— ha tomado una decisión, es esperable que esa decisión “se mantenga en el tiempo” y sea aplicada a casos similares. En tal sentido, la doctrina del precedente supone, por una parte, una aplicación igualitaria del derecho, y, por la otra, un reconocimiento de la importancia que se le asigna a la interpretación judicial como fuente del derecho y como autoridad final en materias constitucionales.

Así, para apartarse del precedente de *Roe* y *Casey*, la Corte debía (intentar) dar buenas razones. Para ello, recurrió a otros precedentes —como *Agostini vs. Felton*, de 1997, y *Pearson vs. Callahan*, de 2009— para sostener que, desde hace mucho tiempo, se reconoce que la doctrina del *stare decisis* “no es un mandato inexorable”, y que ella “se encuentra en su punto más débil cuando [la Corte] interpreta la Constitución”, a diferencia de, por ejemplo, la interpretación de leyes o normas reglamentarias, en que el precedente toma más fuerza y es, por lo mismo, más oneroso revertir.⁷ La Corte sostiene que su jurisprudencia ha identificado “factores” que deben tenerse en cuenta para decidir cuándo puede o debe anularse un precedente.

En *Dobbs*, los cinco factores que la Corte tuvo en cuenta para revocar *Roe* y *Casey* fueron los siguientes:

1. *La naturaleza del error de la Corte.* Recurriendo al lenguaje utilizado para referirse a una de las decisiones más infames pronunciadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Plessy vs. Ferguson* (de 1896), que validó la segregación racial, y que la propia jurisprudencia constitucional ha calificado como “horriblemente decidida”, lo primero que sostiene la Corte en *Dobbs* es que *Roe*, al igual que *Plessy*, “también fue horriblemente decidido”, y, aún más, que estaba “en curso de colisión con la Constitución desde el día en que se decidió”.⁸

2. *La calidad del razonamiento.* La Corte sostiene que, sin tener fundamento alguno en el texto constitucional, la historia o algún precedente, *Roe* impuso a todo el país un conjunto detallado de reglas sobre el embarazo, al dividirlo en trimestres, y que estas reglas son propias de una ley o reglamento, no de una

⁷ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. __ (2022), p. 47.

⁸ Esta frase es especialmente significativa, considerando que todos los jueces que firmaron el voto de mayoría tuvieron que contestar las preguntas de senadores demócratas de si acaso mantendrían el precedente de *Roe*. Ninguno de ellos señaló en sus audiencias de confirmación que *Roe* era como *Plessy*, decidido horriblemente y equivocado desde el día en que se falló, pues, de haberlo hecho, difícilmente habrían llegado a la Corte.

Constitución. Una deficiencia aún más flagrante de *Roe*, observa la Corte, es la ausencia de razones para justificar la relevante distinción entre abortos previos y posteriores a la viabilidad del feto. Así, *Roe* (y *Casey*, posteriormente) fueron decididas, según la Corte de 2022, sin un razonamiento correcto y apropiado.

3. *Operatividad*. En palabras de la Corte, “otra consideración importante a la hora de decidir si un precedente debe anularse es si acaso la regla que impone es viable u operativa, es decir, si puede ser entendida y aplicada de manera coherente y previsible”.⁹ Para la Corte, la adhesión al estándar que *Casey* introdujo —conocido como “carga indebida”— socavaría, en lugar de promover el “desarrollo imparcial, predecible y coherente de los principios jurídicos”. Ello, opina el voto de mayoría, es una razón adicional para revocar el precedente de *Roe* y *Casey*, pues se trata de una decisión que hace más difícil, no más fácil la aplicación del derecho.

4. *Efecto en otras áreas del derecho*. Según la Corte, *Roe* y *Casey* han conducido a la distorsión de muchas e importantes doctrinas jurídicas, efecto que proporciona aún más apoyo para anular esas decisiones. Entre las doctrinas que los “casos sobre aborto” han afectado, la Corte menciona la doctrina de “*third-party standing*” (que permite a una persona impetrar acciones judiciales invocando los derechos de terceros), el principio de la cosa juzgada, la separabilidad de las normas inconstitucionales —esto es, que si una norma tiene una parte que es declarada inconstitucional, ello no debiera afectar el todo—, e incluso parte de la jurisprudencia en materia de Primera Enmienda, entre otros.¹⁰

5. *Legítimas expectativas*. Para la Corte, la anulación de *Roe* y *Casey* no afecta intereses o expectativas legítimas de confianza que pudieran tener las personas, como ocurre en “casos que implican derechos de propiedad o contratos”. La obtención de un aborto, sostiene la Corte, no es normalmente una “actividad planificada”, y por ello, no se afectan expectativas legítimas, menos si se considera, como ya lo ha expuesto, que se trata de una decisión errónea *ab initio*.

Revocado el precedente, la Corte analiza el caso bajo el prisma de la interpretación constitucional, recurriendo a los distintos “tests” que la jurisprudencia estadounidense contempla para determinar cuándo una medida legislativa vulnera la Constitución.¹¹ De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el criterio que

9 Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597 U.S. __ (2022), p. 56.

10 Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597 U.S. __ (2022), p. 63.

11 Para evaluar la constitucionalidad de medidas administrativas o legislativas, la Corte Suprema dispone de “tests” diferenciados: en casos en que se alega discriminación por raza o sus análogos, la Corte recurre a un test de “escrutinio estricto” (strict scrutiny) de las medidas, que considera “inherentemente sospechosas”; en casos donde se alega discriminación por motivos de sexo, en cambio, la Corte usa un “escrutinio intermedio” (intermediate scrutiny), en que el Estado debe promover un interés gubernamental sustancial

debe ocuparse en un caso como este —en el que se examina la constitucionalidad de una norma estatal sobre aborto— es el de “fundamento racional” (*rational basis*).¹² Una ley que regula el aborto, al igual que otras leyes sobre salud, debe ser estimada constitucional si existe “fundamento racional” sobre el cual la legislatura puede apoyarse, para regular la materia con miras a satisfacer los legítimos intereses estatales. La Ley sobre Edad Gestacional de Mississippi, señala la Corte, se fundamenta en datos y objetivos específicos que la legislatura de Mississippi tuvo en consideración, entre los que se incluye el interés de “proteger la vida de los no nacidos”. Para la Corte, dichos objetivos son suficientes para proporcionar un fundamento racional de la ley, y, por lo tanto, el argumento de la inconstitucionalidad avanzado por la clínica requerida debe ser desestimado, ya que la ley pasa el test de fundamento racional.¹³

Habiendo revocado el precedente y determinado que la legislación de Mississippi sobre aborto cumple con el estándar de revisión de constitucionalidad, la Corte “devuelve” la regulación del asunto a cada uno de los estados que forman la Unión. La Corte señala que, al momento en que se decidió *Roe vs. Wade*, en 1973, treinta estados contemplaban una prohibición total del aborto, y en los años previos a *Roe*, alrededor de un tercio de los estados había flexibilizado sus regulaciones en la materia. *Roe*, sostiene la Corte, “terminó de manera intempestiva con ese proceso político”.¹⁴ Por ello, en lo que podría leerse como una concesión de deferencia al proceso político, la Corte observa que, dado que el aborto supone “una pregunta moral profunda”, son el pueblo y sus representantes quienes deben decidir cómo regular la materia, no los tribunales.¹⁵

De esta forma, tras cinco décadas de reconocimiento de un derecho constitucional al aborto, la Corte Suprema, terminó con él, quedando entregada la regulación de este a cada uno de los estados, pero abandonando la protección a nivel de federal que las mujeres tuvieron durante los últimos cincuenta años.

o importante de una forma ajustada; y, finalmente, un test de racionalidad de las medidas o “fundamento racional” (*rational basis*), para casos que dicen relación con otras diferenciaciones, como son las materias socio-económicas, de salud y aquellas que establecen diferencias según edad o discapacidad, categorías que la Corte no ve como inherentemente sospechosas. En *Dobbs*, la Corte determina que los casos sobre aborto caen bajo este último test.

12 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. __ (2022), Parte VI.

13 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. __ (2022), p. 78.

14 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. __ (2022), p. 2.

15 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. __ (2022), p. 78-79. En Chile, el director del Instituto de Estudios de la Sociedad, Claudio Alvarado, un reconocido opositor al aborto, destacó el fallo en redes sociales el día en que se hizo (oficialmente) público, haciendo referencia precisamente al valor de la “agencia política del pueblo”. Ver <https://twitter.com/clauidiorar/status/1540352316401917952?s=20&t=fn77tQouiBtPlxzFJbO0xw>.

3. Consecuencias políticas y jurídicas

Los efectos de *Dobbs* se pueden analizar en al menos dos sentidos. Por un lado, están evidentemente las consecuencias jurídicas de la decisión de la Corte Suprema de revocar el precedente de *Roe* y *Casey*. A partir de la sentencia, como se explicó, en los Estados Unidos ya no existe (a nivel federal) el derecho fundamental de las mujeres al aborto. No es poca cosa que, de un momento a otro, un derecho constitucional deje de tener reconocimiento jurídico. Son pocos los países que prohíben completamente la interrupción voluntaria del embarazo, y si bien *Dobbs* permite que el proceso político a nivel de los estados autorice y regule el aborto, a nivel federal el paso que dio la Corte Suprema unió al país junto a otros como Egipto, El Salvador, Filipinas, Honduras, Madagascar o Senegal, entre los pocos países que tienen una prohibición total a nivel nacional.¹⁶ Chile, como se sabe, no hace mucho pertenecía también a ese grupo de países.¹⁷

Dentro de los efectos que ha tenido *Dobbs*, se cuenta el cierre —a diciembre de 2022— de más de cincuenta clínicas en al menos quince estados, lo que ha afectado a “cerca de veinte millones de mujeres”.¹⁸ En aquellos estados donde no existe el derecho al aborto, como Texas, las mujeres con recursos económicos viajan a estados donde sí está permitido, como California o Nueva York. Quienes no cuentan con esa posibilidad, deben conducir hasta estados más cercanos, como Arizona, Colorado o Kansas, lo que no es una posibilidad para mujeres indocumentadas, pues corren el riesgo de ser detenidas y eventualmente deportadas. Ello las fuerza, como ocurre en los lugares donde el aborto está prohibido, a la práctica de abortos clandestinos y, por lo mismo, mucho más riesgosos. Lo que antes era un derecho fundamental y, por lo tanto, al alcance de todas las mujeres (aun sujeto a regulaciones diversas) hoy es un derecho que depende de la capacidad económica de las personas.

Por otro lado, las consecuencias políticas, dado el revuelo del fallo, son posiblemente las más relevantes para un análisis panorámico de la sentencia. Como es sabido, en los Estados Unidos es la Corte Suprema quien interpreta con autoridad final el sentido y alcance de la Constitución, y, por ello, sus decisiones son mucho

16 Ver Center for Reproductive Rights, The World's Abortion Laws, <https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>.

17 En 2017, entró en vigencia la ley sobre interrupción voluntaria del embarazo, también conocida como “aborto en tres causales”, que autoriza el aborto en tres casos calificados. Ley No. 21.030, publicada en el Diario Oficial de 23 de septiembre de 2017.

18 Ver The New Yorker, The Secret Abortion of Texas, 21 de diciembre de 2022.

más que la última palabra judicial en temas que llegan al conocimiento de los tribunales, sino que tienen implicancias políticas en todo el territorio.¹⁹

Me parece que este es el aspecto más destacable de *Dobbs* y lo que ha venido después. Como se explicó, la Corte señaló expresamente que su fallo entregaba a los estados la decisión sobre la materia, lo que, leído en su mejor luz, podría verse como una elocuente muestra de compromiso con la relevancia del proceso político: es el pueblo –en este caso, a nivel de los estados– quien debe determinar el alcance de los derechos que se reconoce a los ciudadanos, y no los tribunales, alejándose de esta manera de las perspectivas más activistas que han animado a la Corte, tanto en su época progresista (como fue la llamada “era Warren”), como en décadas recientes, bajo las presidencias de William Rehnquist y John Roberts, y alejándose también de las teorías de interpretación constitucional que entienden que son prioritariamente los jueces quienes, en conjunto con los ciudadanos y sus abogados, realizan una “lectura moral de la Constitución” que da forma a la interpretación de esta.²⁰

Desde hace un tiempo han surgido teorías de interpretación constitucional que “sacan” a la Constitución del ámbito de los tribunales de justicia e intentan devolver al Congreso y el proceso político, en general, la autoridad para interpretar la Constitución.²¹ Estos autores, comúnmente englobados bajo el rótulo de “constitucionalismo popular” o “legislativo”, reaccionan frente al avance conservador que la Corte Suprema ha mostrado en las últimas décadas y revisitan la objeción contramayoritaria articulada por Alexander Bickel a mediados del siglo veinte, planteando que la Corte, compuesta por personas que no son electas ni responden ante la ciudadanía, no debiera tener la autoridad final para determinar el sentido y alcance de la Constitución. La teoría es, en este sentido, una que ataca frontalmente el carácter “juricéntrico” de la interpretación constitucional.

Una de las expositores más salientes de esta escuela de pensamiento constitucional, Reva Siegel, profesora de derecho en la Universidad de Yale, ha mostrado

19 Como observan Fletcher y Sheppard, “las sentencias de la Corte Suprema frecuentemente generan rechazo popular. Decisiones en materia de segregación de las escuelas, aborto, quema de la bandera y matrimonio igualitario son algunos ejemplos salientes. ¿Qué otros medios tienen los poderes Ejecutivo y Legislativo para oponerse a los fallos de la Corte más allá de emitir su rechazo desde el púlpito de la crítica?” Fletcher, George P. & Sheppard, Steve, *American Law in a Global Context*, (Oxford University Press), 2005, pp 30 ss.

20 Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, (Harvard University Press), 1997.

21 Ver, por ejemplo, Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Princeton University Press), 2000; Kramer, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, (Oxford University Press), 2005; Post, Robert C. & Siegel, Reva B., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, en *California Law Review*, Vol. 92, 2004, pp. 1027-1044.

la manera como el derecho al aborto fue, desde la década de los ochenta, el motor que movilizó al conservadurismo jurídico en los Estados Unidos, especialmente bajo el gobierno de Ronald Reagan.²² Entonces, al alero del Procurador General, Edwin Meese, el gobierno republicano de Reagan delineó una estrategia específica para terminar con el avance progresista del derecho constitucional, que, entre otras cosas, había dado origen a *Roe*: los nombramientos judiciales. La manera como se podría defender el derecho a la vida y volver a la mirada original de los Padres Fundadores sería a través de los jueces federales, a nivel de distrito (es decir, de instancia), y especialmente, a nivel de la Corte Suprema, para de esa manera terminar con el precedente judicial de *Roe*. Un hecho elocuente que muestra la trayectoria ascendente del conservadurismo judicial se puede encontrar, nuevamente, en el juez Alito, quien trabajó en la División Jurídica del Ministerio de Justicia, precisamente bajo el mandato del Procurador General Meese, a mediados de los ochenta. Entonces, a sus treinta y cinco años, Alito redactó un memo que detallaba una estrategia legal y política para revocar *Roe*, lo que logró casi cuatro décadas más tarde, como juez de la Corte Suprema.²³

El éxito de la estrategia diseñada por Meese se confirma con la actual conformación de la Corte Suprema, a la que Trump se encargó de enviar jueces conservadores y jóvenes, que aseguraran que la jurisprudencia constitucional conservadora se mantendría por muchas décadas. De no mediar reformas profundas a la Corte, algo que el mundo progresista ve tan deseable como improbable, y cuestión que explico en la próxima sección, el futuro del derecho constitucional de los Estados Unidos no es uno donde las causas a favor de los derechos tengan mucho espacio. *Dobbs* es uno de los casos que da cuenta de ello.

Los estados han respondido, como era previsible, al caso *Dobbs*. En noviembre de 2022, para las elecciones de medio mandato, el derecho al aborto estuvo presente en votaciones estatales, lo que movilizó a muchos votantes, particularmente mujeres, generando, entre otras cosas, importantes victorias para el actual gobierno demócrata de Biden. Lo usual es que, para estas elecciones, los gobiernos de turno *pierdan*, pero, según explican expertos electorales, la respuesta política y social a *Dobbs* fue clave para que esa tendencia no ocurriera esta vez. Por ejemplo, en Kentucky, un estado controlado por el Partido Republicano, los

22 Ver Siegel, Reva B., "Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in *Heller*", en *Harvard Law Review*, Vol. 122, 2008, pp. 191-245.

23 Ver The Alito Memo, *The Washington Post*, 20 noviembre 2005. El memo está disponible en línea, en <https://www.archives.gov/files/news/samuel-alito/accession-060-89-216/Thornburgh-v-ACOG-1985-box20-memoAlitotoSolicitorGeneral-May30.pdf>.

electores rechazaron una propuesta de reforma que buscaba limitar con rango constitucional el derecho al aborto. De manera similar, en Montana, también un estado marcadamente conservador, se rechazó una iniciativa de ley que buscaba criminalizar a los prestadores de salud que no tomaran todas las medidas posibles para salvar la vida de un infante nacido vivo, incluido en casos en que se hubiese practicado un aborto. En California, Michigan y Vermont, los votantes aprobaron propuestas para impedir que las legislaturas locales establecieran prohibiciones al derecho al aborto, dando cuenta de cómo esta materia moviliza a los electores: la llamada “agencia política del pueblo”.

4. ¿“Abortar la Corte”?

Desde el mundo no conservador, se ve con enorme preocupación cómo a la Corte han llegado no solo jueces con reconocidas miradas contrarias a la jurisprudencia constitucional progresista, sino, además, en medio de procesos de nombramiento desapegados de las formas tradicionales que la política estadounidense conocía.²⁴ Así ocurrió con Neil Gorsuch, quien ocupó la vacancia dejada por el fallecimiento de Antonin Scalia, en 2016, y que correspondía llenar al expresidente Barack Obama. Obama, sin embargo, no pudo hacerlo debido a la inacción del Senado (entonces controlado por el Partido Republicano) que se negó siquiera a conceder audiencia al nominado por el entonces presidente, bajo el pretexto que era un año electoral, y que, por lo tanto, correspondía esperar el resultado de la elección, en caso de que la oposición ganase. En otros casos, ha habido procesos de nombramiento envueltos en mantos de duda respecto de la idoneidad de los candidatos, como fue el caso del juez Brett Kavanaugh, jurista sin una trayectoria especialmente destacada, y quien fue acusado de haber cometido actos de abuso sexual cuando en su época de estudiante, algo que en el contexto post #MeToo ha cobrado muchísima relevancia a la hora de escrutar la integridad de quienes aspiran a ocupar altos puestos en el Estado. Tanto Gorsuch como Kavanaugh fueron nombrados por el presidente Trump.

24 Este “mundo”, por cierto, va de juristas y expertos en derecho hasta ciudadanos y ciudadanas movilizados, artistas y emprendedores. La banda Rage Against the Machine presentó un cartel gigante con la frase “Abort the Court!” en su primer concierto en más una década. Ver The Hill, *Rage Against the Machine says ‘Abort the Supreme Court’ in a return to stage*, 10 de julio de 2022. La frase es también la marca de una cerveza artesanal (“Abort the Court IPA”), cuyas ventas se destinan a financiar organizaciones que velan por los derechos reproductivos en la costa del Pacífico Oeste, así como de una marca de gorros que se hizo pública el día mismo del fallo y alcanzó récords de ventas, que también se destinaron a apoyar iniciativas de salud sexual y reproductiva. Ver MySanAntonio, “We are willing to fight”: Texan creates ‘abort the court’ hats after Roe v. Wade ruling, 30 de junio de 2022.

La gota que rebasó el vaso de la impaciencia progresista fue el nombramiento —también por parte de Trump— de Amy Coney Barrett, una profesora de derecho de la Universidad de Notre Dame, universidad confesional de prestigio, en reemplazo de la jueza Ruth Bader Ginsburg, fallecida en septiembre de 2020. Ginsburg era (y es y posiblemente seguirá siendo) un ícono de las causas progresistas, especialmente en materia de derechos de las mujeres. La noche antes de la elección presidencial de noviembre de 2020, cuando Joseph Biden derrotó a Trump, el entonces candidato Biden prometió nombrar una comisión que estudiara la reforma de la Corte Suprema, un hecho político importantísimo, considerando que desde la década de los veinte y treinta del siglo pasado no se abordaba de manera institucional una posible reforma a la composición de la Corte Suprema.

Y así lo hizo, en abril de 2021, con la creación de la Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos, compuesta por destacados profesores de derecho constitucional, jueces retirados, y “personas con experiencia y conocimiento sobre el sistema de justicia federal y la Corte Suprema”²⁵. La Comisión se constituyó con el propósito de elaborar un informe que diera cuenta del estado de la discusión sobre el funcionamiento de la Corte en el sistema constitucional de los Estados Unidos, el proceso de nombramiento de sus miembros, una descripción histórica sobre las ocasiones en que el rol y los procesos de nombramiento han sido objeto de debate y de reforma y un recuento de los argumentos que se dan en la actualidad a favor y en contra de la reforma de la Corte, “incluida una evaluación del mérito y legalidad de propuestas específicas de reforma”. Como puede apreciarse, no se esconde en el establecimiento de la Comisión la incomodidad y preocupación que desde hace un tiempo inunda a algunos sectores políticos.

Durante el trabajo de la Comisión, algunos académicos promovieron activamente distintos tipos de reformas. Para algunos, hay reformas que, por una parte, podrían buscar reequilibrar el peso ideológico existente en la Corte, como sería el aumento del número de jueces (conocido como “court-packing”, que famosamente intentó el presidente Franklin Delano Roosevelt, en los años treinta) o la introducción de paneles de jueces dentro de la Corte. Estas reformas, se explica, “asumen el tremendo poder que tiene la Corte” y solo atacarían la cuestión de quienes

25 Executive Order on the Establishment of the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, 9 de abril de 2021, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/04/09/executive-order-on-the-establishment-of-the-presidential-commission-on-the-supreme-court-of-the-united-states/>.

la integran.²⁶ Por otra parte, se proponen modificaciones más agresivas, que estos mismos autores llaman “desempoderadoras” (“disempowering reforms”), y que buscarían quitar algunas competencias a la Corte y requerir votos calificados para el ejercicio de la revisión judicial de las leyes. La preocupación aquí dice relación con el carácter contramayoritario de la justicia constitucional, y en especial, con el activismo de una Corte de signo conservador.²⁷ Este tipo de reformas no toman como dado el enorme poder de la Corte, sino que buscan quitarle poder y dárselo a los poderes políticos.

En diciembre de 2021, la Comisión hizo público su informe.²⁸ En casi trecientas páginas, la Comisión identifica los problemas que los últimos procesos de nombramiento han generado, reconociendo que, si bien no son nuevos, se han vuelto “intensamente partisanos”, expone los argumentos a favor y en contra de expandir el número de miembros de la Corte (sin tomar posición), aquellos relacionados con la posibilidad de dividir la Corte en paneles o asegurar su equilibrio ideológico, concluyendo que “algunas de estas propuestas descansan en argumentos mejores constitucionales que otros”, los que, de todos modos, requerirían “reformas significativas a nuestro sistema judicial federal”.²⁹ El informe también considera la posibilidad de establecer límites al mandato de los miembros de la Corte, terminando con los nombramientos de por vida. No toma posición en la materia, pero avanza incluso en cómo diseñar una reforma constitucional, en el caso que se decidiera optar por esta vía.³⁰

Uno de los puntos más interesantes, en mi opinión, es el examen que el informe hace de propuestas para restringir el poder de la Corte: el informe señala cómo muchas de las propuestas asumen el poder que la Corte tiene para invalidar leyes, por lo cual se consideran también reformas que limitarían ese poder, como la posibilidad que la Corte requiere de votaciones calificadas para dejar in efecto una ley o que el Congreso dicte leyes de insistencia por encima de las decisiones

26 Doerfler, Ryan D. & Moyn, Samuel, “Democratizing the Supreme Court”, en *California Law Review*, Vol. 109, No. 5, 2021.

27 Por cierto, a muchos en el llamado progresismo se les formula una crítica con mucho asidero, respecto a su rol como promotores de la función judicial cuando los fallos se alineaban con sus ideas de lo que deben ser, por ejemplo, los derechos fundamentales. De allí que autores como Owen Fiss o el propio Dworkin estuvieran siempre cómodos con el enorme poder de la Corte Suprema, y no vieran el peligro de depositar la última palabra en los jueces, y no en el proceso político. Ver Fiss, Owen M., “Foreword: The Forms of Justice”, en *Harvard Law Review*, Vol. 93, 1979, pp. 1-58.

28 Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, Final Report, Diciembre 2021, disponible en <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf>.

29 Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, Final Report, pp. 7-8.

30 Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, Final Report, Capítulo 3.

de la Corte, en caso de no estar de acuerdo con lo resuelto. Sintomáticamente, se concluye que, a falta de una reforma constitucional en la materia, es probable que la Corte (u otros tribunales inferiores) declaren una medida así inconstitucional.³¹ Por último, el informe avanza en consideraciones sobre la ética judicial, criticando, primero, la manera como la Corte ha recurrido a procedimientos sumarios (“*emergency orders*”), que no tienen alegatos y muchos veces tampoco reportes escritos, sugiriendo que la Corte haga un esfuerzo por mejorar sus prácticas de fundamentar sus decisiones, para evitar cualquier apariencia de sesgo. También se comenta la posibilidad de adoptar un Código de Ética de tipo consultivo, así como favorecer el acceso a las audiencias por medio de transmisión simultánea.³²

5. Conclusión

El fallo del caso *Dobbs vs. Jackson Women’s Health Organization*, de 24 de junio de 2022, que revocó el precedente de *Roe vs. Wade*, de 1973, puso fin al derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos. *Dobbs*, una de las decisiones más trascendentes de la jurisprudencia constitucional del último tiempo, se ancla en ideas originalistas, empujadas por la mayoría conservadora y religiosa de la Corte, que entendió que no hay en la Constitución un derecho no explícito al aborto, como lo había sostenido la Corte cinco décadas atrás. El fallo no solo quitó un derecho fundamental a millones de mujeres, agudizando situaciones de desigualdad entre mujeres ricas y pobres, sino además confirmó el curso de acción de un tribunal supremo que parece determinado a revertir buena parte de la jurisprudencia que ha permitido el avance y reconocimiento de derechos fundamentales.³³

Es de interés atender a la manera como el conservadurismo judicial crece en los Estados Unidos, y los modos en que la ciudadanía y las autoridades políticas

31 Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, Final Report, Capítulo 4.

32 Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, Final Report, Capítulo 5.

33 En voto concurrente, el juez Clarence Thomas (también del ala conservadora), fue aún más lejos de lo que lo hizo la Corte, y señaló expresamente que ha llegado la hora de “reconsiderar todos nuestros precedentes basados en el debido proceso sustantivo”, incluyendo las sentencias que han reconocido el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos, el derecho de personas adultas a mantener relaciones homosexuales consentidas en privado y el derecho al matrimonio igualitario. Ver *Dobbs*... (citado) Voto Concurrente de Clarence Thomas, p. 3. Por otro lado, durante el otoño (boreal) de 2022, la Corte escuchó los alegatos de dos importantes casos sobre acción afirmativa —*Students for Fair Admissions, Inc. vs. President and Fellows of Harvard College* y *Students for Fair Admissions, Inc. vs. University of North Carolina*—, que podrían también revertir la jurisprudencia en esta materia. El precedente autoriza a las universidades a considerar la raza como categoría para asignar cuotas de ingreso, de modo de corregir inequidades en el acceso a la educación superior. Es conocida la oposición del juez Thomas a estos programas y ahora, con la mayoría conservadora, el temor de revocar este precedente asoma como mucho más posible. La sentencia en el caso se espera para mediados de 2023.

responden a este fenómeno, generando instancias de diálogo e interacción constitucional: desde la elaboración de nuevas teorías de interpretación jurídica, como el denominado “constitucionalismo popular”, que desde fines de la década de los noventa llama la atención acerca del enorme e injustificado poder de nuevos jueces para delinear la vida de millones de personas, hasta el empuje en años recientes de ideas más radicales que buscan una reforma al sistema constitucional, quitando la última palabra a la Corte o introduciendo modificaciones profundas a su funcionamiento. Está por verse si algunos de estos esfuerzos darán frutos o si, como auguran las voces más pesimistas, solo toca esperar que la conformación de la Corte cambie, y que se designen jueces en el sistema de justicia federal con una mirada distinta a los que ha sido la posición dominante de las últimas décadas.