

El derecho al aborto según “Dobbs”

Originalismo y mayoritarismo, en fallidas dosis

Por Roberto Gargarella

Quisiera ocuparme, en las páginas que siguen, del caso “Thomas Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, decidido días atrás por la Corte Suprema norteamericana, en relación con el derecho al aborto. Al respecto, quisiera presentar aquí unas breves reflexiones iniciales, relacionadas con el núcleo argumental principal que distingue al caso. Me referiré, en particular, a dos de las argumentaciones centrales que aparecen en la opinión mayoritaria. La primera (a la que le dedicaré la mayor atención) se relaciona con la posibilidad de reconocer al derecho al aborto como “profundamente enraizado” en la idea de “libertad” propia del derecho norteamericano (una idea que el fallo “Roe v. Wade” habría propiciado); y la segunda, relacionada con la invitación que hace la Corte para que –desde ahora en más, y una vez repudiada la decisión “Roe v. Wade”– dicha cuestión sea resuelta a través del recurso a la voluntad del “pueblo,” expresada en las legislaturas.

“Deeply rooted”: sobre los insalvables problemas del originalismo

Comienzo señalando lo siguiente: en términos argumentativos, el fallo “Dobbs” ofrece una muestra extrema acerca de una línea interpretativa llamativa –la teoría “originalista”, que prima en la Corte Suprema de los Estados Unidos desde que el máximo tribunal comenzó a albergar a una mayoría de jueces conservadores. Debe decirse que la versión extrema y más bien absurda del “originalismo,” que hoy prevalece en el superior tribunal es, más que consistente con, producto directo del carácter extremista que ha ido tomando dicho tribunal en estos últimos años (ver Apéndice sobre “La política de la Corte”).

El originalismo es una teoría interpretativa de larga vida, en los Estados Unidos, que emergiera (o re-emergiera, en verdad), a mediados de los años 60, y como reacción frente a las decisiones “liberales” que parecían distintivas de la llamada “Corte Warren” (la Corte que produjo “Brown v. Board of Education” y muchos de los fallos más de avanzada –en materia racial, de igualdad o de *welfare rights*– producidos por la Corte norteamericana, en toda su historia). A la mayoría de la Corte Warren se la acusó, entonces, de tomar decisiones “justas” tal vez, pero completamente desvinculadas del derecho vigente en el país. Sus críticos señalaron a los miembros de la Corte Warren como jueces dispuestos a “salir a buscar,” por fuera de la Constitución, lo que la Constitución no les ofrecía –como si estuvieran “inventando” el derecho a su gusto, o haciendo “interpretación libre” de la Constitución. En reacción al “liberalismo judicial” de los años 60, la reacción conservadora comenzó a reivindicar lecturas “originalistas”, profundamente enraizadas o “ancladas” en la historia del país. Es decir –según los

conservadores— el derecho no debía buscarse “por fuera” de la Constitución, en los grandes principios o ideas filosóficas, sino “buceando” dentro de la Carta Magna: por “adentro”, en las raíces mismas de la historia nacional. Los originalistas o conservadores de entonces afirmaron algo como lo siguiente: “Si usted tiene dudas sobre cómo interpretar un artículo de la Constitución, estudie historia, indague acerca de cuál era el entendimiento que había en la materia, en los orígenes de la cláusula que hoy le genera dudas. En lugar de decirnos cómo es que a usted le gustaría leer ese artículo, vaya a investigar qué era lo que se entendía al respecto, cuando ese texto nació.” Los originalistas prometieron así *dar certeza* a un derecho que la Corte Warren (y el “liberalismo jurídico”, en general), había convertido en “incierto”, al “des-amarrarlo” de la historia del país.

Por supuesto, los defensores de la Corte Warren en particular y, en general, quienes apoyan una lectura “evolutiva” de la Constitución (el llamado *living tree*), tienen mucho para decir a su favor, en defensa de su propia lectura interpretativa, y para mostrar de qué modo esa lectura se vincula con la Constitución y el derecho norteamericanos. Pero no es éste el momento de presentar esa defensa. Me interesa señalar, en cambio, la enorme debilidad de los argumentos originalistas que la Corte norteamericana, en su actual composición, radicaliza hasta el absurdo.

Por supuesto, los problemas del originalismo son extraordinarios y una discusión detallada del tema nos llevaría demasiado lejos. Pero, para los propósitos de este artículo, puede resultar suficiente señalar lo que sigue. Si hay algo que los originalistas no están en condiciones de garantizar eso es, justamente, aquello que primero prometen: certeza. Y ello, por

razones bastante evidentes. Ocurre que, cuando uno “bucea” en la historia constitucional de un país, en pos de una cierta respuesta, se encuentra con absolutamente todo lo que está dispuesto a encontrar. Y es que la historia promete darnos básicamente todo lo que busquemos. Esto es decir: en lugar de toparnos con una única y definitiva respuesta a nuestro ocasional interrogante (por ejemplo: “¿qué significa el término ‘dignidad?’” “¿Qué significado le asignamos al término ‘libertad?’”), nos encontraremos, previsiblemente, con una pluralidad de respuestas, diferentes o tal vez opuestas entre sí. Piénsese en cualquier Convención Constituyente —la que se nos ocurra. Dicha Convención reunirá, naturalmente, a decenas de personas con proveniencias e ideologías diferentes, por lo cual resultará esperable que sí, por ejemplo, indagamos en los debates de esa Convención en busca de una respuesta (i.e., “es que los Constituyentes pretendían asignarle mayores poderes al Ejecutivo, en situaciones bélicas?”), nos encontremos con posiciones diferentes, propias de la diversidad que es típica de una Convención plural (ello, sin poner en cuestión la misma búsqueda en juego porque, razonablemente, muchos podrían decirnos que resulta inaceptable la propuesta de buscar en lo dicho hace dos siglos las respuestas para problemas que hoy enfrentamos). Ante a dicho marco (i.e., la diversidad propia de una Convención), nuestras dudas interpretativas —y por tanto los riesgos de discrecionalidad que queríamos evitar— se disparan: dada esa diversidad de pensamientos, ideas y escritos, que previsiblemente vamos a encontrar, ¿con cuál de los criterios en disputa debiéramos quedarnos? ¿Con lo que dijo el bloque legislativo mayoritario, en ese momento? ¿Con lo que dijo o pensaba la

persona que fundamentó la cláusula hoy bajo examen? ¿Con lo que dijo el principal ideólogo de esa Constitución? Enseguida, nuestras dudas se agigantan porque ¿qué pasa si los teóricos de esa Constitución no dijeron nada sobre nuestra pregunta, durante los debates constituyentes? Y ¿qué si clarificaron su posición una vez terminada la misma, a través de cartas privadas o artículos periodísticos? Esos testimonios, ¿valen? (recordemos, para el caso de los Estados Unidos, que los papeles de *El Federalista*, tan habitualmente utilizados como fundamento de interpretaciones constitucionales, eran breves artículos de diarios escritos por James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, hacia el final de la Asamblea). Y ¿qué pasa si los testimonios que encontramos están en tensión entre sí? (Es lo que ocurre, de modo habitual, cuando comparamos muchas de las opiniones del liberal Madison con las del conservador Hamilton, ambos referentes de la Asamblea norteamericana). Y ¿qué pasa si el principal teórico de la Constitución ni siquiera formó parte de la Asamblea Constituyente que examinamos: cuenta su testimonio? (Es el caso de Juan Bautista Alberdi, en la Argentina). Quiero decir: buscando una respuesta cierta, “anclada en la historia”, nos encontramos con cantidad de respuestas posibles, muy habitualmente en tensión entre sí.

Conviene notar que, hasta aquí, sólo he aludido a algunos de entre los numerosos “camino originalistas” posibles. Muchos de los principales originalistas contemporáneos repudian, directamente, caminos como los sugeridos, y sugieren prestar atención no a lo que “estaba en las mentes de los ‘padres fundadores’ de la Constitución,” sino a las opiniones prevalecientes en la comunidad, en el momento de su dictado. Por ejemplo, Antonin Scalia, el fallecido y prominente

juez de la Corte norteamericana (jurista ultra-conservador, controvertido y uno de los principales propulsores contemporáneos del originalismo) directamente ridiculizaba a algunos de sus pares originalistas, que pretendían desentrañar las “intenciones” de los primeros constituyentes, y sugería a cambio preguntarse por el sentido original de los términos en disputa (por ejemplo: qué significaba “castigo cruel e inusual” en el momento en que esa referencia fue incorporada en la Constitución? ¿Incluía o no a la “pena de muerte”?). Reitero, entonces: el originalismo nos prometía –frente a sus criticados rivales– “certeza interpretativa,” pero eso es, precisamente, lo que el originalismo no es capaz de garantizarnos.

En definitiva, los problemas que enfrenta el originalismo son múltiples e insalvables, porque no terminamos por saber qué cosa hay que buscar dónde, del pasado: la opinión de quién (¿la de los constituyentes, la del ideólogo de la Constitución, la del “pueblo” de entonces?), expresada dónde (¿en la Convención, fuera de ella, en medios públicos, en cartas privadas?), cuándo (¿antes, durante, después de la aprobación de esa cláusula?), de qué modo (¿en público, en privado?), leída en qué nivel de abstracción (por ejemplo, la Enmienda XIV sobre la igualdad: debe pensarse en relación con la disputa racial que le dio origen, o es que ella también puede ser utilizada para pensar otros conflictos relacionados con la igualdad, como por ejemplo los referidos a la igualdad de género?), etc., etc.

La curiosa indagación histórica de la mayoría en “Dobbs”

Si propuse esta larga y tal vez tediosa introducción a los problemas del originalismo, ello se debe a que esos

problemas aparecen extremados hasta lo ridículo en el reciente fallo “Dobbs.” En el mismo, la mayoría dedica largo tiempo a demostrar que –contra las sugerencias de “Roe v. Wade”– no puede reconocerse al aborto como estando *deeply rooted* – “profundamente enraizado”– en la historia de los Estados Unidos. Según la minoría del caso, ésta es la principal línea argumentativa explorada por la mayoría, en su opinión conjunta (“*the lone rationale for what the majority does today is that the right to elect a n abortion is not deeply rooted in history*”, p. 5). Para la mayoría de la Corte, “el pueblo” de los Estados Unidos no pensó al aborto como formando parte de las “garantías de libertad” establecidas por la Constitución a través de la Enmienda XIV. Ello así, hasta que llegó “Roe” y quiso imponer la lectura contraria. Por ello mismo, para la mayoría ultra-conservadora, “Roe” representa un fallo “aberrante”. Se trató de una nueva muestra de la justicia “inventando” una respuesta ajena al derecho y a la historia del país. En este sentido, y de modo esperable (dado que varios miembros de la actual Corte se reconocen como militantes del “originalismo”), la mayoría derribó “Roe” a partir de una línea argumental anclada en la historia, y fundada en una interpretación constitucional de tipo originalista.

Dada la prevalencia de esa línea argumental (originalista) y la dirección de la búsqueda que propone la Corte (¿se encuentra el aborto *deeply rooted* en la historia nacional?), las dificultades que enfrenta la opinión mayoritaria son graves y –para nosotros, ahora– ya conocidas. Previsiblemente, el voto de la mayoría encuentra dificultades (a mi juicio insalvables) para decirnos por qué mira donde mira, para “anclar históricamente” su propia respuesta. Veamos: la mayoría conservadora gira hacia atrás, rebusca en la

historia, y detiene su mirada en 1868, año en que fue ratificada la Enmienda XIV, que incluía la idea de “libertad” ahora bajo estudio (conforme al voto de la minoría: “la opinión de la mayoría...se basa en una única pregunta: ¿es que los derechos reproductivos reconocidos en *Roe* y en *Casey* existían en 1868, el año que la Enmienda XIV fue ratificada?”, p. 12-13). Obviamente, la mayoría conservadora nos dice que allí y entonces (en el momento en que la Enmienda XIV era ratificada) no se estaba pensando sobre el aborto. Por ello –concluye– no puede considerarse que el significado de la noción de “libertad” incluida en la Constitución ampare una lectura que incorpore a la interrupción del embarazo entre sus contenidos.

En este punto, esto es decir, al momento en que la mayoría nos “revela” su estrategia interpretativa, ella queda enfrentada a una catarata de dificultades (a mi juicio) irremontables. Señalaré entonces, y a continuación, sólo a algunos de tales previsibles e insalvables problemas, como modo de iniciar una crítica más detenida sobre el fallo, que deberá proseguir en otra oportunidad.

Un primer problema significativo de esta opinión, es que no se entiende por qué debemos anclar precisamente allí –en el preciso año 1868– la respuesta sobre el significado de la idea de “libertad.” Concedamos –provisoriamente– que, en la indagación sobre el sentido presente de la Constitución, tiene sentido comenzar a indagar en el pasado. El porqué de esa indagación en el pasado no es obvio –como supone el originalismo– pero –a los fines argumentativos– podríamos conceder dicha pretensión sin mayores problemas. Podríamos coincidir, por ejemplo, en un reclamo razonable, como el siguiente: “queremos saber qué pensamos, como

‘pueblo’, acerca de un cierto tema controvertido, y entendemos que hemos ido definiendo esa respuesta a lo largo de nuestra historia.” Ahora bien, si la *rationale* de la indagación histórica se encuentra en una idea como la citada (“el valor de lo que hemos ido construyendo, como pueblo, a lo largo de cientos de años”), entonces no se entiende por qué deberíamos “datar” o anclar nuestra respuesta en una fecha tan concreta: 1868. Resulta claro, después de ese año, y también en el siglo siguiente, y también desde el año 2000, seguimos hablando y pensando colectivamente, y como “pueblo”, sobre la libertad, y sobre nuestra comprensión de la Constitución en la materia. ¿Por qué son menos válidas nuestras reflexiones “pasadas,” o “históricas”, posteriores a 1868? (reflexiones que, cabe acotar, incluyen entre muchísimas otras relevantes, a las que expresáramos en “Roe”).

Un segundo problema extraordinario que presenta la argumentación de la Corte (para responder a este problema que afecta tan especialmente a las mujeres), tiene que ver con su propuesta de centrar nuestra atención en una etapa (el siglo XIX) donde, por lo demás, *sólo los hombres* estaban autorizados a hacer y escribir el derecho. Las mujeres estaban legalmente impedidas, entonces, de votar, e impedidas por tanto de ejercer su ciudadanía activa. Curioso y muy preocupante: la Corte nos propone deferir nuestra respuesta a un problema de hoy, que afecta tan severa y particularmente a las mujeres, yendo hacia atrás, para quedarnos en un momento en donde ellas no estaban autorizadas legalmente ni siquiera a votar. Mucho peor que ello: se nos impone hoy esta respuesta en nombre del “pueblo” norteamericano en su conjunto! Un “pueblo” que excluía por completo a las minorías raciales, y en donde las mujeres

estaban impedidas de votar (las mujeres ganarían su derecho al voto más de 50 años después).

Un tercer problema grave de la respuesta “histórica” de la mayoría de la Corte es que la misma resulta, previsiblemente, caprichosa: prometiéndonos “certeza” –y no la discrecionalidad que atribuye a sus rivales– la Corte nos ofrece lo que quiere, donde quiere, mostrándonos lo que tiene ganas de mostrarnos, y ocultándonos lo que no quiere que veamos. Notablemente, y por ejemplo, el voto mayoritario simplemente ignora y pasa por alto el hecho de que “el derecho temprano” (el de la época en que la Enmienda XIV fue ratificada) sí proveía de algún apoyo al derecho al aborto”, tal como demuestra el voto minoritario (p. 13 y siguientes).

Por lo demás, el derecho vigente desde “Roe v. Wade” (1973), y la jurisprudencia consolidada en los últimos 50 años, no puede simplemente “removerse” de un día al otro, porque alguno de los fundamentos del fallo no era apropiado. La Corte no puede “decidir” algo así, caprichosa e intempestivamente, como si la vida y fortaleza de un derecho vigente desde hace medio siglo, dependiera, exclusivamente, de un argumento dado en 1973, y no de una construcción histórica, producto de siglos de movilizaciones y disputas, decenas de años caracterizados por amplios acuerdos, desacuerdos y reencuentros colectivos.

El camino “mayoritarista”

En este punto –cuando, en razón de (insostenibles) argumentos originalistas, la mayoría de la Corte “derriba” “Roe”– se abre todo otro abanico de problemas nuevos. Ocurre que, luego de invalidar “Roe”, la mayoría de la Corte propone que la regulación del aborto quede en manos del

“pueblo”, para pasar a depender, desde ahora en más, de lo que digan las legislaturas de los distintos Estados (legislaturas que en muchos casos, y tal como comprobamos enseguida después del fallo, contaban con normas anti-abortistas o de criminalización directa de las mujeres que aborten, ya aprobadas y preparadas para activarse apenas saliera el fallo).

Ahora bien, para muchos juristas (entre los que me incluyo), tradicionales críticos del “carácter contra-mayoritario” del Poder Judicial, el punto señalado por la mayoría de la Corte –su invitación– parece desafiante: ¿no era esto, precisamente, lo que demandábamos? ¿No reclamábamos, acaso, que “el pueblo” y no la propia Corte decidiera qué hacer, frente a problemas como el que el aborto plantea? (uno de esos críticos, Jeremy Waldron, publicó inmediatamente una respuesta al fallo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4144889).

El tratamiento detenido de la cuestión –llamémoslo, “el camino mayoritarista” propuesto por la Corte– requeriría de una reflexión especial, que aquí no abordaré. Sin embargo, para no “escapar” de la (cínica) invitación que (nos) realiza la Corte, mencionaré al menos (y apenas) algunas cuestiones, a ser perseguidas en el futuro, con más detalle.

En primer lugar, muchos propiciamos desde hace tiempo que, en efecto, los problemas públicos más importantes y divisivos que enfrenta la comunidad, sean resueltos a través de debates públicos (como ocurriera, en materia de matrimonio igualitario y aborto, por ejemplo, en países –de mayoría católica– como Irlanda o la misma Argentina). Sin embargo –cabe notarlo desde un comienzo– al señalar algo semejante, no asimilamos “debate público”

con una decisión “mayoritaria” “impuesta” con independencia de los resultados efectivos de esa deliberación ciudadana. “Debate público” no es lo mismo que “debate legislativo.” Mucho menos asimilamos “debate público” con lo que “decida” en algún momento, de cualquier forma (apelando o no al debate público) alguna legislatura, y aún menos una legislatura local. Cuando hablamos de debate público, hablamos de la ciudadanía, en primer lugar (y no de órganos que decidan “en nombre” de la ciudadanía, y de espaldas al debate colectivo).

En segundo lugar: a la luz de la crisis de representación de larga data que afecta a nuestras democracias, y mucho más en tiempos (que la doctrina prevaeciente califica como) de “erosión democrática”, sugeriría agregar precauciones adicionales muy fuertes, antes de asimilar “pueblo” con “la legislatura estatal o provincial”: en cualquiera de nuestros países, muchas de esas legislaturas, previsiblemente, estarán “tomadas” o “colonizadas” por las oligarquías/elites locales tradicionales. No confundamos al “pueblo” con la “oligarquía” que toma su lugar y decide en su nombre. Al menos, reconozcamos que no son lo mismo, y que las diferencias existentes requieren de “prudencias” que el fallo no ofrece.

En tercer lugar, y teniendo en cuenta a casos como “West Virginia vs. EPA,” (un caso sobre el tema climático, decidido por esta misma Corte horas después de decidir “Dobbs”), debe notarse que el compromiso “mayoritarista” del máximo tribunal norteamericano resulta cuanto menos dudoso: en dicho caso, la Corte demostró que no tiene problema alguno en declarar inconstitucionales las leyes surgidas de las legislaturas a las que parecía invitar a expresarse (dejando así de lado su

declamado compromiso con “la voz del pueblo”).

En cuarto lugar, nuestra defensa de la democracia y la deliberación pública no ignora sino que reclama el cuidado especial de un área, cual es la de la “moral personal”. Me refiero a un territorio que debe mantenerse a salvo de las imposiciones de cualquier mayoría y, también, de las pretensiones (moralizantes) de los tribunales. El tema es controvertido, pero (cualquiera sea la posición que uno asuma en relación con la separación público/privado) uno debe, en todo caso, ofrecer respuesta a preguntas como las siguientes: ¿cómo proponemos tratar las cuestiones relacionadas con la religión o ideología de cada uno, por ejemplo? ¿consideramos que los jueces o los legisladores pueden imponer una religión, o prohibir alguna creencia religiosa? Según entiendo, la respuesta debe ser negativa, por más dificultades que tengamos en trazar la línea entre lo “público” y “privado” (que, en mi caso, considero -como John Stuart Mill, vinculada con la idea de “daños a terceros” y no con “intimidación” o con la idea de “espacio al resguardo de la vista de los demás”). Y aquí es donde se advierte otro problema extraordinario del fallo: en él se le pide a las legislaturas (locales) que decidan (libremente) sobre la materia, como si ellas pudieran avanzar sobre el territorio en cuestión del modo en que lo prefieran. Esto es decir, como si el espacio de la “privacidad” no fuera relevante, o simplemente no tuviera existencia o entidad constitucional. Más precisamente, como si en los Estados Unidos no existiera un histórico compromiso nacional acerca de la importancia de proteger a ciertas decisiones personales, frente a las potenciales pretensiones o intrusiones del Estado.

En definitiva, puede considerarse al fallo “Dobbs” como expresión de un momento crítico, excepcional y extremo de la democracia norteamericana. En las páginas anteriores, procuré mostrar que la argumentación ofrecida por la mayoría, en “Dobbs”, resulta indefendible e insalvable, por razones como las enumeradas, relacionadas con la pobre teoría interpretativa en la que se basa, y su muy impreciso, más bien vacío y volátil compromiso “mayoritarista”.

APÉNDICE: La política de la Corte

La reciente decisión de la Corte Suprema norteamericana, en el caso “Dobbs” –como, inmediatamente luego, su fallo en “West Virginia vs. EPA,” sobre cómo enfrentar el cambio climático– representan ejemplos dramáticos acerca de la manera anómala, más bien patológica, en que funcionan los tribunales de nuestro tiempo, en el marco de degradadas democracias constitucionales. Antes de concluir este brevísimo análisis sobre el caso “Dobbs”, permítaseme agregar unas breves notas adicionales acerca de lo que denominaré “la política de la Corte”. Quiero decir: ¿qué estructuras institucionales favorecen este tipo de resultados, tan extremos?

Como paso inicial, y para evitar suspicacias –la suspicacia de sugerir, por ejemplo, que uno impugna el funcionamiento de los tribunales “recién ahora,” y “porque está en desacuerdo con algunos fallos”– conviene aclarar que muchos criticamos el “carácter contra-mayoritario” de los tribunales desde hace décadas, y sostenemos que las cuestiones relacionadas con derechos fundamentales deben ser resueltas a través de procesos “políticos”, en lugar de saldadas a través de golpes de la mesa, o por medio de la

imposición de unos pocos (i.e., los jueces de un tribunal superior). Ello, contra el criterio (absurdo y antidemocrático) de muchos (incluyendo la opinión de venerables juristas, como Luigi Ferrajoli o Raúl Zaffaroni) que sostienen lo contrario, y afirman que la “democracia” no debe “interferir” con la esfera de los “derechos” (“la esfera de lo indecible”, en términos de Ferrajoli), ya que los derechos deben quedar bajo custodia final o exclusiva de los jueces.

En segundo lugar, quisiera aclarar que la referencia del comienzo, sobre lo “patológico” de la situación presente, no debe entenderse como un “insulto” o un “arrebato”, producto del enojo del momento. Más bien, tal consideración pretende ser “descriptiva” de una situación grave que enfrentamos desde hace tiempo - una situación que comienza en las instituciones políticas, para extenderse luego a las judiciales, y que ha llevado a buena parte de la literatura académica a hablar del problema de la “erosión democrática”. El concepto de “erosión democrática” viene a decirnos que la concentración del poder, que se ha agudizado en años recientes (en el caso de los Estados Unidos, acelerada a partir de los trágicos hechos del 11 de septiembre) ha generado, esperablemente, una distorsión letal sobre el sistema de “frenos y contrapesos”. En efecto, si dentro del esquema de “equilibrio de poderes”, una de las ramas de gobierno -típicamente, el Ejecutivo- expande enormemente sus capacidades de presión sobre las restantes, entonces, el buscado equilibrio constitucional tiende a romperse. Entonces, el Ejecutivo comienza a utilizar los medios (económicos y coercitivos) de que dispone, para “erosionar” de a poco, y cada vez más, la estructura de frenos y controles dentro de la cual se encuentra asentado. Se trata de un fenómeno que en América Latina

conocemos, lamentablemente, desde hace décadas, relacionado con lo que Carlos Nino denominara “sistemas híper-presidenciales.”

Pues bien, el hecho es que el preocupante fenómeno de la “erosión democrática” tiende a impactar, también, y de manera obvia, sobre las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, a partir de un reforzado poder presidencial que inevitablemente comienza a lanzar sus “embates” contra el Poder Judicial en general y, en particular, contra las instituciones y personas que quieran oponérsele o desafiarlo (de allí la tontera de hablar, como se habla en nuestro país, del “lawfare” –una categoría absurda que nos impide ver que son los gobiernos en ejercicio, cualquiera sea su ideología, los que más incentivos y medios tienen para perseguir opositores, a través de la presión sobre los jueces).

Dentro de un marco teórico como el descripto (la “erosión democrática”), Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, autores del best-seller mundial “Cómo mueren las democracias”, explican de qué manera la organización del poder norteamericana (desde la política y hasta los tribunales) se ha ido corriendo hacia los extremos. Según ellos, la patológica situación actual encuentra su punto de partida en una serie de institutos no-democráticos –comenzando por el Senado y el Colegio Electoral (Colegio que ha consagrado como Presidentes a candidatos republicanos, como Trump, derrotados, por amplio margen, en las elecciones). Conforme a ambos autores, “los demócratas vencen en las áreas densamente pobladas, mientras los republicanos dominan las áreas menos pobladas, pero este sesgo rural de larga data ahora permite que el Partido Republicano gane la Presidencia, controle el Congreso y llene la Corte Suprema sin ganar mayorías

electorales.” En esa distorsión anti-democrática residiría una de las raíces del problema institucional que, en la actualidad, los tribunales –a través de sus fallos– también manifiestan.

En todo caso, lo dicho recién sólo pretende explicar el “extremismo conservador” de la Corte de los Estados Unidos –un fenómeno coyuntural preocupante, pero que se asienta sobre un problema mayor, estructural e histórico: en una democracia, son los ciudadanos mismos, a través del debate público (como, en parte al menos, ocurrió en la Argentina con el tema del aborto) los que deben iniciar y llevar adelante los procesos de decisión sobre los asuntos que más les importan. Lamentablemente, sin embargo, nuestras instituciones no prohíben, pero no alientan o dificultan seriamente dicha posibilidad.