

# **DOBBS VS. JACKSON: UN GIRO COPERNICANO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS**

**María Marta Didier**

Universidad Católica de Santa Fe  
<https://orcid.org/0000-0003-4867-9254>  
Contacto: [mdidier@ucsf.edu.ar](mailto:mdidier@ucsf.edu.ar).

Recibido: 8 de septiembre de 2022

Aprobado: 15 de septiembre de 2022

## **Para citar este artículo:**

Didier, M. M. (2022). “*Dobbs vs. Jackson: un giro copernicano en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*”.

*Prudentia Iuris*, N. 94, pp.363-375

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.363-375>

**Resumen:** En este artículo se analizan los principales argumentos esgrimidos por el voto de la mayoría en el caso *Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women’s Health Organization et al.*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la validez constitucional de la Ley de Mississippi que prohibía el aborto libre, luego de la semana quince de gestación del ser humano no nacido. Como fundamento de su decisión, afirmó que no existe un derecho constitucional al aborto, derogando los precedentes *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*.

**Palabras claves:** Derecho al aborto, Stare decisis, Test de la relación racional, Escrutinio estricto, Derecho a la vida.

## **Dobbs vs. Jackson: a Copernican twist in the jurisprudence of the Supreme Court of the United States**

**Abstract:** This article analyzes the main arguments put forward by the majority vote in “Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al”, in which the U.S. Supreme Court declared the constitutional validity of the Mississippi law prohibiting free abortion after the fifteenth week of gestation of the unborn human being. As the basis for his decision, he asserted that there is no constitutional right to abortion, overruling “Roe v. Wade” and “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”.

**Keywords:** *Right to abortion, Stare decisis, Rational relationship test, Strict scrutiny, Right to life.*

## **Dobbs C. Jackson: una svolta copernicana nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti**

**Sommario:** Questo articolo analizza le principali argomentazioni adottate dal voto della maggioranza nel caso Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women’s Health Organization et al, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò la validità costituzionale della legge del Mississippi che vietava l’aborto libero, dopo la quindicesima settimana di gestazione dell’essere umano non nato. Come base della sua decisione, ha affermato che non esiste un diritto costituzionale all’aborto, abrogando i precedenti Roe vs. Wade e Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey.

**Parole chiave:** Diritto all’aborto, Stare decisis, Test della relazione razionale, Scrutinio rigoroso, Diritto alla vita

## 1. Introducción<sup>1</sup>

La cuestión vinculada a la existencia de un supuesto derecho al aborto ha tenido un extenso desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la que el pasado 24 de junio de 2022, se pronunció en el caso *Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women's Health Organization et al.*<sup>2</sup>, sobre la constitucionalidad de la Ley de Mississippi que prohíbe el aborto si se ha determinado que la edad gestacional probable del ser humano por nacer es mayor de quince (15) semanas, salvo una emergencia médica o en el caso de una anomalía fetal grave<sup>3</sup>. Por mayoría de seis votos contra tres, la Corte concluyó en la validez de la citada norma legal y por una mayoría de cinco votos, sostuvo que la Constitución no confiere el derecho a obtener un aborto, para lo cual debió derogar los precedentes *Roe vs. Wade*<sup>4</sup> y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*<sup>5</sup>. Respecto de esta última decisión, el Juez Roberts no la compartió, votando en forma concurrente por sus propios fundamentos, señalando que no era necesario pronunciarse sobre la derogación de dichos precedentes para declarar la validez constitucional de la Ley de Mississippi.

Para apartarse de *Roe* y *Casey*, a los que consideró “terriblemente equivocados” y justificar la validez de la Ley de Mississippi, el voto mayoritario –al que se hará referencia exclusivamente en este análisis– esgrimió diversas líneas argumentativas, sobre las cuales se efectuará un breve comentario, vinculándolas con los aportes de la tradición del derecho natural, teniendo siempre presente que la sentencia no razona desde dicha tradición. Finalmente, se efectuará un balance conclusivo sobre lo decisivo que resulta, desde la posición de la *Supreme Court*, para la resolución del caso, la cuestión vinculada a si la Constitución de Estados Unidos considera persona o sujeto de derecho al ser humano no nacido, protegido y alcanzado por la Décimo Cuarta Enmienda.

1 El presente trabajo constituye un resultado parcial del proyecto de investigación “Las exigencias de validez jurídica en la argumentación constitucional y convencional: proyecciones e implicancias”, financiado por la Universidad Católica de Santa Fe.

2 597 U.S. (2022).

3 Cfr. Ídem, I.

4 410 U.S. 113 (1973).

5 505 U.S. 833 (1992).

## 2. La fundamentación de la sentencia

### 2.1. *El argumento lingüístico*

El primer argumento que resulta central en la justificación de la validez jurídica de la norma puesta en cuestión se refirió a la importancia de analizar el lenguaje de la Constitución. Al respecto, la *Supreme Court* señaló: “El análisis constitucional debe comenzar con el lenguaje del instrumento, *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat 1, 186-189 (1824), que ofrece un estándar fijo para determinar lo que significa nuestro documento fundacional [...]. La Constitución no hace referencia expresa al derecho a abortar, por lo que quienes afirmen que protege tal derecho deben demostrar que el derecho está de alguna manera implícito en el texto constitucional”<sup>6</sup>.

El máximo tribunal estadounidense criticó el fundamento de *Roe v. Wade*, por considerar que la sentencia fue notablemente laxa en el tratamiento del texto constitucional, al sostener que “el derecho al aborto, que no se menciona en la Constitución, forma parte de un derecho a la privacidad, que tampoco es mencionado [...]. Y se descubrió que ese derecho a la privacidad, observó *Roe*, surge de no menos de cinco disposiciones constitucionales diferentes: la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmiendas”<sup>7</sup>.

El referido argumento se vincula con lo que Vigo ha denominado una exigencia de racionalidad lógica lingüística para determinar la validez de una norma jurídica, “señalando que se conecta al respeto de los principios y reglas de la lógica, como también al seguimiento de las convenciones lingüísticas a las que pertenece el destinatario, de manera que el mensaje normativo sea comprendido”<sup>8</sup>. En efecto, no resultaría válida una interpretación del texto de la norma constitucional que pretendiera basarse en el lenguaje de la norma para extraer de allí la conclusión de la existencia del derecho al aborto, pues ello sería directamente contrario a las convenciones lingüísticas. Al respecto, también se ha sostenido: “[...] en toda comunicación oral o escrita se parte de la base de que el orador utiliza las palabras que quiere utilizar y de que, al utilizarlas, elige someterse a sus reglas de uso [...] El resultado de la aplicación de estas reglas de uso a los casos no es siempre uniforme, por supuesto. Pero tampoco es infinito”<sup>9</sup>.

6 597 U.S. (2022), II A 1.

7 Ídem.

8 Vigo, R. L. (2016). “Una teoría de la validez jurídica”. *Doxa*, 39, 114. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.07>.

9 Zambrano, P. (2009). “Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”. *Persona y Derecho*, 60, 148.

## 2.2. El argumento basado en la historia y la tradición

Tal como se expuso, la *Supreme Court* sostuvo que el derecho al aborto no está mencionado expresamente en la Constitución. Partiendo de dicha premisa, prosiguió el razonamiento señalando que para considerarlo como un derecho mencionado de manera implícita en el texto constitucional, deberá demostrarse que está “profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición”<sup>10</sup>, como así también que “es esencial para el esquema de libertad ordenada de nuestra Nación”<sup>11</sup>, con cita de los precedentes *Timbs v. Indiana*, 586 U.S., (2019); *McDonald*, 561 U.S., at 764, 767 y *Glucksberg*, 521 U.S., at 721.

La relevancia que la Corte otorgó al arraigo que el derecho en cuestión presenta en la historia y la tradición de los Estados Unidos se vincula con lo que Vigo denomina una exigencia de racionalidad sociológica, especificando que la ley debe guardar “[...] relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula”<sup>12</sup>, con sustento en Tomás de Aquino, quien compartiendo las ideas de San Isidoro afirma que la ley debe ser “apropiada a las costumbres del país”<sup>13</sup>. En tal sentido, señaló que la ley prevalece sobre la costumbre con la excepción de “aquellas leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria, porque esa armonía es una de las condiciones de la ley; es, en efecto, muy difícil desarraigar la costumbre de todo un pueblo”<sup>14</sup>.

La *Supreme Court* partió de la idea de que el término “libertad” es demasiado amplio para proporcionar una orientación, por lo que si se quiere reconocer un nuevo componente de la libertad protegida por la cláusula del debido proceso, “debemos cuidarnos de la tendencia humana natural a confundir lo que protege esa Enmienda con nuestras propias opiniones ardientes sobre la libertad que los estadounidenses deberían disfrutar”<sup>15</sup>. Para evitar incurrir en el error de confundir lo que significa el término libertad mencionado en la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución, con los deseos políticos o concepciones de la justicia que detenta el magistrado que la interpreta, la sentencia consideró fundamental efectuar una investigación histórica que examine la tradición del derecho consuetudinario angloamericano. En tal sentido, comenzó citando a Blackstone, Coke y Hale, destacando que “aunque las autoridades del *common law* difirieron sobre la severidad del castigo por abortos cometidos en diferentes momen-

10 597 U.S. (2022), II A 2.

11 Ídem.

12 Vigo, R. L. Ob. cit., 117.

13 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 3.

14 Ídem.

15 597 U.S. (2022), II A 2.

tos del embarazo, ninguna apoyó la práctica”<sup>16</sup>, como así tampoco la existencia de “un derecho positivo a procurar un aborto en cualquier etapa del embarazo”<sup>17</sup>.

La Corte concluyó en que “el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y tradiciones de la Nación”<sup>18</sup>, destacando que por el contrario a ello, “una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo pena de castigo penal persistió desde los primeros días del *comon law* hasta 1973”<sup>19</sup>.

### **2.3. El argumento basado en los precedentes**

La *Supreme Court* también rechazó que el derecho al aborto pueda sustentarse en los precedentes, derogando los fallos *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*. Consideró que ninguna de las dos sentencias se fundaron en precedentes aplicables al caso del aborto, porque ninguno de ellos se refirió a la destrucción de lo que tales fallos denominan “vida humana potencial” y lo que la Ley de Mississippi denomina “ser humano no nacido”<sup>20</sup>. De tal modo, la Corte rechazó el juicio de analogía propuesto por los precedentes referidos para justificar la existencia de un derecho constitucional al aborto.

Asimismo, la sentencia en análisis criticó el fundamento de *Roe* y *Casey* para constitucionalizar el aborto, por cuanto el primero lo fundó en “el derecho a la privacidad, 410 U.S., at 154”<sup>21</sup> y el segundo lo consideró como parte de la libertad de tomar “decisiones íntimas y personales que son centrales para la dignidad y autonomía personal, 505 U.S., at 851”<sup>22</sup>. Al respecto, señaló que los intentos de justificar el aborto apelando a un derecho más amplio a la autonomía, en razón de su alto nivel de generalidad, podría autorizar los derechos fundamentales al uso de drogas ilícitas, la prostitución y similares<sup>23</sup>.

En efecto, la autonomía no constituye un criterio que pueda resultar idóneo para fundar por sí solo la existencia de derechos fundamentales. Ello, por cuanto la comprensión de los referidos derechos desde la sola auto-

16 Ídem, II B 2 a.

17 Ídem.

18 Ídem, II B 2 d.

19 Ídem.

20 Cfr. Ídem, II C.1.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Cfr. Ídem.

mía, omitiendo toda referencia a los bienes humanos que constituyen su objeto<sup>24</sup>, conduce ineludiblemente a una visión conflictivista de la realidad iusfundamental<sup>25</sup>, a la par que resulta estéril para solucionar tales conflictos, puesto que no proporciona criterios materiales para determinar dónde comienza y termina la autonomía de cada sujeto, dejando en manos del poder de turno la decisión de cuál derecho es el que debe prevalecer.

## **2.4. El argumento del *stare decisis***

La sentencia consideró que el *stare decisis* no aconseja mantener los precedentes *Roe* y *Casey*. Destacó que la adhesión al precedente es la norma, pero no es un mandato inexorable, desarrollando diversos fundamentos para demostrar por qué razón tales fallos estaban “terriblemente equivocados” (*egregiously wrong*).

Entre tales fundamentos, invocó argumentos vinculados con una crítica al concepto de “carga indebida” propuesto por *Casey*, al concepto de “confianza” y al de “viabilidad”. Con relación a este último, señaló que la viabilidad depende de diversos factores que impiden determinar un límite claro y no discutible, tales como las instalaciones médicas, la edad gestacional, el peso del feto, la salud y nutrición de la mujer. Advirtió que sólo con dificultad un médico puede determinar la probabilidad de supervivencia de un feto, de allí que el límite de la viabilidad indicado en *Casey* no resulta un criterio que pueda ser aplicado<sup>26</sup>.

## **2.5. El argumento basado en la incompetencia de la Corte**

La opinión del *justice* Alito comenzó afirmando que “el aborto presenta un problema moral profundo sobre el cual los estadounidenses tienen pun-

24 Sobre la concepción conforme a la cual los derechos humanos tienen por contenido bienes humanos, cfr. Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 227-259 y Massini, C. I. (2020). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, capítulo segundo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5642-dignidad-humana-derechos-humanos-y-derecho-a-la-vida-ensayos-sobre-la-contemporanea-etica-del-derecho>.

25 Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires. Ad-hoc.

26 597 U.S. (2022), III B 1 c.

tos de vista profundamente contradictorios”<sup>27</sup>, adelantando la decisión de que por estar *Roe vs. Wade* terriblemente equivocado desde el principio, “es hora de hacer caso a la Constitución y devolver el tema del aborto a los representantes electos del pueblo”<sup>28</sup>, quienes en definitiva deberán establecer la regulación sobre la prohibición o permisión del aborto.

Lo afirmado por la Corte en el sentido indicado implicó un rechazo al activismo judicial concebido como una desviación de la función judicial, en tanto supone invadir la esfera de competencia del Poder Legislativo, manipulando los textos normativos, forzando su significado o extrayendo conclusiones reñidas con las exigencias de la lógica formal. El activismo referido ha sido criticado con diversos argumentos<sup>29</sup>, señalándose: “[...] a los jueces se les ha delegado la tarea de resolver los conflictos conforme al Derecho y no conforme a sus opiniones sobre cómo se los podría resolver del modo más justo (y sin tener en cuenta el texto de sus preceptos, su historia y la práctica jurídica que los interpreta)”<sup>30</sup>.

La Corte se limitó a dejar en manos de las legislaturas el poder de decidir si el aborto debe prohibirse en todas las etapas del embarazo o permitirse, por considerarse incompetente para resolver dicho problema, aplicando un criterio de racionalidad orgánico para determinar la validez de la norma en cuestión<sup>31</sup>. De acuerdo a la sentencia, un Estado podría permitir el aborto en todas las etapas del embarazo y no resultar contrario a la Constitución, puesto que ésta no dice nada al respecto. No obstante ello, al Poder Legislativo le bastaría invocar objetivos legítimos para prohibir el aborto, sin que sea necesario que tales normas prohibitivas superen un escrutinio estricto (como lo había sostenido la Corte en *Roe*), puesto que el aborto no es un derecho fundamental. Con relación al test de constitucionalidad que deberían sortear las normas reguladoras del aborto se hará referencia seguidamente.

27 Ídem.

28 Ídem.

29 Sobre el activismo judicial, cfr. Laise, L. D. (2020). “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), 147-173, <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>; Rivas-Robledo, P. (2022), “¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones”. *Dikaion*, 31, 2, e3126. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6> y Santiago, A. (2008). “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neoconstitucionalismo”. *Dikaion*, 22, 17, 131-155.

30 Etcheverry, J. B. (2020). “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”. *Dikaion*, 29, 2, 349, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>.

31 Cfr. Vigo, R. L. Ob. cit., 111-112.



## **2.6. El argumento basado en el test de constitucionalidad aplicable**

La Corte se ocupó de responder un argumento invocado por algunos *amicus curiae* partidarios de declarar inconstitucional la Ley de Mississippi, quienes propusieron fundar el derecho al aborto en la Décimo Cuarta Enmienda. Al respecto la sentencia argumentó que ni *Roe*, ni *Casey* consideraron adecuado fundar el derecho a obtener un aborto en la cláusula de la igual protección de la Décimo Cuarta Enmienda. Asimismo, los precedentes de la CS EE. UU. también excluyeron esta posibilidad. Consideró: “[...] la regulación estatal del aborto no es una clasificación basada en el sexo y, por lo tanto, no está sujeta al escrutinio intensificado que se aplica a tales clasificaciones”<sup>32</sup>. Para apoyar esta afirmación la Corte citó el caso *Geduldig v. Aiello*<sup>33</sup>, en el que resolvió que “la regulación de un procedimiento médico al que solo puede someterse un sexo no genera un mayor escrutinio constitucional a menos que la regulación sea un mero pretexto diseñado para efectuar una discriminación envidiosa contra miembros de uno u otro sexo”<sup>34</sup>. Luego también citó el precedente *Bray*, en el que sostuvo que el objetivo de impedir el aborto no constituye ánimo discriminatorio envidioso. Concluyó en que las leyes que regulan o prohíben el aborto no están sujetas a un mayor escrutinio, es decir, no deben superar el test intermedio de revisión<sup>35</sup>, rigiéndose por el mismo estándar de revisión que otras medidas de salud y seguridad<sup>36</sup> —el denominado test de la relación racional o requerimiento de un mínimo de racionalidad.

Dicho test se aplica para la reglamentación de derechos regulados por la legislación económico-social, que no utiliza criterios sospechosos (raza, origen nacional, condición de extranjero) o cuasi-sospechosos (sexo y condición de hijo extramatrimonial) o que no distingue con relación al ejercicio de derechos fundamentales.

## **3. La regulación del aborto y el requerimiento de un mínimo de racionalidad**

El test de la relación racional o requerimiento de un mínimo de racionalidad supone la aplicación de una exigencia de racionalidad teleológica

32 597 U.S. (2022), II A 1.

33 417 U.S. 484 (1974).

34 597 U.S. (2022), II A 1.

35 Sobre el test intermedio de revisión, cfr. Tribe, L. (1988). *American Constitutional Law*. 2ª ed. New York. The Foundation Press, Inc., 1602 y sigs.

36 Cfr. 597 U.S. (2022), II A 1.

para determinar la validez jurídica de una norma<sup>37</sup>. Parte del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, por lo que quien impugne la norma por violentar la Constitución, correrá con la carga de la argumentación y de la prueba. Conforme a dicho estándar de revisión, toda medida reguladora de un derecho debe perseguir un fin estatal legítimo, es decir, no prohibido por la Constitución, a la par que debe existir una relación racional entre la medida reguladora del derecho y la finalidad perseguida, es decir, la medida debe ser adecuada para lograr el objetivo buscado, aunque dicha adecuación no precisa ser exacta, debiendo los tribunales juzgar con deferencia esta relación racional entre medios y fines<sup>38</sup>.

Entre los objetivos estatales legítimos que el Estado puede invocar para prohibir o restringir el aborto, la Corte consideró los siguientes: el respeto y preservación de la vida prenatal en todas las etapas del desarrollo, lo cual significa que los Estados podrán prohibir el aborto desde el momento de la concepción del ser humano en el seno materno; la protección y seguridad materna; la eliminación de procedimientos médicos particularmente espantosos o bárbaros; la preservación de la integridad de la profesión médica; la mitigación del dolor fetal; la prevención de discriminación por motivos de raza, sexo o discapacidad<sup>39</sup>.

#### 4. Balance

Conforme a la reseña de los argumentos esgrimidos en la sentencia en análisis, puede concluirse que para la *Supreme Court*, la Constitución no dice nada sobre el estatus de persona del embrión o feto humano, a diferencia de lo sostenido en *Roe vs. Wade*, donde se resolvió que la Constitución no lo consideraba como una persona. En tal sentido, se afirmó en *Roe*: “[...] el apelante y ciertos *amici* arguyen que el feto es una ‘persona’, en el lenguaje y en el sentido de la enmienda XIV [...]. Si la sugerencia de que el feto es persona se demostrara, la pretensión del recurrente, por supuesto, cae, pues el derecho a la vida del feto estaría específicamente garantizado por la enmienda”<sup>40</sup>.

La respuesta a este interrogante no resulta pacífica, siendo importante destacar lo sostenido en el *amicus curiae* presentado por los profesores John M. Finnis y Robert P. George, para quienes “la historia demuestra que la prohibición de los abortos electivos es constitucionalmente obligatoria

37 Vigo, R. L. Ob. cit., 115.

38 Cfr. Tribe, L. Ob. cit., 1438 y sigs.

39 Cfr. 597 U.S. (2022), VI A.

40 410 US 113, 157 (1973).

porque los niños no nacidos son personas conforme al significado público original del debido proceso y de la cláusula de la igual protección de la Décimo Cuarta Enmienda<sup>41</sup>. En razón de ello, defendieron la tesis conforme a la cual la Corte debería anular la sentencia del Quinto Circuito y sostener que la Ley de Mississippi está permitida y requerida, porque los no nacidos son personas titulares de la garantía de la igual protección y del debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda.

Si la Corte hubiese adherido a la tesis propiciada por los profesores referidos, no hubiese bastado someter las legislaciones regulatorias del aborto al test de la relación racional, sino que tales normas, en caso de restringir el derecho a la vida del ser humano no nacido deberían haber sido sometidas a un escrutinio escrito, por cuanto diferencian o establecen categorías entre personas con relación al ejercicio de un derecho fundamental<sup>42</sup>. Al respecto, cabe recordar que el Máximo Tribunal estadounidense “[...] utiliza este estándar de revisión bajo la garantía de la igual protección en dos categorías de casos de libertades civiles: primero, cuando los actos del gobierno clasifican a las personas en los términos de su capacidad para ejercitar un derecho fundamental; segundo, cuando las clasificaciones gubernamentales distinguen entre personas en términos de algún derecho, sobre una base sospechosa<sup>43</sup>. El escrutinio estricto exige que “[...] la ley deba perseguir un interés estatal imperioso mediante los medios menos restrictivos disponibles<sup>44</sup>.

Pero dado que la Corte consideró que la Constitución nada decía sobre el estatus del embrión o feto humano, en cuanto persona y sujeto de derecho, tampoco estimó que podría arrogarse la facultad de tutelarlos bajo el estándar más exigente, el escrutinio estricto. Pero ello no necesariamente debería asociarse con un concepto de derecho positivista, como a primera vista podría parecer; es decir, con un desconocimiento del derecho natural a la vida. En clave iusnaturalista, sostiene Robert P. George, que la Constitución de

41 Finnis, J. M. y George, R. P. (2021). “Brief of Amici Curiae Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in support of petitioner”, 2. Recuperado el 13 de agosto de 2022, en [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/191392/185196/20210729093557582\\_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/191392/185196/20210729093557582_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf).

42 Sobre los argumentos constitucionales por los que considero que la regulación del aborto en la Argentina debería someterse a un escrutinio estricto, cfr. Didier, M. M. “La legalización del aborto y el derecho a la igualdad”. *Rubinzal Culzoni Digital*. 1064/2018.

43 Nowak, J. E. y Rotunda, R. D. (2000). *Constitutional Law*. 6ª ed. St. Paul, Minn. Hornbook Series. West Group, 639-640.

44 *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984). Sobre el escrutinio estricto, cfr. Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Buenos Aires. Marcial Pons.

Estados Unidos “[...] otorga la autoridad para dar efecto a la ley natural y proteger los derechos naturales a los órganos democráticamente electos del gobierno, no a los tribunales, y siempre que no haya nada en el texto, su estructura, lógica o sentido original que dicte una respuesta a una controversia como la debida política estatal”<sup>45</sup>. Asimismo, el referido autor destaca el peligro de que los jueces usurpen el poder que corresponde al legislador con la excusa de proteger derechos y libertades individuales, considerando que cada vez que lo han hecho, sea por buenas o malas razones, han violentado el Estado de Derecho “[...] confiscando el poder que los fundadores y ratificadores de la Constitución autoritativamente asignaron a otras ramas del gobierno (incluso cuando tal potestad podría haber sido perfectamente asignada a ellos). Y el respeto por el Estado de Derecho es en sí mismo una exigencia de la justicia natural”<sup>46</sup>.

No obstante lo señalado, tal como se expuso *ut supra*, el referido autor discrepa en cuanto a que la Constitución nada dice sobre la calidad de persona del ser humano no nacido, considerándolo sujeto titular del derecho a la igual protección y al debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda. De haber compartido dicha tesitura, pareciera que la Corte además de derogar los precedentes *Roe* y *Casey*, debió haber declarado, por lo menos, que la prohibición del aborto libre, sin invocación de causa, constituye un imperativo constitucional.

## Bibliografía

- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires. Ad-hoc.
- Didier, M. M. “La legalización del aborto y el derecho a la igualdad”. *Rubinzal Culzoni Digital*. 1064/2018.
- Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Etcheverry, J. B. (2020). “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”. *Dikaion*, 29, 2, 336-351, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

45 George, R. P. (2008). “Estados Unidos: Ley natural, Constitución y teoría y práctica del control judicial de constitucionalidad”. En Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma, 475.

46 Ídem, 476.

- Finnis, J. M. y George, R. P. (2021). "Brief of Amici Curiae Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in support of petitioner", 2. Recuperado el 13 de agosto de 2022m en <https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19>.
- George, R. P. (2008). "Estados Unidos: Ley natural, Constitución y teoría y práctica del control judicial de constitucionalidad". En Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Laise, L. D. (2020). "¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), 147-173, <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>.
- Massini, C. I. (2020). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, capítulo segundo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5642-dignidad-humana-derechos-humanos-y-derecho-a-la-vida-ensayos-sobre-la-contemporanea-etica-del-derecho>.
- Nowak, J. E. y Rotunda, R. D. (2000). *Constitutional Law*. 6° ed. St. Paul. Minn. Hornbook Series. West Group.
- Rivas-Robledo, P. (2022). "¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones". *Dikaion*, 31, 2, e3126. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>.
- Santiago, A. (2008). "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neoconstitucionalismo". *Dikaion*, 22, 17, 131-155.
- Tomás de Aquino, *Suma Teológica*.
- Tribe, L. (1988). *American Constitutional Law*. 2ª ed. New York. The Foundation Press, Inc.
- Vigo, R. L. (2016). "Una teoría de la validez jurídica". *Doxa*, 39, 99-125. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.07>.
- Zambrano, P. (2009). "Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia". *Persona y Derecho*, 60, 131-152.
- Zambrano, M. P. y Sacristán, E. (2012). "El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 134, 715-759.

