Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization

Después de medio siglo deja de regir el famoso precedente “Roe v Wade” en que la Corte Suprema de Estados Unidos había decidido que el derecho a abortar de las mujeres no podía ser obstaculizado en ningún lugar de la Nación por ser un derivado del derecho constitucional a la privacidad.

Recordemos que en USA las leyes de fondo, el derecho común (lo que en Argentina son el Código Civil, Penal, etc.) se dictan en cada Estado (Provincia), y no son únicos e iguales para todo el país, conforme al sistema de Estado más intensamente federal estadounidense.

La clave es sencilla: si un derecho surge de la Constitución, las leyes no pueden impedirlo. Pero si ese derecho no está en la Constitución, la ley puede hacer lo que quiere.

En ROE (1973) la Corte dijo que la privacidad está en la Constitución como derecho ancilario (implícito) de la 14° enmienda. Y que la decisión de una mujer sobre si continuar o no un embarazo de su propio cuerpo es una decisión que se toma en la privacidad de su salud. Ninguna ley podía restringirlo.

Ahora, en el caso DOBBS, la Corte dijo que ni la privacidad, ni mucho menos el aborto, surgen como derechos asegurados por la Constitución estadounidense. Un nuevo análisis centrado en la exégesis literal, histórica (originalista) de las palabras, decidió que no es un derecho asegurado constitucionalmente.

Y por lo tanto, los legisladores pueden decidir lo que consideren mejor, permitir o prohibir el aborto, total o parcialmente.

Es cierto: la Constitución de USA no dice nada expresamente sobre el tema. Claro que la mayoría de los derechos no están enumerados en las constituciones, que son textos parcos.

En otros países, con tradiciones más respetuosas de los derechos humanos, se

resuelve esto de distintos modos: a) se acude a los derechos implícitos (con lo cual los jueces ‘interpretan’ que un derecho existe aunque no esté escrito porque es derivación lógica de otros que sí están escritos); b) se recurre a los tratados internacionales de Derechos Humanos que sí enumeran el derecho en cuestión, integrando el bloque de conveconstitucionalidad.

Entonces, si un derecho no está escrito en una norma supralegal, la mayor protección posible es que la Corte (intérprete último de la Constitución) diga que sí está protegido constitucionalmente.

Debajo de eso, solamente queda la ley del Congreso en Argentina, o de cada Estado en los EEUU.

Y eso es lo que pasa con DOBBS: la Corte yanqui desarticuló así la máxima protección que puede tener un derecho en su sistema, y lo delegó en las legislaturas estaduales, tantas y tan diferentes.

Ahora, en una ciudad, una mujer podrá abortar hasta el día antes del nacimiento, y en la ciudad de al lado, a menos de 50 kilómetros, irá presa la que tome una pastilla del día después…

Veamos algunas reflexiones, muy apuradas, sobre el tema:

- ALFONSÍN SE RÍE: en Argentina tampoco está el derecho al aborto en nuestra Constitución. De hecho, cuando en la Convención del 94 se discutió (ferozmente) el tema, terminaron poniendo una cláusula que dice que al niño se lo protege desde el ‘embarazo’ (75 inc 23), y no desde la ‘concepción’ como pedían los antiaborto. Cuando Alfonsín explica esa cláusula en la sesión dijo “Estamos redactando de modo tal que la decisión quede en manos del Congreso. Con esta cláusula podrán los legisladores mantener la prohibición del aborto, o permitirlo, con mayor o menor amplitud. Pero la decisión será del Congreso.” Si hubiese desistido de poner esa frase en nuestra Constitución, hubiera sido casi imposible avanzar en la legalización. Sabio el viejo, se vio venir DOBBS con 30 años de anticipación.
- ORIGINALES ORIGINALISTAS: la parte más conservadora de la actual Corte Suprema yanqui adscribe a la teoría de la interpretación constitucional conocida como ‘originalismo’, ‘textualismo’ o ‘historicismo’. Son quienes tratan de entender la norma tal como está escrita, tal como la quisieron escribir los señores que lo hicieron en 1787 o 1853. El juez Thomas, un ultra, adelantó que

propone el mismo criterio para eliminar el derecho que la Corte había reconocido a las parejas casadas para utilizar métodos anticonceptivos, o el derecho de las personas del mismo género a unirse. En todas partes, lógicamente, son los constitucionalistas más conservadores quienes utilizan ese mecanismo. Claro, porque sirve para mantener el statu quo, para conservarlo, sin permitir la evolución del derecho, siempre peligrosa para los intereses que se aferran al pasado. En DOBBS triunfaron, pero también mostraron lo infantil del procedimiento. Si las normas constitucionales no pueden interpretarse de acuerdo al tiempo en que deben regir, deberían ser mucho más fáciles de reformar, o no dejarían evolucionar a la sociedad que pretenden gobernar. En nuestra visión, la interpretación judicial debe conglobar los conocimientos actuales, la mirada social actual, las necesidades del colectivo humano, la situación de los derechos y costumbres, la evolución de las demás normas, y el daño que se puede causar manteniendo las cosas en el siglo XVIII. La Corte en su composición anterior, que había dictado ROE y CASEY (1992), hizo una interpretación moderna, evolutiva. Según esta Corte, aquella se equivocó. Los constitucionalistas deberíamos dejar de acusar a nuestros predecesores de equivocarse, y aceptar que toda interpretación es ideológica…

- EL DAÑO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA. Otra teoría que en este caso muestra sus patas cortas. Incluso quienes vemos con simpatía la idea de que todo debe resolverse por mayorías populares y elecciones, nos asustamos ante lo que pasó en DOBBS. La Corte estadounidense dijo cosas como que “incluir un derecho en la Constitución es impedirle al pueblo decidir sobre él” o “es impedir la libertad de expresión de quienes piensan distinto y votan distinto”. Según esta idea, llevada al extremo, una mayoría electoral (siempre transitoria) podría eliminar los derechos de las minorías (en este caso las mujeres en edad fértil). Si realmente no hay derechos intocables, y todo puede afectarse por mayoría, la democracia corre el riesgo de suicidarse envenenada por su propia sobredosis. La regla del deliberacionismo debe complementarse siempre con la restricción de que las mayorías nunca pueden impedir derechos a las minorías que no afecten de manera directa a terceros.
- EL FEDERALISMO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN LOCAL. El otro concepto constitucional que entra en crisis con DOBBS es el federalismo intenso que sostienen los Estados Unidos de América. Y ello se relaciona con la discusión que tenemos los constitucionalistas de todo el mundo sobre el llamado ‘margen de apreciación nacional’ por el cual algunos tribunales (como la Corte Argentina) consideran que pueden recortar los derechos de los tratados

> internacionales por razones nacionales. Lo que parece evidente es que en un mundo cada vez más globalizado, donde nuestros hijos hablan como iguales con chicos de otros países del mundo mientras juegan juntos por la PlayStation, los seres humanos esperamos del Derecho un nivel similar de acceso a los bienes materiales e inmateriales. Y no parece lógico que la decisión de un gobierno local pueda restringir la vida de las personas por el solo hecho de estar un paso más allá de una frontera imaginaria. Somos ciudadanos del mundo, y para los constitucionalistas liberales nuestra Patria es la Humanidad. En este caso queda en claro que el federalismo fue un mecanismo de distribución territorial del poder estatal que tenía un sentido muy relevante antes de la revolución de las comunicaciones, y que hoy todavía puede tener alguna utilidad pero solamente instrumental. De ningún modo el federalismo, el localismo, puede significar que haya seres humanos con diferencias importantes en sus derechos fundamentales según sea el lugar donde residen. Tenemos que avanzar a un unitarismo de los derechos, tal como les planteamos a los países más atrasados, pero hacia adentro de las naciones de Occidente.

En resumen: Estados Unidos está empezando un experimento constitucional cuyos resultados veremos antes de que termine esta década del 20. La pregunta que flota en el aire constitucional es: resistirá un sistema donde los jueces o los legisladores locales pueden negar derechos las personas? Serán eternos los derechos que supimos conseguir???

HASTA PRONTO ROE, no te vayas lejos…