EL KELSENIANISMO EN LA SENTENCIA DOBBS *VERSUS* JACKSON DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Danilo Castellano

1. Introducción

Aunque desde algunos ángulos ya ha escrito sobre el asunto Rudi Di Marco, es oportuno volver sobre la cuestión.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, como es sabido, ha anulado recientemente su anterior sentencia *Roe vs. Wade*, que uno de sus miembros más destacados, fallecido hace no tanto, había calificado de no conforme a la Constitución federal. En su nueva sentencia *Dobbs vs. Jackson*, de 24 de junio de 2022, sostiene que el aborto procurado no es un derecho subjetivo garantizado constitucionalmente, o –por decirlo con palabras del propio Tribunal– que «la Constitución no confiere un derecho al aborto»; que es competencia de los Estados legislar sobre la materia; que el aborto procurado puede ser considerado legal y, por ello, según la doctrina del positivismo jurídico, un derecho subjetivo sólo cuando está «puesto» en los ordenamientos de los Estados y es accionable en los mismos.

Debe subrayarse desde el principio que la sentencia conforma el positivismo jurídico absoluto, la soberanía de los Estados también sobre la justicia y la licitud del aborto procurado donde éste se admita. Lo que significa, como veremos, que los diversos comentarios entusiastas de la sentencia por parte de los antiabortistas están viciados por una «lectura»

Fundación Speiro

preconcebida, orientada ideológicamente y por una incomprensión absoluta del ordenamiento jurídico estadounidense.

Debe registrarse, además, que se ha levantado una protesta desde el frente opuesto, e incluso por parte de instituciones internacionales, lo que constituye una verdadera interferencia en la proclamada soberanía de los Estados: la ONU, por ejemplo, ha declarado que la abolición –que además no es tal– del «derecho» de abortar constituye un «golpe terrible a los derechos humanos de las mujeres».

Vayamos por partes.

2. Primera observación

Debe observarse en primer lugar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que los derechos son conferidos o, en otras palabras, que no se reconocen como preexistentes a su codificación, sino que son instituidos por ésta. Lo que significa que los derechos fundamentales –que a veces se definen como inviolables– son también tales en virtud de la obra del legislador, sobre todo si es el legislador constitucional. Teoría muy difundida y ampliamente compartida.

La comparte también, por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano, que –como es sabido– con su sentencia n. 98/1979 estableció el «principio» según el cual los «derechos», también los fundamentales, son solamente los «puestos» en la Constitución y por la Constitución (aunque sean interpretables como tipo abierto).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos con la sentencia *Dobbs vs. Jackson*, de 24 de junio de 2022, vuelve a confirmar el positivismo jurídico absoluto, que –hablando propiamente– es la máscara del nihilismo «jurídico», impuesto con poder brutal (aunque se defina erróneamente como político). El aborto, procurado, por lo tanto, según esta doctrina, no es constitucional ni inconstitucional. La Constitución de los Estados Unidos no se ha pronunciado sobre el fondo.

El desistimiento de la Constitución federal estadounidense a pronunciarse sobre el derecho a la vida y sobre los que se deducen coherentemente de él es ya por sí una elección grave. Manifiesta la indiferencia del ordenamiento,

Fundación Speiro

que algunos llamarían su «neutralidad» respecto de bienes y valores que el derecho, en cambio está llamado a tutelar. La Constitución federal de los Estados Unidos, por tanto, otorga la máxima libertad al legislador. De ahí deriva la libertad reconocida a los Estados de legislar como quieran en esta materia (como en otras muchas). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pues, ha remitido la competencia de la cuestión a los Estados y no se ha pronunciado ni a favor ni en contra del aborto procurado.

Se confunden, por ello, los antiabortistas al alegrarse de la sentencia, como yerran los abortistas al entender «violado» un «derecho» que entienden fundamental sobre la base de las tinieblas de la ideología que comparten. Y no deja de resultar sorprende la declaración de instituciones como la ONU, que lamentan *iniuriae* a los derechos humanos de las mujeres de resultas de la sentencia.

3. Segunda observación

Es verdad que la Constitución federal de los Estados Unidos se halla en parte hipotecada, y en parte relevante, por las teorías de Locke, quien sostenía que la libertad comporta el derecho de disponer a su antojo (también) de la propia persona.

En el caso del aborto procurado, sin embargo, no se trata de disponer solamente de la propia persona, sino de otra (el *nasciturus*). A este respecto, no puede compartirse la teoría del antiguo Derecho romano según la cual el *nasciturus* es «parte» de las vísceras de la madre. La biogenética ha probado sin sombra de duda que desde su concepción el *nasciturus* es «distinto», aunque no «autónomo», respecto de la madre. En otras palabras, depende de ella, aunque también en parte después del nacimiento, pero es un ser destinado a convertirse en lo que es.

No puede sostenerse, como hizo el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia n. 27/197, a propósito del aborto terapéutico, que el concebido no es persona en cuanto que debe convertirse en tal. Se trata en este caso de la aplicación de teorías de derivación sustancialmente idealista, según las

Fundación Speiro

cuales habría una distinción fundamental entre individuo (humano) y persona (humana): no todos los individuos humanos, según estas doctrinas insostenibles, serían personas. Por lo demás, no debe olvidarse que el mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la sentencia antes citada de 1973 *Roe vs. Wade*, resolvió la misma cuestión sosteniendo que el *nasciturus* no es persona, aunque no invocara para ello teorías idealistas.

4. Tercera observación

El derecho que se reivindica de disponer absolutamente de sí para ser efectivamente libres, según la «libertad negativa», que –por ejemplo– teorizó Locke, y antes Lutero, revela cada vez más la imposibilidad de su práctica.

La convivencia civil, postulada necesariamente por la natural sociabilidad humana, no permite *de facto* su reconocimiento y su aplicación, si bien en los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos la reivindicación de la soberanía subjetiva es siempre más fuerte.

Por lo demás, no puede olvidarse que incluso Locke, cuando fue llamado a redactar un proyecto de Constitución, no sólo se vio forzado a hacer del derecho el instrumento indispensable de la convivencia (cosa justa en sí misma), sino que mantuvo en el proyecto el «derecho» de esclavitud, que los Estados Unidos abandonaron muy tarde aun cuando habían erigido un monumento a la Libertad: la esclavitud fue abolida en los Estados Unidos, en efecto, solamente en 1865, de resultas de la aprobación de la XIII enmienda de la Constitución. No vamos a insistir sobre la cuestión, aunque sea de fundamental importancia.

5. Cuarta observación

Vamos a considerar, aunque brevemente, más bien otros problemas. En apariencia exclusivamente hermenéuticos, aunque también relevantes desde el ángulo sustancial. Y no sólo para el ordenamiento jurídico (sobre todo) constitucional estadounidense.

Fundación Speiro

No puede prescindirse a tal fin de la llamada «doctrina Scalia». Antonin Scalia sostenía que la única interpretación correcta de la Constitución federal de los Estados Unidos fuese la de los «orígenes». En otras palabras, la Constitución –a su juicio– debía (y debe) interpretarse con referencia al texto, atribuyéndole (y por tanto «leyéndolo» según) el significado que un ciudadano normal habría dado a las palabras de la norma constitucional en el momento de su entrada en vigor, esto es, el llamado principio del *original intent* (intención originaria).

El juez, en particular el constitucional, según esta doctrina no debe hacerse cargo de los «cambios sociales», sino que debe aplicar la ley tal y como es, no como se querría que fuera. Sólo corresponde al legislador convertirse eventualmente en el intérprete de la evolución social. Antonin Scalia era contrario, por tanto, al *judicial activism* (activismo judicial), esto es, al uso de la jurisprudencia para «reescribir» las normas.

Lo que, en cambio, hizo el Tribunal Constitucional italiano desde los años sesenta del siglo pasado (por ejemplo, las sentencias n. 64/1961, n. 126/1968 y n. 147/1969). Y lo que se aplica (coherentemente) sobre la base de ciertas teorías hermenéuticas de nuestro tiempo, según las cuales la norma (también la constitucional) no es la prescripción sino el material para construirla, cosa que se sostiene –actualmente de manera decidida– cuando se dice que el «derecho vivo», el verdadero y real, reside en las sentencias de los jueces y no en las normas del ordenamiento.

La sentencia *Roe vs. Wade* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1973 es fruto de la metodología evolutiva de la «lectura» del texto de la Constitución, devuelto a sus orígenes por la sentencia *Dobbs vs. Jackson* de 24 de junio de 2022. Por lo tanto, Scalia, por lo menos de hecho, sostiene el kelsenianismo, y rechaza considerar positivamente las teorías schmittianas, según las cuales, en último término, la sociedad es la regla de la Constitución y no al revés.

La Corte Suprema federal de los Estados Unidos, con la sentencia que provoca este comentario, parece haber acogido las indicaciones de la escuela de Antonin Scalia. Se trata,

Fundación Speiro

así, de una sentencia que embrida la actividad demiúrgica del juez, que ignora los «cambios sociales», que impone el respeto literal de la norma, asignándole un primado sobre la interpretación y –por tanto– haciendo de la norma una disposición propia y verdadera.

La «recuperación» efectuada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ¿carece de problemas? Parece que no.

El kelsenianismo de Scalia, en primer lugar, hace del juez una enzima del poder. Le impone la aplicación acrítica, es decir, a-valorativa y por tanto dogmática, de cualquier norma positiva, por ejemplo de las normas que permiten el infanticidio, que transforman *ope legis* y en algunas circunstancias al acreedor en deudor, que anulan algunas obligaciones naturales (las de los padres –por ejemplo– respecto de menores e incapaces, etc. El positivismo absoluto hace depender del poder, a menudo arbitrario, como en los casos indicados, la legitimidad de la norma. Falta al positivismo absoluto una apertura hacia la racionalidad de las normas, si excluimos la racionalidad «operativa» que Hobbes teorizó magistralmente.

El positivismo jurídico absoluto no logra y no garantiza siquiera lo que con esfuerzo ha buscado y sigue buscando: la certeza del derecho. Si el derecho, en efecto, depende de las normas positivas, es perennemente incierto, su existencia precaria y sus prescripciones provisionales. No es instrumento de convivencia civil y de tutela del más débil como se repite erróneamente por doquier. Al contrario, es instrumento de lucha interna en el seno de las instituciones y medio en manos del más fuerte. He considerado la cuestión en el capítulo II de mi libro *Del diritto e della legge* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019), demostrando –espero– que la modernidad jurídica, con su positivismo jurídico, lleva al nihilismo jurídico. Sigo todavía convencido de ello.

Pero no sólo. El kelsenianismo de la escuela de Antonin Scalia acoge el relativismo bajo otra forma. Al reenviar la competencia de la legislación en materia de aborto procurado a los Estados, hace de ellos la «fuente» del derecho. Serían soberanos en esta como en otras materias. Cada Estado, en otras palabras, puede legislar como quiera. Resulta la

Fundación Speiro

contradicción, ya destacada por Pascal, de que el derecho sería el fruto de una «voluntad geográfica»: más allá de los Pirineos –observó– puede ser delito lo que en Francia, en cambio, está prescrito como conforme a la justicia (y viceversa).

En otras palabras, la democracia, como sostiene Kelsen, debe ser necesariamente relativista. Como toda forma de soberanía. Así, para referirnos a la cuestión del aborto procurado, éste puede ser –en Estados distintos pero que forman parte de una Federación– simultáneamente delito y derecho subjetivo. Obviamente, no es una cuestión secundaria. La «neutralidad» de la Constitución federal de los Estados Unidos permite esta y otras contradicciones que –por ejemplo, el fin de la vida– se han podido observar recientemente.

A la pregunta de fondo, ¿qué es el derecho?, el positivismo jurídico absoluto –el de Kelsen como el de Scalia– no puede responder. Cualquier opción legislativa, por tanto, se convierte en arbitraria, incluso si –en lo que respecta a cuestiones particulares– puede ser conforme a la justicia por casualidad.

6. Conclusión

La sentencia *Dobbs vs. Jackson* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque correcta metodológicamente si se considera desde dentro del sistema, plantea más problemas de los que resuelve. En otras palabras, su kelsenianismo perfecto deja suspendidas las cuestiones de fondo de un ordenamiento jurídico y con ellas la del derecho en sí mismo.

Fundación Speiro