

EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA COMO ANCLAJE DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH VIS A VIS LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

THE RIGHT TO PRIVACY AS ANCHORAGE OF REPRODUCTIVE RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW VIS-À-VIS THE UNITED STATES SUPREME COURT CASE LAW

Trilce Valdivia Aguilar*

RESUMEN: En este trabajo, se describirán los principales criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América con relación al derecho a la vida privada, en particular sobre cómo ambas cortes han anclado los derechos reproductivos al **ámbito formal de protección del derecho a la privacidad**. Se hará especial énfasis en la *ratio decidendi* de los fallos de los casos Beatriz v. El Salvador y Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization. Se compararán los criterios de ambos tribunales para la interpretación de derechos fundamentales con especial énfasis en: los métodos de interpretación originalista y evolutivo, el examen de razonabilidad en tres niveles de escrutinio y el examen de proporcionalidad, el control de convencionalidad y el federalismo en la protección de derechos fundamentales, así como el principio de “autonomía reproductiva” y el de “libertad ordenada”.

Palabras clave: derechos reproductivos, privacidad, interpretación evolutiva, originalismo, proporcionalidad, caso Beatriz v. El Salvador, caso Dobbs.

ABSTRACT: In this paper, the author describes the main interpretation techniques applied by the Inter-American Court of Human Rights and the US Supreme Court with respect to the right to privacy, particularly focusing on how both courts have anchored reproductive rights to the scope of protection of the right to privacy. Special emphasis will be placed on the *ratio decidendi* of the rulings in the cases Beatriz v. El Salvador and Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization. The author will compare both tribunals’ fundamental

* LL.M. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Northwestern University. Profesora auxiliar a tiempo completo en el Departamento de Derecho y Ciencia Política, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Dirección postal: Urb. Campiña Paisajista, s/n, Quinta Vivanco, Arequipa, 04001. Correo electrónico: tvaldivia@ucsp.edu.pe.  0000-0002-6842-1632. Esta investigación se desarrolló gracias al financiamiento del concurso “25 Años al Servicio de la Investigación de la Universidad Católica San Pablo”. La autora agradece los comentarios de Ligia Castaldi y Beatriz Ramírez Huaroto a una versión previa de este trabajo.

rights interpretation criteria with special emphasis on originalism and living interpretation, three-tier scrutiny rationality test and proportionality, conventionality control and federalism in the protection of fundamental rights, as well as the principle of “reproductive autonomy” and “ordered liberty”.

Keywords: reproductive rights, privacy, living interpretation, originalism, proportionality, *Beatriz v. El Salvador* case, *Dobbs* case

I. INTRODUCCIÓN

El concepto “derechos reproductivos (en adelante, DRR)” se introdujo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 y se reevaluó en la IV Conferencia Internacional de la Mujer. Se les definió como “los derechos de todas las personas y los individuos a: decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos, el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción, el derecho a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva”. No obstante, no se trataría de un concepto neutral, pues tiene raíces liberales vinculadas a una racionalidad anglosajona que “reivindica la emancipación de la mujer, su absoluta liberación e independencia con respecto al varón y el absoluto control de la reproducción o más bien su abolición”¹. Los rasgos significativos de dichos derechos habían sido perfilados por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (en adelante, SCOTUS) en fallos tales como *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstadt v. Baird* y *Roe v. Wade*, derogado por el fallo *Dobbs v. Jackson*.

Siendo que estos derechos no se encuentran expresamente reconocidos en instrumentos vinculantes, suelen incardinarse como contenidos implícitos de otros derechos. Es el caso del derecho a la salud reproductiva que suele desprenderse de los derechos a la vida, la integridad y a la salud; y de la autonomía reproductiva, que suele vincularse al derecho a la vida privada, como es el caso del aborto y el acceso a técnicas de reproducción humana asistida. Así lo observamos no sólo en “*Roe*”, sino también en la jurisprudencia de importantes órganos internacionales y tribunales como la Corte Constitucional de Colombia en sus sentencias C-355/06² y C-055/22³, el Comité de Derechos Humanos en *K.L. v. Perú*⁴ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en *A, B y C v. Irlanda*⁵.

Dada la relevancia del aporte norteamericano de matriz anglosajona para la comprensión de los DRR y el giro jurisprudencial producido en la sentencia del caso *Dobbs*, consideramos relevante describir las principales similitudes y diferencias

¹ ELÓSEGUI (2000) p. 689.

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06.

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055/22.

⁴ Comité de Derechos Humanos, *K.L. v. PERÚ*.

⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A, B y C v. IRLANDA* (2010).

entre la metodología de interpretación empleada por SCOTUS para determinar el contenido protegido por el derecho a la vida privada, en particular cuando contempla como parte de este a los DDDR, y los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), la que desde 2012 viene desarrollando su propia línea jurisprudencial sobre la materia, y que es previsible que se consolide con la emisión de la sentencia del caso *Beatriz v. El Salvador*.

No soslayamos las diferencias existentes entre ambos tribunales. Tienen una estructura distinta, uno como tribunal internacional y otro como tribunal supremo federal. Además, responden a culturas jurídicas distintas. No obstante, tienen una similitud importante a efectos de este artículo: ambas cortes interpretan el contenido protegido por los derechos constitucionales y sus límites. Consideramos que presentar un paralelo entre el razonamiento de ambos tribunales contribuye a una mejor interpretación del contenido protegido de los DDDR, resaltando las similitudes y diferencias en el proceso de migración de esta idea del tribunal norteamericano al tribunal interamericano y a la identificación de nuevos caminos argumentativos. Para lograr este objetivo, primero, describiremos los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte IDH; segundo, expondremos los criterios desarrollados por SCOTUS, para, en el tercer acápite, compararlos centrándonos sobre todo en cuatro aspectos: los métodos de interpretación originalista y evolutivo; el examen de razonabilidad en tres niveles de escrutinio y el examen de proporcionalidad; el control de convencionalidad y el federalismo en la protección de derechos fundamentales (en adelante, DDDF); y el principio de “autonomía reproductiva” y el de “libertad ordenada” en la interpretación de los DDDR.

II. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO PARTE DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Este acápite se enfoca en explicar cómo la Corte IDH ha ampliado el derecho a la vida privada, conectándolo de manera intrínseca con la autonomía, dignidad y los DDDR.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) reconoce en su art. 11 el derecho a la vida privada. El primer proyecto de la CADH de 1959 contenía en su art. 8 el reconocimiento del derecho al honor y a la vida privada⁶. Señalaba: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, y contra ataques contra su honra o reputación”. Luego, en 1967, el Consejo Permanente de la OEA encargó a la Comisión IDH un nuevo proyecto de Convención que reconoció en su art. 10 el derecho a la vida privada. A esta fórmula Uruguay sugirió añadirle la protección de la dignidad, la que fue incorporada al título del artículo. Finalmente, se aprobaría la fórmula:

⁶ BUSSO (2021) p. 413.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La primera vez que la Corte IDH declaró una violación de este artículo fue en la sentencia del caso *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*⁷, donde sancionó la violación del derecho a la honra de las víctimas, dado que fueron tratadas como “terroristas” y sometidas “al odio, desprecio público, persecución y a la discriminación”⁸. Más adelante, en *Tristán Donoso v. Panamá*, y *Escher v. Brasil*, la Corte IDH protegió una nueva dimensión de la vida privada: el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, interpretando de manera amplia el término “correspondencia”. Si bien la Corte no encontró que la interceptación y grabación de las comunicaciones de *Tristán Donoso* violaran el derecho a la vida privada; consideró que la divulgación de estas comunicaciones constituyó una vulneración del derecho tras un examen de legalidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad. Razonó que “la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros”⁹, valoró además que se trataba de una conversación protegida por el secreto profesional. Concluyó que la medida adoptada por el gobierno no cumplía con el requisito de legalidad al estar prohibida en Panamá. En *Escher v. Brasil*, la Corte IDH juzgó que las conversaciones telefónicas de las víctimas eran de carácter privado y sus titulares no autorizaron que fueran conocidas por terceros. Tras analizar la legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones de *Escher*, concluyó que la Constitución establecía limitaciones al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, las que no se cumplieron, pues la autorización judicial no tuvo una motivación adecuada, vulnerando el requisito de legalidad¹⁰. Asimismo, dichas comunicaciones se encontraban protegidas por el secreto judicial¹¹, por lo que la diseminación por parte de la prensa y de las autoridades estatales vulneró su derecho a la vida privada y a la honra.

El art. 11 protegería también el derecho a la inviolabilidad de domicilio. Así se interpretó en *Masacres de Ituango v. Colombia*, *Escué Zapata v. Colombia*, y *Fernández Ortega v. México*. En *Masacres de Ituango*, la Corte IDH determinó la vulneración del derecho a la propiedad y del derecho a la vida privada, ya que la

⁷ ZELADA Y BERTONI (2019).

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *HERMANOS GÓMEZ PAQUIYAURI V. PERÚ*, párr. 182.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *TRISTÁN DONOSO V. PANAMÁ*, párr. 75.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ESCHER V. BRASIL*, párr. 146.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ESCHER V. BRASIL*, párr. 164.

quema de las viviendas de los pobladores de “El Aro” por parte de fuerzas paramilitares y el Ejército colombiano, los despojó no sólo de sus domicilios, sino también de aquel “espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada”¹². En Escué Zapata, la Corte valoró que el ingreso de los militares al domicilio del actor sin su consentimiento y sin autorización judicial configuró una vulneración del art. 11.2 de la CADH¹³. Hechos semejantes fueron sancionados en Fernández Ortega, donde militares ingresaron a la casa de la víctima sin su consentimiento¹⁴.

La dimensión central del art. 11 que este trabajo busca analizar es aquella que entiende el derecho a la vida privada como autonomía, “libre desarrollo de la personalidad” o también llamado, “derecho a la dignidad”. El primer caso que presenta este argumento es Fernández Ortega, donde la Corte abordó actos de violencia sexual cometidos por agentes estatales contra mujeres indígenas en Guerrero, México, allí destacó que “el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”¹⁵. Al haberse materializado actos de violencia sexual contra Fernández Ortega, se “anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas”¹⁶. La interpretación realizada en Fernández Ortega avizoraba una concepción de vida privada entendida no solamente como libertad negativa o espacio de no interferencia por parte del Estado, sino también como una libertad positiva, más semejante a la interpretación que del mismo derecho ha realizado el TEDH. Luego, en Atala Riffo v. Chile, la Corte reiteró que “la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”¹⁷ y afirmó que la orientación sexual está protegida por la vida privada, por lo que toda injerencia en este ámbito debe cumplir los requisitos de un *test* de proporcionalidad, y ser sometida además a un escrutinio estricto, cuando los hechos inciden también sobre el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación¹⁸.

En Pavez Pavez v. Chile, se consolidó la vinculación entre vida privada y dignidad, al entender que “un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”¹⁹. Este principio impide la instrumentaliza-

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *MASACRES DE ITUANGO V. COLOMBIA*, párr. 194.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ESCUÉ ZAPATA V. COLOMBIA*.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *FERNÁNDEZ ORTEGA V. MÉXICO*.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *FERNÁNDEZ ORTEGA V. MÉXICO*, párr. 129.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *FERNÁNDEZ ORTEGA V. MÉXICO*, párr. 129.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE*, párr. 162.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE*, párr. 72.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *PAVEZ PAVEZ V. CHILE*, párr. 133.

ción de la persona y “veda toda actuación estatal que [...] lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre la propia vida, su cuerpo, y el desarrollo pleno de su personalidad”²⁰. En *Pavez*, se propuso también la interrelación entre los derechos a la identidad y a la vida privada; afirmando la posibilidad de las personas de exteriorizar su modo de ser y afianzar su individualidad frente al Estado, constituyendo tanto la orientación sexual como la identidad sexual aspectos esenciales de la vida privada²¹. Reiteró que toda injerencia en el contenido de este derecho se evalúa bajo un *test* de proporcionalidad y cuando se relaciona con una categoría sospechosa de discriminación se evalúa además bajo un escrutinio estricto. Asimismo, *Olivera Fuentes v. Perú*, amplía también la comprensión del derecho a la vida privada, extendiéndolo a espacios públicos, incluyendo la expresión de género²².

Esta dimensión de “autonomía y dignidad” ha fundamentado la interpretación de los DRRR como implícitos en el contenido del derecho a la vida privada. Ello se materializó en la sentencia del caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, donde la Corte IDH señaló que “la decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser padre o madre en el sentido genético o biológico”²³. Asimismo, precisó que el derecho a la vida privada se relaciona con: “(i) la autonomía reproductiva, y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”²⁴. La Corte estableció una vinculación inmediata entre los derechos a la vida privada, la integridad y la salud. Así, los DRRR son parte del contenido del derecho a la salud, entendidos como derechos que “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”²⁵. La Corte IDH consideró además que la salud reproductiva implica que los sujetos “puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable” y el derecho “a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables”²⁶. Interpretó que el derecho a la vida privada se relaciona con el derecho a acceder a la tecnología necesaria para reproducirse, el que implicaría el acceso a servicios de asistencia reproductiva y la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias. La Corte entendió que se había vulnerado dicho derecho en este caso, pues la Sala Constitucional de Costa Rica al ratificar la prohibición absoluta de la fecunda-

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *PAVEZ PAVEZ v. CHILE*, párr. 59.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *PAVEZ PAVEZ v. CHILE*, párr. 62.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *OLIVERA FUENTES v. PERÚ*, párr. 94.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 143.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 146.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 148.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 150.

ción *in vitro*, “impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos”²⁷; asimismo, tuvieron que revelar dicha información a terceros y vieron impedido su proyecto de vida. La Corte consideró que esta injerencia en la vida privada fue grave, no equiparable a la pérdida embrionaria; por lo que, al ponderar, favoreció al derecho a la vida privada. En *Artavia Murillo*, la Corte empleó un criterio evolutivo para interpretar el art. 4.1 de la Convención relativo a la protección de la vida del concebido²⁸; y también el derecho a la vida privada, aunque sin explicitarlo.

La relación entre el derecho a la protección de la dignidad y autonomía con el derecho a la vida privada se reafirmó en *I.V. v. Bolivia*²⁹. Para la Corte, el principio de dignidad prohíbe cualquier acción estatal que convierta al individuo en un mero medio para objetivos ajenos a sus propias decisiones sobre aspectos esenciales de su vida y desarrollo personal³⁰. En *I.V.*, la Corte abordó la cuestión del consentimiento informado como contenido protegido por el derecho a la vida privada, destacando la relación entre los derechos a la salud, la integridad y la privacidad, afirmando la libertad de las personas “de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias, tales como no ser sometido a torturas, ni a tratamientos y experimentos médicos no consentidos”³¹. En relación con la salud sexual y reproductiva, la Corte consideró que se vincula con la autonomía y libertad reproductiva, permitiendo tomar decisiones autónomas sobre el propio cuerpo, plan de vida, como decidir mantener o no la capacidad reproductiva, el número de hijos y el intervalo entre estos³².

En la sentencia del caso *Manuela v. El Salvador*, la Corte IDH reconoció una nueva dimensión protegida por el derecho a la vida privada, como es la protección de los datos personales sanitarios. En particular, la Corte señaló que responden a aspectos sensibles y delicados en la vida, concluyendo que “las personas tienen derecho a que la atención médica sea confidencial”³³. Consideró que la divulgación de los datos personales de salud de *Manuela* por parte de la médica tratante como parte de las investigaciones policiales por presunta comisión del delito de parricidio vulneró el derecho a la vida privada, entendido como el derecho a la reserva de su historia clínica. La limitación a este derecho no habría cumplido con los requisitos de legalidad, pues la legislación sobre la materia era vaga y contradictoria al no aclarar si los médicos tenían siempre la obligación de denunciar situaciones de

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 277.

²⁸ Se ha criticado este proceso de toma de decisión, pues la Corte habría preferido criterios de interpretación evolutiva a criterios de interpretación en el sentido corriente de los términos del artículo 4.1 que protege el derecho a la vida en general desde la concepción. Ver: PAÚL (2013)

²⁹ Dicho vínculo y su relación con el consentimiento informado se reiteró en *Poblete Vilches v. Chile*. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *POBLETE VILCHES Y OTROS v. CHILE*, párr. 172.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.V. v. BOLIVIA*, párr. 150.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.V. v. BOLIVIA*, párr. 155.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.V. v. BOLIVIA*, párr. 152, 157.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *MANUELA v. EL SALVADOR*, párr. 206.

emergencias obstétricas. Sobre la idoneidad de la medida, la Corte consideró que la restricción perseguía una finalidad legítima: investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Asimismo, estableció que la medida era necesaria, pero la valoró como desproporcionada, ya que en su opinión “el establecimiento de la obligación de denuncia al personal de salud puede inhibir a las mujeres de obtener el tratamiento médico requerido, poniendo en peligro su vida”³⁴. La Corte consideró también que la declaración de la médica tratante como parte de las investigaciones de la policía vulneró el derecho a la reserva de la historia clínica de Manuela, la que sólo debería revelarse bajo orden fundamentada por una autoridad competente y en términos limitados³⁵.

Más recientemente, en la sentencia del caso *Beatriz v. El Salvador*, la opinión mayoritaria de la Corte IDH ha optado por no vincular el contenido protegido del derecho a la vida privada con una alegada dimensión de la salud y autonomía reproductiva solicitada por la Comisión IDH y los representantes de las víctimas para este caso: la despenalización del aborto y el acceso al aborto respectivamente. Por el contrario, se vinculó la protección del derecho a la vida privada con el derecho a la integridad física y psicológica, sancionándose al Estado por no contar con protocolos de actuación adecuados frente a casos de emergencias obstétricas lo que implicó para Beatriz una larga hospitalización, la burocratización de las decisiones de sus médicos tratantes y una severa ansiedad y desesperación. Asimismo, se consideró como afectación del derecho a la vida privada, el que no se tomara en cuenta la opinión de Beatriz sobre la atención a su condición. La falta de certeza jurídica respecto de las actuaciones permitidas para el personal médico en casos como el de Beatriz, “en donde se combinaba un embarazo de alto riesgo por múltiples factores y la inviabilidad de vida extrauterina del feto”³⁶ implicó una situación de violencia obstétrica, afectando así sus derechos a la salud, integridad física y vida privada.

III. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El *Bill of Rights* es uno de los primeros instrumentos en reconocer una garantía específica vinculada a la protección de aspectos privados. La IV Enmienda señala:

No se infringirá el derecho del pueblo a que sus personas, domicilios, papeles y efectos estén protegidos contra los registros y las incautaciones irrazonables, y no se expedirán a ese fin órdenes que no se justifiquen por un motivo verosímil, que estén corroboradas por juramento o afirmación, y en las que se describa específicamente el lugar que deba registrarse y las personas o los objetos que han de aprehenderse.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *MANUELA V. EL SALVADOR*, párr. 223.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *MANUELA V. EL SALVADOR*, párr. 227.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *BEATRIZ V. EL SALVADOR*, párr. 135.

Esta consagración encuentra sus raíces en el Derecho Colonial, reflejando el clásico aforismo inglés *a man's house is his castle*. El vínculo entre esta enmienda y la protección de la privacidad se encuentra por primera vez en el texto *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, del juez Thomas M. Cooley, para quien las garantías de la III, IV y V enmienda “constituyen vehículos de protección de la privacidad individual”³⁷. Posteriormente, en su libro *Treatise on the Law of Torts*, acuñó la expresión *the right to be left alone*, destacando que “el derecho de la persona a protegerse frente a invasiones de la privacidad alcanza tanto frente a la intromisión ilegal de los agentes del gobierno como frente a la curiosidad lasciva del público en general”³⁸.

A fines del Siglo XIX, la proliferación de los medios de prensa y los avances de la fotografía, llevarían a la prensa sensacionalista a publicar diversos aspectos de la vida privada de los *socialités* norteamericanos. Frente a este fenómeno, Warren y Brandeis, proponen un mecanismo de protección legal que pueda ser invocado para amparar la intimidad del individuo ante la invasión de fotógrafos de prensa. Se trataría del *right to privacy*, un poder para impedir que los asuntos privados sean discutidos por la prensa, materializado en la acción de indemnización por daños “ocasionados frente a la recopilación y publicación de aspectos reservados de la vida personal”, distinta de la acción por difamación, que protegía a las personas frente a la divulgación de hechos falsos³⁹.

La doctrina fue recogida por SCOTUS en casos posteriores, como *Union Pacific Railway Co. v. Botsford*⁴⁰, donde falló que en el marco de un proceso civil un juez no puede obligar a nadie a someterse a un examen quirúrgico, pues la persona tiene derecho a la posesión y control de sí frente a terceros⁴¹. Diversas Cortes fueron reconociendo el derecho a la privacidad, principalmente en casos que involucraron el uso no autorizado de la imagen personal. Más tarde, en *Olmstead v. United States*⁴², SCOTUS juzgó un caso que involucraba escuchas telefónicas realizadas por agentes del gobierno durante cinco meses, dirigidas contra comerciantes sospechosos de violar la *National Prohibition Act* de 1920. La corte falló en contra de los demandantes, argumentando que la IV Enmienda “exigía una efectiva intrusión física (*physical trespass*) en los domicilios, documentos y efectos personales”⁴³. En su opinión disidente el Juez Brandeis argumentó que la Enmienda protege contra “toda intrusión no justificada del gobierno en la privacidad del individuo, cualesquiera que sean los medios empleados”⁴⁴. Asimismo, defendió su interpretación evolutiva para atender a

³⁷ SALDAÑA (2012) p. 205.

³⁸ SALDAÑA (2012) p. 206.

³⁹ WARREN Y BRANDEIS (1890) p. 219.

⁴⁰ UNION PACIFIC RAILWAY CO. V. BOSTFORD, 141 U.S. 250 (1891).

⁴¹ SALDAÑA (2012) p. 219.

⁴² OLMSTEAD V. UNITED STATES, 277 U.S. 438 (1928).

⁴³ SALDAÑA (2012) p. 226.

⁴⁴ SALDAÑA (2012) p. 227.

los cambios tecnológicos⁴⁵. La doctrina *Olmstead* se mantuvo en *Silverman v. United States*⁴⁶, y no es hasta *Katz v. United States*⁴⁷ en que la Corte confirmó que la IV Enmienda protege a los individuos contra actos de espionaje telefónico.

Ahora bien, la IV Enmienda no ha sido central en la configuración de la *privacy* ni de los DDDR. Este rol ha correspondido a la XIV Enmienda. Esta reconoció que no sólo el gobierno federal, sino también los Estados están prohibidos de limitar los privilegios o inmunidades de los ciudadanos; y que también lo están de privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, la que se conoce como la *substantive due process clause*. Asimismo, que los Estados se encuentran prohibidos de negar a los ciudadanos bajo su jurisdicción la protección legal igualitaria, la que se conoce como la *equal protection clause*.

Para un sector de la doctrina norteamericana la IX Enmienda sería la adecuada para fundamentar la interpretación de derechos no reconocidos expresamente en el *Bill of Rights* frente a las injerencias del gobierno federal⁴⁸. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha rechazado esta interpretación, la IX Enmienda se consideraría apenas una “mancha de tinta”⁴⁹. Para la interpretación de nuevos DDFE, SCOTUS ha recurrido a la XIV Enmienda y, si se ha considerado a la IX, ha sido de manera complementaria junto a otras disposiciones del *Bill of Rights*, como sucedió el caso *Griswold* y algunos posteriores⁵⁰. En la historia de la jurisprudencia constitucional americana la IX Enmienda se encuentra sobre todo asociada a la X, que garantiza el federalismo, al establecer que todos aquellos poderes no delegados al gobierno federal, ni prohibidos a los gobiernos estatales, quedan reservados a estos. Lash y Reed Amar, desde una interpretación originalista e histórica, consideran que la IX y X Enmienda garantizan las limitaciones a la actuación del gobierno federal, de modo que además de los derechos reconocidos en las ocho primeras Enmiendas, los Estados se encontraban autorizados por la Constitución a incorporar nuevos derechos frente al gobierno federal⁵¹. Lash da cuenta de numerosos casos del siglo XIX en los que la Corte habría interpretado la IX Enmienda en ese sentido. Sin embargo, no encuentra pronunciamientos de la Corte que interpreten la IX Enmienda como fuente de derechos; de modo que, durante la época de la llamada Reconstrucción hasta el *New Deal*, la jurisprudencia constitucional interpretó la IX y X Enmienda como garantías del autogobierno local⁵². Y aunque con la jurisprudencia del *New Deal* se reconocerían amplios poderes federales en materia de regulación económica durante casi cinco décadas, “el espíritu” de la X Enmienda

⁴⁵ SALDAÑA (2012) p. 228.

⁴⁶ SILVERMAN V. UNITED STATES, 365 U.S. 505 (1961).

⁴⁷ KATZ V. UNITED STATES, 389 U.S. 347 (1967).

⁴⁸ NILES (2000), SCHMIDT (2003) y BARNETT (2006).

⁴⁹ BORK (1990) p. 166.

⁵⁰ SCHMIDT (2003) pp. 185-187. Véase el voto del Juez Goldberg (p. 492).

⁵¹ LASH (2006).

⁵² LASH (2005) pp. 643-678.

sería nuevamente invocado por SCOTUS en defensa de los poderes reservados a los Estados, frente a interpretaciones excesivas de los poderes enumerados a favor del gobierno federal⁵³.

Entonces, ¿por qué recurrir a la cláusula del debido proceso de la XIV Enmienda? primero, porque posibilita a través de la doctrina de la incorporación que los derechos reconocidos en el *Bill of Rights*, originalmente exigibles sólo frente al gobierno federal, lo sean también frente a los gobiernos estatales. Antes de la adición de la XIV Enmienda, en *Barron v. Baltimore*⁵⁴, SCOTUS señaló que el *Bill of Rights* no era susceptible de aplicarse contra los estados, pues cada uno protegía constitucionalmente las libertades fundamentales de sus ciudadanos. Una argumentación semejante guió la sentencia de los *Slaughter-House cases*⁵⁵, donde se negó la incorporación del *Bill of Rights* a través de la cláusula de privilegios e inmunidades. Es en el caso *Gitlow v. New York*⁵⁶, donde SCOTUS decidió que los estados tenían también la obligación de proteger la primera enmienda que reconoce el derecho a la libertad de expresión, pues este era uno de los derechos y “libertades” reconocidos en la cláusula del debido proceso de la XIV Enmienda.

Con el tiempo, la interpretación de la doctrina de la incorporación ha variado entre los jueces de SCOTUS. Algunos, como el juez Black, sostienen que sólo algunas enmiendas están incorporadas, mientras que otros⁵⁷, cuyo principal exponente es el Juez Frankfurter, consideran que la cláusula protege implícitamente ciertos DDF frente a los estados, especialmente aquellos vinculados al proceso político⁵⁸. ¿Cómo se determina cuáles son estos derechos? El juez Cardozo propone que debe determinarse si el derecho implícito reconocido forma parte del esquema de una libertad ordenada⁵⁹. Posteriormente, SCOTUS perfeccionó la doctrina de la incorporación, afirmando que la cláusula del debido proceso de la XIV Enmienda convierte a algunas disposiciones del *Bill of Rights* en directamente aplicables para los Estados, por ejemplo: I Enmienda, en lo referido a la libertad de religión⁶⁰, libertad de expresión y de prensa⁶¹, libertad de reunión⁶²; II Enmienda, en lo referido al derecho a portar armas⁶³; y así otros derechos listados en las enmiendas III a la VIII, como el derecho a la protección contra castigos crueles e inusuales⁶⁴. Asimismo, la

⁵³ LASH (2005) pp. 679-707.

⁵⁴ BARRON V. BALTIMORE, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

⁵⁵ THE SLAUGHTER-HOUSE CASES, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

⁵⁶ GITLOW V. NEW YORK, 268 U.S. 652 (1925).

⁵⁷ HAWLEY (2014) p. 297.

⁵⁸ HAWLEY (2014) p. 296.

⁵⁹ HAWLEY (2014) p. 298.

⁶⁰ CANTWELL V. CONNECTICUT, 319 U.S. 296 (1940).

⁶¹ GITLOW V. NEW YORK, 268 U.S. 652 (1925).

⁶² DEJONGE V. OREGON, 299 U.S. 353 (1937).

⁶³ McDONALD V. CITY OF CHICAGO, 561 U.S. 742 (2010).

⁶⁴ ROBINSON V. CALIFORNIA, 370 U.S. 660 (1962).

jurisprudencia interpretó que la cláusula del debido proceso de la XIV Enmienda protege ciertos derechos implícitos frente a los estados, como es el caso de la libertad de contratar (reconocido en *Lochner v. New York*)⁶⁵. La incorporación se produce en una doble vía, también denominada *reverse incorporation*, pues los derechos reconocidos como parte del contenido protegido por la Enmienda XIV se incorporan también como derechos frente al gobierno federal a partir de lo señalado en la V Enmienda⁶⁶.

En segundo lugar, la cláusula del debido proceso de la XIV Enmienda implica un examen sustantivo de las acciones estatales en relación con su capacidad de limitar DDFF. Originalmente, el debido proceso estaba garantizado en la V Enmienda de la Constitución, con un desarrollo jurisprudencial limitado *sólo desde su componente adjetivo*. La sentencia del caso *Dred Scott* marcó el hito de la interpretación sustantiva de la V Enmienda⁶⁷, línea que se consolidará en el caso *Hepburn v. Griswold*⁶⁸.

A través de la doctrina de los poderes de policía de las cortes estatales también se han impuesto límites a la actuación de los gobiernos estatales. Si bien estos gobiernos tenían competencia para regular la salud, seguridad y buenas costumbres, delegando estas funciones a los gobiernos locales, dichos actos podían ser revisados en su razonabilidad por las cortes locales a fin de evitar restricciones ilegítimas al comercio y garantizar que el ejercicio de estas competencias persiga genuinamente los fines de un gobierno local, tales como la seguridad, salud y moral social⁶⁹. Por su parte, las Cortes federales evaluaban también la razonabilidad de las regulaciones estatales, para evitar intromisiones contra el comercio interestatal y exterior (competencia del gobierno federal)⁷⁰, así como contra las cláusulas contractuales. Bajo la doctrina de los “*vested rights*” o derechos adquiridos frente a actos expropiatorios del Estado, las cortes federales evaluarían componentes subjetivos del debido proceso. Esta lógica se aprecia en la infame sentencia del caso *Dred Scott*⁷¹, donde se juzgó como violatorias del derecho al debido proceso las leyes que liberaban de la esclavitud a personas de ascendencia africana que residían en territorios donde la esclavitud estaba prohibida, por violar los derechos de propiedad de sus “dueños”⁷².

Tras la XIV Enmienda, SCOTUS cambió su interpretación de los poderes de policía estatales. Las legislaturas estatales sólo podrían ejercer sus poderes de policía de manera razonable adoptando medidas necesarias para el bien público, vinculado

⁶⁵ *LOCHNER V. NEW YORK*, 198 U.S. 45 (1905).

⁶⁶ *BOLLING V. SHARPE*, 347 U.S. 497 (1954).

⁶⁷ WILLIAMS (2010) p. 466.

⁶⁸ WILLIAMS (2010) p. 485.

⁶⁹ WURMAN (2020) p. 819.

⁷⁰ Véase *GIBBONS V. OGDEN*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824) y *WILLSON V. BLACK BIRD CREEK MARSH CO.*, 27 U.S. 245 (1829).

⁷¹ *DRED SCOTT V. SANDFORD*, 60 US 393 (1857).

⁷² WILLIAMS (2010) p. 467.

a la protección de la salud, la seguridad o la moral pública⁷³. Se redujeron los cotos de dichos poderes, los que sólo podían interferir en el ejercicio de ciertos derechos siempre que persiguieran la protección del interés general de la comunidad política⁷⁴. Esta doctrina ganó fuerza y se reflejó en el caso *Lochner*, donde se consideró que el Estado excedió sus poderes de policía al limitar la libertad de contratar, dado que las regulaciones laborales no se encontraban dentro de estos⁷⁵. La limitación de los poderes de policía a favor de las libertades económicas como la libertad de contratar y el derecho de propiedad serán una característica de la jurisprudencia de SCOTUS hasta la sentencia *West Coast Hotel v. Parrish*⁷⁶, con la que se abandona el control estricto de la legislación que afecte los derechos económicos. Uno de los principales críticos de la doctrina *Lochner* y de los poderes de policía acotados fue el juez Holmes, para quien los Tribunales no eran competentes para decidir si las opciones legislativas resultaban o no razonables, pues así se convertían en árbitros de las diferentes visiones políticas⁷⁷. Tras la emisión de la sentencia *Parrish*, la discusión sobre el debido proceso sustantivo se centró en las libertades fundamentales que esta cláusula protegería. Sólo aquellos derechos de rango fundamental obtendrían una protección estricta. Siguiendo la posición del juez Cardozo, las libertades protegidas por la XIV Enmienda serían aquellas que forman parte de un esquema de “libertad ordenada”, derechos sin los cuales la libertad y la justicia se verían sacrificadas, y no puramente las libertades económicas o aquellas vinculadas con un derecho absoluto de propiedad⁷⁸.

SCOTUS perseveró en el modelo de revisión sustantiva de la constitucionalidad de las leyes⁷⁹; y diseñó exámenes de distintos escrutinios para juzgar las limitaciones a los derechos “con rango fundamental”. El escrutinio estricto se emplea para evaluar acciones estatales que limitan “libertades preferidas”⁸⁰. En contraste, al evaluar la limitación de un “derecho económico” se aplica únicamente el *test* de la relación racional. Esta bifurcación de estándares de protección la encontramos en la nota a pie N° 4 de la sentencia del caso *Carolene Products*⁸¹. Dicha fórmula fue perfec-

⁷³ HAWLEY (2014) p. 344.

⁷⁴ WURMAN (2020) p. 870.

⁷⁵ Hawley no considera que *Lochner* haya inaugurado una nueva era en la protección de DDFF en el constitucionalismo norteamericano, pues el caso se limitó a aplicar la doctrina de los poderes de policía. La noción de libertad-autonomía asociada a la protección de los derechos fundamentales en la segunda mitad del siglo XX difiere de la del fallo *Lochner*. Ver: HAWLEY (2014).

⁷⁶ WEST COAST HOTEL V. PARRISH, 300 U.S. 379 (1937).

⁷⁷ HAWLEY (2014) p. 294.

⁷⁸ HAWLEY (2014) p. 301.

⁷⁹ FALLON (2007) p. 1287.

⁸⁰ Al igual que aquellas que creaban clases entre los ciudadanos en virtud de la raza. Para 1950 SCOTUS reconocía ciertas libertades preferidas, como la libertad de expresión. La aplicación del escrutinio estricto se observa en una serie de casos sobre la primera enmienda de finales de 1950 e inicios de la década de 1960. FALLON (2007) p. 1290.

⁸¹ FALLON (2007) p. 1288.

cionándose a lo largo de una serie de casos sobre la I Enmienda entre 1950 y 1970, aunque sin aplicarse uniformemente⁸². Por ejemplo, en *Dennis v. United States*⁸³, se confirmó la culpabilidad del líder del partido comunista como responsable del delito de conspiración de sedición bajo la Ley Smith tras realizar un *balancing* entre la gravedad de las restricciones a la libertad de expresión y el mal que buscaban evitar. En este caso no se argumentó desde la posición preferida del derecho a la libertad de expresión⁸⁴. Para los jueces Black y Douglas, dicho *balancing* debilitaba la protección de los derechos constitucionales, y optaron por adoptar un modelo de protección absoluta a la libertad de expresión⁸⁵. Será el Juez Brennan quien profile la fórmula final del escrutinio estricto, mediando entre posiciones absolutistas y deferenciales. En el caso *Sherbert v. Verner*⁸⁶ de 1963 introdujo el doble *test* de *compelling state interest* y *narrowly tailored*, logrando así construir un *test* cercano al *balancing*, pero que ofrecía un mayor nivel de protección para ciertas libertades⁸⁷. Posteriormente, se dará paso a nuevos esquemas como es el caso del escrutinio intermedio.

La técnica del *balancing* no fue abandonada del todo⁸⁸ y ganó notoriedad en diversas áreas del Derecho⁸⁹. La doctrina identifica hasta 3 tipos de *balancing*: *balancing* general, *ad-hoc balancing* y *definitional balancing*⁹⁰. El primero se caracteriza por una ponderación abstracta de los derechos en pugna; el segundo por el balance de los intereses en juego en el caso *sub judice*, y el tercero por el establecimiento de un principio general a partir del análisis de las circunstancias concretas del caso, dicho principio se construye a partir del razonamiento de diversos casos semejantes⁹¹. Aunque actualmente no se considera que el *balancing* debilite la protección de DDFE, aún se mira con desconfianza debido al amplio margen de discreción que otorga a los jueces⁹². El escrutinio estricto no está tampoco exento de críticas. Como afirma Fallon, si bien este examen presupone que se puedan identificar los

⁸² Según Fallon es imposible identificar un único caso “origen” del test de escrutinio estricto, pero sí es posible rastrear una serie de casos de fines de la década de los sesenta que ya lo empleaban. Una formulación bastante semejante a la actual se encuentra en el voto concurrente de Douglas en la decisión de *Griswold v. Connecticut*. Ver: FALLON (2007) pp. 1283-1284.

⁸³ DENNIS V. UNITED STATES 341 U.S. 494 (1951).

⁸⁴ MATHEWS Y STONE SWEET (2011) p. 828.

⁸⁵ MATHEWS Y STONE SWEET (2011) p. 829.

⁸⁶ SHERBERT V. VERNER 374 U.S. 398 (1963).

⁸⁷ MATHEWS Y STONE SWEET (2011) p. 832.

⁸⁸ Fallon considera que el test de escrutinio estricto es una forma de *balancing*. Ver: FALLON (2007) p. 1306.

⁸⁹ ALEINIKOFF (1987).

⁹⁰ TOLLER (2014) p. 126.

⁹¹ ALEINIKOFF (1987) p. 948.

⁹² COHEN Y PORAT (2010) p. 286; Aleinikoff describe la “caja negra” que implica el *balancing*. ALEINIKOFF (1987) p. 976. Jackson considera que el *balancing* aplicado por la Corte Suprema cuantifica el bien social neto sin cuantificar en todas las ocasiones el grado de intervención en el derecho afectado. JACKSON (2015) pp. 3099-3100.

derechos que merecerán su aplicación, no ofrece ninguna orientación sobre cómo ocurrirá, ni tampoco sobre qué significa el *compelling state interest*⁹³.

Hasta la sentencia Griswold, la Corte se limitaría a interpretar el concepto de libertad de la XIV Enmienda bajo la perspectiva de la doctrina de la incorporación, decidiendo qué derechos del *Bill of Rights* ostentarían dicho rango fundamental frente a los gobiernos estatales. Griswold marcó un punto de inflexión al reconocer un derecho implícito a la privacidad en la XIV Enmienda, cuya limitación se evaluaría bajo un examen judicial estricto⁹⁴. Si bien no lo menciona, será el primer caso donde se reconozcan DRR implícitos en la Constitución: se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del uso de anticonceptivos por matrimonios en Connecticut, argumentando que el dormitorio era un espacio íntimo en el que el Estado no debía intervenir. Según la opinión mayoritaria, el derecho a la vida privada protegía también “las relaciones íntimas entre marido y mujer y la lealtad bilateral de esas relaciones de las interferencias estatales”⁹⁵. Dicha privacidad/autonomía se consideró esencial al concepto de libertad garantizado por la XIV Enmienda, un derecho periférico que facilita el ejercicio de los derechos reconocidos en la I, III, IV, y V Enmiendas. SCOTUS reconoció el derecho a una zona de privacidad frente a los gobiernos estatales, contenido en la cláusula del debido proceso sustantivo de la XIV Enmienda.

Posteriormente, en *Eisenstadt v. Baird*⁹⁶, SCOTUS desarrolló el derecho a la vida privada como uno de autonomía decisional, que permite a los individuos “optar libre y solitariamente lo que consideraran mejor para ellos, despreciando las convenciones sociales”⁹⁷, afirmando así la constitucionalidad del acceso de solteros a anticonceptivos. Este precedente allanó el camino para la sentencia del caso *Roe v. Wade*⁹⁸, donde se afirmó que el derecho a la vida privada permitía a la mujer decidir no solo si tiene o no un hijo, sino también si este debe o no nacer. Dicho derecho se argumentó a partir de una investigación histórica sobre la prohibición del aborto. Se valoró que la promulgación de leyes penales que sancionaban el aborto no tuvo como finalidad proteger la vida prenatal, sino la vida de las mujeres frente al riesgo de muerte tras la práctica de un aborto. Se consideró que el derecho a abortar tenía un rango fundamental siendo protegido por el derecho a la privacidad derivado de la XIV Enmienda. Afirmó que este derecho podía limitarse únicamente durante el tercer trimestre del embarazo, a partir del que toma fuerza el interés del Estado por la protección de la vida prenatal. No obstante, estas limitaciones debían contener

⁹³ FALLON (2007) pp. 1320-1321.

⁹⁴ Robert P. George critica Griswold como un mal ejemplo de activismo judicial, en la que los jueces interpretaron la Constitución más allá de su estructura, texto y sentido original. Ver: George (2001) p. 2282.

⁹⁵ CORRAL (2000) p. 57.

⁹⁶ EISENSTADT V. BAIRD 405 U.S. 438 (1972).

⁹⁷ CORRAL (2000) p. 58.

⁹⁸ ROE V. WADE 410 U.S. 113 (1973).

excepciones para los casos en los que el aborto resulte necesario para salvar la vida o la salud de la madre. Del mismo modo, determinó que las leyes reguladoras de dicho derecho debían someterse a un examen de escrutinio estricto⁹⁹.

La sentencia del caso *Dobbs v. Jackson*¹⁰⁰ retiró al aborto del catálogo de libertades fundamentales y modificó el contenido de los DRR en el constitucionalismo estadounidense. El caso abordó la constitucionalidad de la ley de edad gestacional de Mississippi, que prohibía el aborto doloso en fetos mayores de quince semanas excepto en casos de emergencias o de severa anormalidad fetal. *Jackson Women’s Health Organization* demandó la inconstitucionalidad de dicha ley a nivel estatal y a nivel de Corte de Circuito, por considerar que la misma violaba los precedentes de *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey*¹⁰¹. Ambas Cortes respaldaron la decisión de los demandantes. El Oficial de Salud del Estado de Mississippi, Thomas E. Dobbs, presentó el *writ* de *certiorari* ante la Corte Suprema, que decidió revisar el caso y darle la razón a Mississippi. La opinión mayoritaria fue redactada por los jueces Alito, Thomas, Gorsuch, Barrett y Kavanaugh. Las juezas Sotomayor, Kagan y Breyer presentaron una opinión disidente. El Juez Roberts presentó un voto parcialmente concurrente.

La sentencia recordó que *Roe v. Wade* federalizó el acceso al aborto como un derecho constitucional, a pesar de que, en el momento de su emisión, treinta estados prohibían totalmente el aborto, y un tercio de los estados lo liberalizaban. Alito sostuvo que en *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte podría haber rectificado el error de *Roe*, pero ratificó el *holding* central bajo la doctrina del *stare decisis*, prohibiendo a los Estados imponer regulaciones que supusieran cargas excesivas al derecho al aborto.

Para la mayoría, el derecho al aborto no está implícitamente reconocido en ninguna disposición constitucional, tampoco en la del debido proceso sustantivo de la XIV Enmienda. Asimismo, critica que *Roe v. Wade* haya argumentado que este derecho se encuentra implícito en otro derecho implícito de las Enmiendas I, IV, V, IX y XIV, como es el derecho a la privacidad y lamenta que dicho error no haya sido corregido en “*Casey*”, donde se sostuvo que el derecho al aborto estaba implícito en el concepto de libertad de la cláusula del debido proceso de la XIV Enmienda. Por el contrario, el aborto no cumple con el doble *test* de “arraigo de historia y tradición de los Estados Unidos de América” e “ingreso dentro del esquema de una libertad ordenada”. Respecto al primer análisis, la mayoría encontró que el derecho al aborto no tiene raíces en la historia y tradición de EEUU, ya que hasta pocos años antes de *Roe*, ninguna ley federal ni estatal lo reconocía y la mayoría de

⁹⁹ No todas las limitaciones estatales a los derechos reconocidos en el *Bill of Rights* ni a los implícitos a la cláusula del debido proceso de la enmienda XIV son analizadas bajo un escrutinio estricto; sólo las limitaciones del derecho a la libertad de expresión para examinar limitaciones del contenido del discurso. Ver: WINKLER (2006) p. 237.

¹⁰⁰ *DOBBS V. JACKSON* 19-1392, 597 U.S. (2022).

¹⁰¹ *PLANNED PARENTHOOD V. CASEY* 505 U.S. 833 (1992).

los Estados sancionaban al aborto como un delito en cualquier etapa del embarazo. Sostuvo que, en 1868, el año de la ratificación de la XIV Enmienda, 28 de 37 Estados contemplaban el aborto como un delito incluso antes del período de *quickenning* (movimiento del feto en el vientre materno). Para 1910, 36 Estados criminalizaban el aborto. Para fines de 1950, con excepción de 4 Estados y del Distrito de Columbia, el aborto se encontraba penalizado salvo que se realizase para preservar la vida de la madre. La mayoría desestimó las opiniones que alegaban que estas leyes no buscaban proteger la vida prenatal, ya que la evidencia indicaba lo contrario: el aborto era considerado la eliminación de un ser humano.

En cuanto al segundo análisis, sobre si el derecho al aborto forma parte del esquema de una libertad ordenada, la mayoría observó que en “Roe” se describió al derecho al aborto como parte del derecho a la vida privada, entendido como la libertad de realizar decisiones personales e íntimas, centrales para la dignidad y autonomía. Sin embargo, argumenta que no se trata de una libertad absoluta sino ordenada, estableciendo límites para casos de intereses en conflicto. Aunque “Roe” vinculó el derecho al aborto con el derecho a la privacidad, fue en “Casey” donde se le justificó a través de precedentes. Por ejemplo, “Casey” se basó en casos referidos al matrimonio interracial, al acceso a métodos contraceptivos, al derecho de los padres a educar a sus hijos, al derecho a no ser sometido a una esterilización forzosa ni a tratamientos ni cirugías forzosas. Dobbs desestima este argumento y sostiene que, a diferencia de todas estas conductas, el aborto supone la cuestión moral de la destrucción de lo que estos precedentes llamaron “vida humana potencial”, y lo que la ley en cuestión en el caso reconoce como vida humana por nacer.

IV. CONTRAPUNTO

1. ORIGINALISMO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

La primera diferencia se refiere a la técnica empleada de interpretación del instrumento. SCOTUS combina las perspectivas del método originalista y el de *living constitution* o evolutivo. El originalismo es una “familia de teorías sobre la interpretación constitucional”¹⁰². Solum identifica hasta tres originalismos: (i) el de intenciones originales, (ii) el de significado público original y (iii) el de los métodos originales. Sus tesis centrales serían dos: (i) el significado original de las disposiciones constitucionales se fijó al momento en que fueron establecidas, (ii) su significado original tiene un rol sustancial en la determinación del contenido y el desarrollo de las prácticas constitucionales en la actualidad¹⁰³. Por su parte, la doctrina del *living constitutionalism* agrupa varias posturas sobre la interpretación constitucional. Brennan identifica dos características esenciales: (i) los principios constitucionales deben adaptarse a circunstancias cambiantes, (ii) la práctica constitucional debe reflejar dichos valores y circunstancias cambiantes, aunque las disposiciones constitu-

¹⁰² LAISSE (2015) p. 200.

¹⁰³ SOLUM (2011) pp. 33-35.

cionales no se modifiquen¹⁰⁴. En casos como *Griswold*, *Eisenstadt* y *Roe*, SCOTUS recurrió a la técnica evolutiva. En cambio, a partir de una interpretación que recurre a métodos originalistas, *Dobbs* derogó los precedentes *Roe* y *Casey*. SCOTUS concluirá que la XIV Enmienda no protege un derecho constitucional al aborto, pues al momento de ratificarse, esta conducta era sancionada por la mayoría de los Estados, situación que no había cambiado mucho para el año de la emisión de la sentencia; por lo que un “derecho al aborto” no encontraría suficiente arraigo en la historia constitucional de EEUU.

En contraste, la Corte IDH privilegia la técnica de interpretación evolutiva al sustentar nuevos derechos. Si bien el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indica que la interpretación de tratados debe realizarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” y el 32 enfatiza que el material preparatorio sólo se utilizará como material suplementario; la Corte IDH ha subrayado principalmente la interpretación conforme al objeto y fin del tratado. Afirma que la CADH es un instrumento vivo que debe interpretarse conforme a las condiciones actuales¹⁰⁵. Usualmente, la Corte IDH adopta una metodología de cuño universalista, por lo que la justificación de la argumentación de nuevos derechos suele encontrarse en fuentes externas al Sistema, como disposiciones tipo *soft law*, fallos y opiniones de otros tribunales de derechos humanos (en adelante, DDHH)¹⁰⁶. Por ejemplo, en *Artavia Murillo*, la Corte IDH define la privacidad en términos amplios, como “una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo”¹⁰⁷. Para proporcionar dicha definición, la Corte IDH cita casos como *Pretty v. UK*, *Dudgeon v. UK* y *Niemietz v. Alemania* del TEDH. Para relacionar el contenido del derecho a la vida privada con DDDR como la autonomía y la salud reproductivas, se cita, por ejemplo, la Recomendación General N° 24 del Comité CEDAW, así como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo y la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.

En nuestra opinión, la interpretación de los derechos admite una lectura que no se ciña exclusivamente al sentido original expresado por los autores de dichas disposiciones. Tribunales como SCOTUS y la Corte IDH, que son los máximos intérpretes de sus respectivos instrumentos, son competentes para identificar “nuevas dimensiones de derechos preexistentes en aras de brindar mayores niveles de autonomía a sus titulares concordantes con los nuevos tiempos”¹⁰⁸, recurriendo para ello a las cláusulas de derechos no enumerados. No toda controversia en materia de

¹⁰⁴ SOLUM (2011) p. 38.

¹⁰⁵ CANDIA (2017) p. 598, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA*, párr. 314.

¹⁰⁶ DULITZKY Y CARPINTERO (2017) pp. 27-31. Puede verse también: CANDIA (2015) pp. 874-875.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA*, párr. 143.

¹⁰⁸ VALDIVIA (2022) p. 449.

DDHH encontrará solución en la subsunción de los hechos en el texto de un tratado. Recordemos además que el valor jurídico de dichos derechos no depende de haber sido reconocidos autoritativamente, su valor jurídico lo ostentan de manera previa a dicha positivación. Sin embargo, dicho ejercicio interpretativo requiere ciertos límites. Primero, el respeto por las garantías del Estado de Derecho; en ese sentido, la adopción de un sistema de precedentes judiciales y no sólo de “estándares” resulta útil para dar predictibilidad a las decisiones¹⁰⁹. Segundo, se requiere de una fundamentación material fuerte, que delimite el vínculo del supuesto derecho con la dignidad y su armonización y compatibilidad con otros derechos reconocidos¹¹⁰. Tercero, es necesario atender al consenso regional, privilegiándolo por sobre textos de *soft law* de carácter aspiracional¹¹¹. El consenso regional evidencia una coincidencia mayoritaria adoptada de manera independiente por los países similares miembros de un sistema regional, respetando las particularidades locales, garantizando así la deferencia de las autoridades judiciales nacionales¹¹². Asimismo, cualquier interpretación que se realice del instrumento no debiera contradecirlo textualmente. Ello implica también que la vía jurisprudencial no sea la privilegiada para reconocer nuevos derechos, ostentando una mayor legitimidad la discusión en la asamblea legislativa¹¹³.

2. TRES NIVELES DE *TEST* DE RAZONABILIDAD Y *TEST* DE PROPORCIONALIDAD

Una segunda diferencia está en cómo ambos tribunales determinan el contenido protegido por los DDF. SCOTUS aplica un examen de tres niveles: *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* y *rational basis*. Y, si bien no se aplica un escrutinio estricto a todos los derechos reconocidos en el *Bill of Rights*, algunos, como la libertad de expresión y la religiosa, reciben un trato más fundamental¹¹⁴. Roe estableció que cualquier limitación sobre el “derecho a abortar” se evaluaría bajo escrutinio estricto en cualquier momento previo a la viabilidad fetal¹¹⁵. Sin embargo, en Casey, adoptando el *test* del “*undue burden*”, se autorizó a los Estados a establecer limitaciones para el ejercicio de este derecho siempre que no supongan una carga indebida a la mujer gestante, lo que se asemeja a un escrutinio intermedio¹¹⁶. En Dobbs, la evaluación de las limitaciones al “derecho al aborto” se realiza mediante el *test* de

¹⁰⁹ Debe atenderse principalmente al problema acumulativo de retroactividad debido a los déficits de promulgación de los llamados estándares, lógica contraria a la predictibilidad deseada por un sistema de precedentes. Ver: TAPIA Y CANDIA (2023) pp. 172-174. Sobre la doctrina del precedente interamericano, véase: ZAVALA (2020).

¹¹⁰ VALDIVIA (2022) p. 449.

¹¹¹ Para una opinión diferente, ver: CLÉRICO (2018) pp. 149-216.

¹¹² DOTHAN (2022) p. 12.

¹¹³ CHÁVEZ FERNÁNDEZ y RÍOS (2019) p. 192.

¹¹⁴ WINKLER (2006).

¹¹⁵ MATTHEWS y STONE (2011) p. 853.

¹¹⁶ WINKLER (2006) p. 234.

la relación racional o *rational basis*, otorgando mayor deferencia al legislador, pues presume la constitucionalidad de la ley, y únicamente evalúa la relación racional entre los medios aplicados y la finalidad buscada por el gobierno, sin considerarse la indispensabilidad del medio adoptado, como sucede con el escrutinio estricto.

La Corte IDH, en cambio, emplea un *test* general de proporcionalidad. Desde la sentencia del caso *Kimel v. Argentina* del año 2008 hasta 2015, la Corte IDH aplicó este *test* al 10% de sus sentencias en casos contenciosos¹¹⁷. El *test* consiste en examinar la legalidad de la medida adoptada por el Estado, así como su adecuación, necesidad y proporcionalidad. En el primer paso, la Corte evalúa la adecuación medio-fin, en el segundo, examina la indispensabilidad de la medida y, en el tercero, evalúa la estricta proporcionalidad, es decir, la comparación entre el nivel de satisfacción del fin legítimo perseguido por la medida estatal y el grado de afectación del derecho limitado. Este tribunal no ha adoptado un sistema de escrutinios, salvo en ciertos casos de violaciones del derecho a la igualdad¹¹⁸. Para la Corte, en una ponderación adecuada se debe analizar: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro”¹¹⁹. En concreto, en *Artavia Murillo* la Corte IDH obvió evaluar la medida de la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* desde un examen de adecuación y necesidad, y directamente evaluó la proporcionalidad. Encontró que se dio una restricción severa del derecho a la vida privada con relación al derecho a la prohibición de discriminación indirecta por motivos de discapacidad, género y posición económica, y que la afectación del derecho a la vida del embrión era de menor gravedad: ni la CADH ofrecía una protección absoluta del embrión, ni la pérdida embrionaria alegada en los procesos de fecundación *in vitro* difería de la de los embarazos naturales¹²⁰. Citando al TEDH, la Corte IDH expresó que “una consideración indebida de la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre al respeto de su vida privada es de menor rango no constituye una ponderación razonable y proporcional entre derechos e intereses en conflicto”¹²¹. En nuestra opinión, la Corte concedió en este caso un peso abstracto menor al derecho a la vida del concebido, al interpretar que el art. 4.1 de la CADH no le concedía una protección desde el momento mismo de la fecundación. Más bien, otorgó un mayor peso abstracto al derecho a la autonomía reproductiva, pues lo relacionó con el derecho a la igualdad y no discriminación. En su examen de proporcionalidad en sentido estricto se limitó a analizar la gravedad de las restricciones en el caso concreto, pero partiendo de la premisa de que la pérdida embrionaria no era una afectación grave, pues el embrión no tiene protección dentro del art. 4.1

¹¹⁷ CLÉRICO (2015) p. 431.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE*.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA*, párr. 274.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA*, párrs. 314-316.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA*, párr. 275.

de la CADH y, en consecuencia, la alegada pérdida embrionaria no fue considerada un factor grave, por lo que la Corte encontró “desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la [fecundación *in vitro*]¹²². En *Beatriz v. El Salvador*, la Corte IDH no evaluó bajo un examen de proporcionalidad la legislación penal prohibitiva del aborto. Del fallo parece desprenderse que la Corte desestima que dicha prohibición en abstracto colisiona con el contenido protegido por los derechos a la vida, integridad, salud y vida privada.

Como apreciamos, los tribunales antes citados tienen métodos distintos para la interpretación del contenido de los DDDR. Para SCOTUS, a partir de *Dobbs*, la evaluación de las medidas estatales adoptadas para limitar el acceso al aborto se agota en un examen de *rational basis* o de relación racional, lo que en términos de la Corte IDH se agotaría en un examen de adecuación. En cambio, la Corte IDH aplica un *test* de proporcionalidad que comprenderá los pasos de legalidad, adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad. Asimismo, el contenido de los derechos se entiende de modo distinto por ambos tribunales. La Corte IDH considera a los DDHH mandatos de optimización, mientras que para SCOTUS son *trumps* o cartas de triunfo, razones excluyentes para la acción estatal¹²³. Por otro lado, la base textual para la aplicación de un examen de proporcionalidad encuentra mayor asidero en las “cláusulas de limitación” de los arts. 11 y 13 de la CADH, así como en los artículos 29 y 30; mientras que el *Bill of Rights* es ajeno a dichas formulaciones¹²⁴. El modelo de proporcionalidad de la Corte IDH aparece en todavía escasa jurisprudencia, y como ha anticipado Lixinski, se desarrolla sobre la base de una presunción en contra del Estado y a favor del individuo, cuando se analizan las tensiones entre derechos individuales e intereses generales. En los casos donde se analizan las tensiones entre los derechos de dos partes, no siempre se aplica un examen de proporcionalidad en sentido estricto, pues ha retirado de la ecuación algunos elementos del contenido protegido de ciertos derechos¹²⁵, como sucedió con la protección de la vida prenatal en *Artavia*. En ese sentido, fluctúa entre dos modelos de *balancing*, uno ad-hoc y otro definicional¹²⁶.

Tanto el examen de los niveles de escrutinio de SCOTUS, como el examen de proporcionalidad de la Corte IDH son objeto de críticas. Se argumenta que el

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 311.

¹²³ JACKSON (2015) p. 3094. Esta diferencia se evidencia también, por ejemplo, en cómo Dworkin y Alexy resuelven las tensiones entre principios. Para Dworkin, los principios tienen un peso específico descubierto por el juez, mientras que, para Alexy, en cada caso concreto el peso abstracto de los principios se pondera con el grado de afectación y grado de satisfacción de los principios en tensión en el caso concreto. Ver: PELÁEZ (2019).

¹²⁴ JACKSON (2015) p. 3094.

¹²⁵ LIXINSKI (2019).

¹²⁶ De opinión disímil es Clérico, para quien la Corte IDH “toma en serio el contenido de los derechos” al combinar un análisis del peso de los derechos en abstracto y de las circunstancias fácticas del caso concreto. Ver: CLÉRICO (2015) p. 442.

principio de proporcionalidad reemplaza un análisis sustantivo por un análisis puramente costo-beneficio, que no fomenta una sana cultura de derechos al concebirlos como libertades ilimitadas que pueden ser limitadas *a posteriori*, y no establece criterios claros sobre cuándo favorecer un interés sobre otro, fomentando una cultura de *relatividad* de los límites a la actuación del Estado¹²⁷. El sistema de escrutinios recibe críticas por su falta de consistencia y coherencia; por ejemplo, se afirma que el nivel de “relación racional” conduce a los jueces a abdicar de su deber de proteger derechos, pues algunos de ellos se valoran como de menor rango y jamás vencerían a un propósito legítimo del gobierno; se trataría de un *test* incompleto que omite un balance en sentido estricto de los intereses en juego¹²⁸. Para otros, se trata de una metodología que reduce los derechos a intereses contrapuestos, y que en cada caso deberán probar su valía a fin de no ser superados por el antagonista¹²⁹.

En nuestra opinión, estas críticas no deben minimizarse, ya que resulta más razonable concebir los DDFF como bienes básicos debidos en justicia, cuyo título es la dignidad humana y que resultan indispensables para el florecimiento humano, por lo que los DDDR deben conceptualizarse a partir de dicha premisa. De ese modo, no toda conducta que se relacione con el ámbito reproductivo de los seres humanos será necesariamente debida en justicia, en muchas ocasiones se tratará únicamente de un interés que desearíamos fuese protegido por el Estado¹³⁰. En todo caso, los tribunales tienen como deber determinar en concreto la “esfera de funcionamiento razonable” de los supuestos derechos alegados, armonizándolo con el orden público, la moral pública y los derechos de terceros¹³¹.

3. FEDERALISMO V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La tercera diferencia se refiere al grado de deferencia que se deja a las autoridades locales para la adecuada garantía de los DDDR. Mientras SCOTUS adopta un modelo federalista, la Corte IDH se adhiere a un modelo universalista respaldado por la doctrina del control de convencionalidad. Conforme se explicó, el *Bill of Rights* reconoció los DDFF como obligaciones del gobierno federal, mas no de los estados, los que asumieron la responsabilidad de proteger dichos derechos en sus constituciones. Barnett destaca que los padres fundadores diseñaron un federalismo de poderes numerados, expresado en la X Enmienda¹³². Esta perspectiva cambió con la aprobación de las Enmiendas XIII y XIV, que posibilitaron la exigibilidad del derecho a la igualdad y de los derechos reconocidos en el *Bill of Rights* frente a

¹²⁷ WEBBER (2010) p. 180.

¹²⁸ MATTHEWS Y STONE (2011).

¹²⁹ ALEINIKOFF (1987) pp. 999-1000.

¹³⁰ Toller distingue entre el ámbito material y ámbito formal de protección de los derechos fundamentales. El primer concepto se asocia sobre todo a los intereses que desearíamos fueran tutelados por el Estado. TOLLER (2014) p. 155.

¹³¹ TOLLER (2014) pp. 168-178.

¹³² BARNETT (2008) pp. 286-287.

los gobiernos estatales. Sin embargo, no todos los derechos han sido incorporados, sino sólo aquellos que ostentan un grado de fundamentalidad, incluidos aquellos derechos implícitos en la XIV Enmienda, como los DDDR, los que no pueden ser limitados por los Estados.

Por ejemplo, observamos que antes de Roe, treinta Estados prohibían el aborto en cualquier etapa del embarazo. Si bien un tercio de los Estados habían liberalizado sus normas, con Roe se cerró dicho proceso de debate, imponiendo un sistema de limitaciones por trimestres, similar a un ejercicio legislativo, algo fuera de las competencias usuales de un Tribunal Supremo. Casey devolvió cierto poder a los Estados para regular la materia, pero mantuvo el standard de la viabilidad. Tras Casey, SCOTUS respaldó algunas limitaciones estatales, como las referidas al consentimiento informado, período de espera y prohibición del aborto por parto parcial¹³³. Otros Estados optaron por liberalizar sus políticas en materia de DDDR, por ejemplo, Nueva York aprobó en 2019 la Ley de Salud Reproductiva que autoriza la práctica del aborto irrestricto hasta las 24 semanas y, por razones de peligro para la vida o salud física o mental de la madre, en cualquier momento del embarazo.

Durante la era Rehnquist, SCOTUS se autocontrolaría, deteniéndose la expansión de los poderes federales en materia de DDFF. Bajo el modelo del *New Federalism* se reintroduciría el concepto de la limitación de los poderes federales a fin de preservar los poderes estatales¹³⁴. Precisamente, uno de los principales argumentos empleados por la Corte para derogar el precedente del caso Dobbs se fundó no sólo en el grave error que se encontró en la argumentación de un derecho al aborto implícito en la XIV Enmienda, sino también porque Roe estableció “un conjunto de reglas muy parecidas a las que pueden encontrarse en una norma promulgada por un parlamento”¹³⁵. Además, frenó el debate que venía llevándose a cabo en las legislaturas estatales, imponiendo un mismo régimen para todos¹³⁶. Según la mayoría, la permisibilidad del aborto debe ser decidida por los representantes de los ciudadanos en las legislaturas mediante el debate, la persuasión y el voto, los que fueron impedidos por los precedentes Roe y Casey. La opinión mayoritaria concluye que el aborto representa un asunto moralmente controvertido, sobre el que la Constitución no se pronuncia, pero no impide a los ciudadanos de los diferentes Estados prohibirlo o regularlo¹³⁷.

¹³³ MAYER y otros (2023) p. 381.

¹³⁴ Como afirma Rey, la sentencia del caso *United States v. Lopez* marcaría el inicio del “New Federalism”. REY (1997).

¹³⁵ *DOBBS v. JACKSON* 19-1392, 597 U.S. (2022), Opinión de la Mayoría, p. 2.

¹³⁶ *DOBBS v. JACKSON* 19-1392, 597 U.S. (2022), Opinión de la Mayoría, p. 2.

¹³⁷ *DOBBS v. JACKSON* 19-1392, 597 U.S. (2022), Opinión de la Mayoría, p. 79.

La Corte IDH, por su parte, adopta un enfoque universalista¹³⁸ poco deficiente para con los Estados¹³⁹. Con la doctrina del control de convencionalidad, la Corte se ha posicionado como la suprema intérprete de la CADH, al modo de una Corte Constitucional o Corte Suprema¹⁴⁰. Para la Corte, las interpretaciones que realiza de la Convención son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados que han aceptado su jurisdicción contenciosa, en particular cuando el Estado ha sido parte del caso. Asimismo, los funcionarios de todos los niveles de aquellos Estados que no han aceptado su jurisdicción contenciosa, pero que hacen parte la CADH, tendrían también la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de modo que tanto en la emisión como en la aplicación de las normas tomen en cuenta los precedentes de la Corte IDH (control de convencionalidad difuso)¹⁴¹. De no hacerlo y de ser parte de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se arriesgarían a ser declarados responsables internacionalmente por violación de DDHH, dado que en aquellos casos en los que la Corte encuentre una limitación grave de derechos tenidos como esenciales en su jurisprudencia, dicha medida estatal se examinará bajo un escrutinio estricto¹⁴². En particular, en el caso de los DDRR, la Corte IDH no se ha pronunciado directamente sobre si sus interpretaciones están sujetas a algún tipo de margen de apreciación¹⁴³.

¿Cuál de los modelos resulta más adecuado para la protección de los DDFF? A favor del federalismo, se afirma que brinda a los ciudadanos la posibilidad de elegir vivir en el Estado que protege mejor sus derechos; del mismo modo se sostiene que mejora el sistema de contrapesos, limitando la capacidad gubernamental de restringir el ámbito de la libertad individual mientras promueve la innovación y adaptación a las circunstancias locales. En suma, los modelos federales facilitarían la competencia entre Estados, incentivándolos a crear instituciones con mayores niveles de protección de derechos y de participación democrática¹⁴⁴. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que se encuentra es un sistema diseñado bajo el principio de subsidiariedad, el que en su vertiente sustantiva ha dado lugar al desarrollo de la doctrina del margen de apreciación¹⁴⁵, la que dispone que se dé el mayor margen de actuación a las instancias nacionales en materias sobre las que no exista un consenso interpretativo del tratado. A favor de esta doctrina se sostiene su necesidad para hacer tolerable y políticamente aceptable la interferencia

¹³⁸ HENNEBEL (2011).

¹³⁹ Refiriéndose al enfoque “top-down” de la Corte IDH, ver Contesse (2017) p. 415. Sobre el casi nulo empleo de la doctrina del margen de apreciación en el SIDH, véase NASH (2018).

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *TIBI V. ECUADOR*, Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *GELMAN V. URUGUAY*, párrs. 68 y 69.

¹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE*, párr. 92.

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURLLO V. COSTA RICA*, párrs. 131, 316.

¹⁴⁴ KLEINLEIN (2018) p. 1160.

¹⁴⁵ Esta doctrina es rechazada por la jurisprudencia interamericana mayoritaria. Ver: NASH (2018).

de la Corte en las decisiones de los órganos nacionales; del mismo modo, refuerza la legitimidad democrática de las decisiones en materia de DDHH, logrando que estas impongan un mínimo de protección y no un sistema uniforme¹⁴⁶. En contra, se sostiene que promueve el relativismo en la interpretación de los derechos y la erosión del Estado de derecho, al hacer impredecibles las decisiones sobre la materia¹⁴⁷.

En nuestra opinión, un modelo subsidiario de interpretación de los DDHH (antes que uno uniforme), tanto para estructuras federales como para sistemas internacionales, debe ser preferido. Para Carozza¹⁴⁸, la doctrina del margen de apreciación no destruye el carácter universal de los derechos: estos son reconocidos como necesarios para la realización de la dignidad en toda sociedad, pero de ello no se sigue que su especificación en una concreta situación política y social no implique un delicado balance con otros bienes también necesarios. Ello sucede precisamente en el caso del derecho a la vida privada y los DDDR, los que, si bien vienen siendo reconocidos a nivel jurisprudencial y de *soft law*, no tienen un contenido preciso y, mucho menos, uniformemente exigible en todas las jurisdicciones, pues muchas de las facultades que se les atribuyen ingresan en directa tensión con el contenido de otros derechos protegidos y los valores de diversas comunidades políticas.

4. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO CONTENIDO DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD: MERA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y “LIBERTAD ORDENADA”

La última diferencia concierne al contenido mismo de los DDDR, y examina si ambos tribunales los entienden como mera manifestación de la “autonomía reproductiva”.

La Corte IDH entiende a los DDDR como manifestaciones de la autonomía reproductiva, en el sentido de que “la decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser padre o madre en el sentido genético o biológico”¹⁴⁹. Estos se basan en el reconocimiento del “derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”¹⁵⁰. Este último concepto lo relaciona nuevamente con “la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación” así como con el acceso a “la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos”¹⁵¹.

En el caso de SCOTUS, los DDDR se desarrollan a partir de un derecho a la privacidad entendido como la inmunidad que tienen las personas frente a la in-

¹⁴⁶ MCGOLDRICK (2016) pp. 32-27.

¹⁴⁷ MCGOLDRICK (2016) pp. 37-41.

¹⁴⁸ CAROZZA (2003) p. 73.

¹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 143.

¹⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 148.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ARTAVIA MURILLO v. COSTA RICA*, párr. 157.

trusión del gobierno en asuntos tan fundamentales como la decisión de engendrar o criar un niño¹⁵². En ese sentido, conforme al criterio propuesto en Dobbs para dilucidar si un esquema de facultades forma parte del contenido del derecho a la vida privada –como serían los derechos reproductivos– resulta crucial determinar si dichas facultades hacen parte de un esquema de libertad ordenada, es decir, que no resultan lesivas de otros bienes que el interés general debe salvaguardar¹⁵³. El concepto “libertad ordenada” no tiene entendimiento uniforme ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En fallos como *Obergefell v. Hodges*¹⁵⁴, y en opinión de autores como Yoshino¹⁵⁵, el concepto de libertad ordenada se entiende en clave de “autonomía y antisubordinación”; mientras que en fallos como Dobbs y Glucksberg¹⁵⁶ y para autores como Glendon¹⁵⁷ la “libertad ordenada” supone el entendimiento de unos derechos fundamentales limitados principalmente entendidos como libertades negativas y armónicos con el bienestar general.

Consideramos que la dimensión discrecional del derecho a la vida privada que fundamenta los DDDR, no se configura estrictamente como una libertad positiva, sino como un *claim-right* según el esquema hohfeldiano. En consecuencia, no protegería que una persona pueda realizar acciones moralmente controversiales en el ámbito privado, sino más bien una “pretensión (*claim-right*) a que, bajo ciertas condiciones, el Estado o los ciudadanos no le impidan a uno hacer el mal”¹⁵⁸, dado que puede ocurrir que (i) a pesar de la injusticia de la conducta, existan razones de interés público para tolerarla; (ii) la conducta inmoral en cuestión tenga irrelevancia política, pues –en sentido estricto– no afecta directamente a la sociedad; o (iii) no exista un consenso público suficiente respecto de las razones para prohibirla coercitivamente¹⁵⁹.

Configurarlo como un *claim-right* no significa soslayar que el derecho a la privacidad garantiza la protección de un bien humano básico para el florecimiento humano. La privacidad es una realidad de tipo antropológico que posibilita establecer vínculos en una comunidad política, lo que se tornaría imposible si es que todos los aspectos de la vida de sus ciudadanos se encuentran expuestos de forma constante e indiscriminada. Para Simón Yarza, “no es posible la libre autodeterminación y el florecimiento humano sin un ámbito sustraído al dominio político”¹⁶⁰. La privacidad posibilita que los ciudadanos gesten su propia integración perso-

¹⁵² El derecho a la vida privada cumple el mismo rol en la jurisprudencia del TEDH. Ver: GÓMEZ-MONTORO (2015).

¹⁵³ El concepto de “libertad ordenada” encuentra su primer rastro en la opinión del juez Cardozo en la sentencia del caso *Palko v. Connecticut*.

¹⁵⁴ *OBERGEFELL V. HODGES*, 576 U.S. 644 (2015).

¹⁵⁵ YOSHINO (2015) p. 174.

¹⁵⁶ *WASHINGTON V. GLUCKSBERG*, 521 U.S. 702 (1997).

¹⁵⁷ GLENDON (1991).

¹⁵⁸ SIMÓN YARZA (2017) p. 207.

¹⁵⁹ SIMÓN YARZA (2017) p. 210.

¹⁶⁰ SIMÓN YARZA (2017) p. 196.

nal¹⁶¹. Cuando esta “se logra de una manera moralmente recta, tiene en sí misma valor; y es un valor al que sirve la intimidad personal”¹⁶². La tutela adecuada del espacio privado hace posible una real cooperación al interior de la comunidad, dejando fuera de ella la posibilidad de cosificación, manipulación y tergiversación pública de ciertas manifestaciones humanas.

Por ello toma importancia el criterio de Dobbs, en el que SCOTUS ha señalado que el aborto no formaría parte del esquema de una libertad ordenada, pues supone la eliminación deliberada de la vida humana, posición que no ha supuesto ningún otro contenido implícito extraído a partir del derecho a la vida privada¹⁶³. En ese sentido, concluir que los DDDR, como contenidos del derecho a la vida privada, suponen la libertad positiva de realizar acciones inmorales que dañen a terceros, deviene en un razonamiento incorrecto. La autonomía es valiosa si se ejerce para perseguir el bien, sin que le toque al Estado imponer coactivamente el bien a buscar, tolerando la posibilidad de escoger el mal, sin que ello trasgreda los **límites impuestos por la misma teleología humana**¹⁶⁴.

Si bien la Corte no adopta un enfoque perfeccionista en Dobbs, nos acerca al tema de los límites intrínsecos de los derechos. En el ámbito de la autonomía reproductiva, los seres humanos tienen la facultad de decidir. Por ello, resulta probable que en el ejercicio de dicha autonomía las parejas incurran en acciones cuya moralidad pueda ser cuestionable. Creemos que estas acciones deberían ser consideradas como parte del contenido protegido del derecho a la vida privada en el sentido arriba descrito; no obstante, estos actos no formarían parte de dicho ámbito de protección cuando afecten gravemente los derechos de terceros, como es el caso del derecho a la vida, o del principio de igualdad y no discriminación.

Un esquema bajo el cual se limita el ejercicio de los DDDR en armonía con otros derechos debe preferirse al esquema de autonomía ateleológica propuesto por la Corte IDH, en virtud del cual el peso del derecho a la vida privada (como continente de los DDDR) se contrapone con otros derechos, quedando dicha asignación a discreción del juzgador. Si bien, tal como ha sido diseñado por SCOTUS, el estándar de libertad ordenada sirve para dilucidar si un derecho implícito ostenta rango fundamental, consideramos que dicho estándar puede incorporarse como parte del examen de proporcionalidad, a fin de determinar no solo el grado en el que un derecho sería restringido por su opuesto, sino para determinar si el interés que busca supone un ejercicio razonable, acorde no sólo con las circunstancias actuales, sino con el fundamento inderogable de todo derecho humano¹⁶⁵. Dicho razonamiento no es ajeno al texto de la CADH, que en su art. 32 establece que los derechos encuentran límites en “los derechos de los demás, [por] la seguridad de todos y

¹⁶¹ GEORGE (2002) p. 190.

¹⁶² GEORGE (2002) p. 190.

¹⁶³ DIDIER (2022).

¹⁶⁴ YARZA (2017) p. 216-217. Para una crítica al liberalismo perfeccionista, ver: NUSSBAUM (2017).

¹⁶⁵ Una propuesta en esa línea puede verse en: TOLLER (2014).

[por] las justas exigencias del bien común”. Del mismo modo, la Declaración Americana en su preámbulo afirma: “Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. En ese sentido, si como afirman Ferrer y Pelayo¹⁶⁶, el art. 32 constituye el origen del test de proporcionalidad en el SIDH y se relaciona con otras cláusulas de abuso del derecho, dicha disposición permitiría configurar el examen de proporcionalidad no solo como uno de derechos “en conflicto”, sino como uno que permita dilucidar el ejercicio razonable de un derecho, sus deberes correlativos y las exigencias del bien común.

5. CONCLUSIÓN

En la jurisprudencia de SCOTUS, el aborto ya no es considerado un derecho fundamental que se desprende de la interpretación del derecho a la vida privada. Otros derechos, como los reconocidos en *Griswold*, sí lo son. Para interpretar estos derechos se suele recurrir a una metodología evolutiva. Se solían evaluar las injerencias sobre estos derechos sobre la base de un escrutinio estricto, ahora para el caso del aborto basta un *test de rational basis*. Cada estado decide si permite o prohíbe el aborto. Se vincula la comprensión del derecho a la vida privada como una mera autonomía reproductiva, aunque con el concepto de libertad ordenada, esta autonomía tendría límites si se daña a terceros.

En el caso de la Corte IDH, los DDRR, se desprenden del contenido del derecho a la vida privada. Incluyen entre otros: acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y consentimiento informado para procesos reproductivos; no incluye el alegado derecho al aborto. Sus limitaciones se examinan bajo un examen de proporcionalidad en sentido estricto.. Los estándares que fija la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados por el control de convencionalidad. Su contenido se entiende a partir de una autonomía reproductiva ateleológica. Esta comprensión de los DDRR desconoce la dimensión finalista de los derechos, los que razonablemente pueden entenderse como bienes humanos básicos indispensables para el perfeccionamiento humano. En esa línea, aunque no del todo coherente, los criterios propuestos por SCOTUS, permitirían caminar hacia una comprensión más adecuada de estos derechos, al proponer para su efectividad, una mayor discrecionalidad a las autoridades locales, pero, sobre todo, al incluir como parte de la determinación de su contenido su evaluación bajo el estándar de libertad ordenada, entendido no sólo desde una perspectiva histórica, sino también desde la configuración de límites intrínsecos al contenido de los DDFE.

¹⁶⁶ FERRER Y PELAYO (2019) p. 895.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEINIKOFF, Alexander (1987): “Constitutional law in the age of balancing”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, N° 5: pp. 943-1005.
- BARNETT, Randy (2006): “The Ninth Amendment: it means what it says”, *Texas Law Review*, vol. 85, N° 1: pp. 1-82.
- BARNETT, Randy (2008): “Three federalisms”, *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 39, N° 2: pp. 285-294.
- BORK, Robert (1990): *The tempting of America: The political seduction of the Law* (New York, Simon & Schuster).
- BUSO, Giuliana (2021): “La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Derecho PUCP*, N° 87: pp. 405-432.
- CANDIA, Gonzalo (2015): “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3: pp. 874-875.
- CANDIA, Gonzalo (2017): “Interpretation of regional human rights conventions and originalism: different context, same myths”, *DPCE Online*, vol. 31, N° 3: pp. 597-606.
- CAROZZA, Paolo (2003): “Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 97 N° 1: pp. 38-79.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, José y RÍOS, Piero (2019): “De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un ‘iusnaturalismo moderado’: Una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 1: pp. 177-201.
- CLÉRICO, Laura (2015): “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en FABRA, Jorge y GARCÍA, Leonardo (eds.), *Filosofía del Derecho Constitucional* (México, UNAM) pp. 433-456.
- CLÉRICO, Laura (2018): *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro).
- COHEN, Eliya y PORAT, Ido (2010): “American balancing and German proportionality: the historical origins”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, N° 2: pp. 263-86.
- CONTESSÉ, Jorge (2017): “The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law (I-Con)*, vol. 15, N° 2: pp. 414-435.
- CORRAL, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 1: pp. 51-79.
- DIDIER, María Marta (2022): “Dobbs vs. Jackson: un giro copernicano en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos”, *Prudentia Iuris*, N° 94: pp. 363-76.
- DOTHAN, Shai (2022): “La deferencia judicial permite que emerja el consenso europeo”, *Revista Derecho del Estado*, N° 52: pp. 5-36.
- DULITZKY, Ariel y CARPINTERO, Karina (2017) “Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Iuris Dictio*, vol. 20: pp. 19-33.

- ELÓSEGUI, María (2000): “Los derechos reproductivos. Un nuevo concepto jurídico procedente del mundo anglosajón”, *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. 16: pp. 687-696.
- FALLON, Richard H. Jr. (2007): “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54: pp. 1267-1337.
- FERRER, Eduardo y PELAYO, Eduardo (2019): “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en FUCHS, Marie Christine y STEINER, Christian (edits.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Mexico, Fundación Konrad Adenauer, segunda edición) pp. 885-895.
- GLENDON, Mary Ann (1991): *Rights Talk. The impoverishment of political discourse* (New York, The Free Press)
- GÓMEZ-MONTORO, Ángel (2015): “Vida privada y autonomía personal o una interpretación ‘passe-partout’ del art. 8 CEDH”, en RUBIO, Francisco y otros (edits.), *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 617-649.
- HAWLEY, Joshua (2014): “The intellectual origins of (modern) substantive due process”, *Texas Law Review*, vol. 93, N° 2: pp. 275-350.
- KLEINLEIN, Thomas (2018): “Federalisms, rights, and autonomies: The United States, Germany, and the EU”, *International Journal of Constitutional Law (I- Con)*, vol. 15, N°4: pp. 1157-1173.
- LAISE, Luciano (2015): “El originalismo de intenciones originales: Tres tesis y dos objeciones”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 2: pp. 199-220.
- LASH, Kurt (2005) “The lost jurisprudence of the Ninth Amendment”, *Texas Law Review*, vol. 83: pp. 597-716.
- LASH, Kurt (2006) “A textual-historical theory of the Ninth Amendment”, *Stanford Law Review*, vol. 60, N° 4: pp. 895-935.
- MATHEWS, Jud y STONE, Alec (2011): “All Things in proportion? American rights review and the problem of balancing”, *Emory Law Journal*, vol. 60, N° 4: pp. 797-875.
- MAYER, Martin K. (2023): “Dobbs, American federalism, and state abortion policymaking: Restrictive policies alongside expansion of reproductive rights”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 53, N° 3: pp. 378-404.
- MCGOLDRICK, Dominic (2016): “A defense of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65: pp. 21-60.
- NASH, Claudio (2018): “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11: pp. 71-100.
- NILES, Mark (2000): “Ninth Amendment adjudication: An alternative to substantive due process analysis of personal autonomy rights”, *UCLA Law Review*, 48: 85-157.
- NUSSBAUM, Martha C. (2016): “Liberalismo perfeccionista y liberalismo político (Parte I)”, *Ius et Veritas*, N° 52: pp. 370-83.
- NUSSBAUM, Martha C. (2017): “Liberalismo Perfeccionista y liberalismo Político. (Parte II)”, *Ius et Veritas*, N° 54: pp. 322-38.

- PAÚL, Álvaro (2013): “La Corte Interamericana in vitro: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2: pp. 303-345.
- PELÁEZ, José (2019): “Las diferencias conceptuales y prácticas entre el ‘balanceo’ de Ronald Dworkin y la ‘ponderación’ de Robert Alexy”, *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 3: pp. 167-222.
- SALDAÑA, María (2012): “‘The right to privacy’: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis”, *UNED. Revista de Derecho Político*, vol. 85: pp. 195-240.
- SCHMIDT, Christopher (2003): “Revitalizing the quiet Ninth Amendment: Determining unenumerated rights and eliminating substantive due process”, *University of Baltimore Law Review*, vol. 32, N° 2: pp. 169-235.
- SOLUM, Lawrence (2011): “What is Originalism? The evolution of contemporary Originalist Theory”, en HUSCROFT, Grant y MILLER, Bradley (edits.), *The challenge of originalism: Essays in constitutional theory* (New York, Cambridge University Press) pp. 12-41.
- REY, Fernando (1997): “United States v. Lopez y el ‘nuevo federalismo’ norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 17, N° 51: pp. 273-216.
- TAPIA, René y CANDIA, Gonzalo (2023): “Los estándares interamericanos de derechos humanos y el estado de derecho: una evaluación crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50, N° 2: pp. 157-184.
- TOLLER, Fernando (2014): “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en RIVERA, Julio y otros, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Vol. I (Buenos Aires: Abeledo Perrot) pp. 107-199.
- VALDIVIA, Trilce (2022): “Nuevos derechos en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿debe importarse el ‘derecho al olvido’ de la Unión Europea?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 22: pp. 431-476.
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1980): “The right to privacy”. *Harvard Law Review*, vol. 4 N° 5: pp. 193-220.
- WEBBER, Gregoire (2010): “Proportionality, balancing and the cult of constitutional rights scholarship”, *Canadian journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23: pp. 179-202.
- WURMAN, Ilan (2020): “The origins of substantive due process”, *University of Chicago Law Review*, vol. 87, N° 3: pp. 815-881
- WILLIAMS, Ryan (2010): “The one and only substantive due process clause”, *Yale Law Journal*, vol. 120, N° 3: pp. 408-514
- WINKLER, Adam (2006): “Fundamentally wrong about fundamental rights”, *Constitutional Commentary*, vol. 23: pp. 227-39.
- YOSHINO, Kenji (2015): “A new birth of freedom?: Obergefell v. Hodges”, *Harvard Law Review*, vol. 129: pp. 147-179.
- ZAVALA ACHURRA, María (2020): “Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 48: pp. 1-27.
- ZELADA ACUÑA, Carlos y BERTONI, Eduardo (2019): “Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad”, en FUCHS, Marie Christine y STEINER, Christian (edits.), *Convención*

Americana sobre Derechos Humanos. Comentario (Mexico, Fundación Konrad Adenauer, segunda edición) pp. 272-288.

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- GIBBONS V. OGDEN*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).
WILLSON V. BLACK BIRD CREEK MARSH CO., 27 U.S. 245 (1829).
BARRON V. BALTIMORE, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).
DRED SCOTT V. SANDFORD, 60 US 393 (1857).
THE SLAUGHTER-HOUSE CASES, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).
UNION PACIFIC RAILWAY CO. V. BOSTFORD, 141 U.S. 250 (1891).
LOCHNER V. NEW YORK, 198 U.S. 45 (1905).
GITLOW V. NEW YORK, 268 U.S. 652 (1925).
OLMSTEAD V. UNITED STATES, 277 U.S. 438 (1928).
DEJONGE V. OREGON, 299 U.S. 353 (1937).
WEST COAST HOTEL V. PARRISH, 300 U.S. 379 (1937).
CANTWELL V. CONNECTICUT, 319 U.S. 296 (1940).
DENNIS V. UNITED STATES, 341 U.S. 494 (1951).
BOLLING V. SHARPE, 347 U.S. 497 (1954).
SILVERMAN V. UNITED STATES, 365 U.S. 505 (1961).
ROBINSON V. CALIFORNIA, 370 U.S. 660 (1962).
SHERBERT V. VERNER, 374 U.S. 398 (1963).
GRISWOLD V. CONNECTICUT, 381 U.S. 479 (1965).
KATZ V. UNITED STATES, 389 U.S. 347 (1967).
EISENSTADT V. BAIRD, 405 U.S. 438 (1972).
ROE V. WADE, 410 U.S. 113 (1973).
PLANNED PARENTHOOD V. CASEY, 505 U.S. 833 (1992).
WASHINGTON V. GLUCKSBERG, 521 U.S. 702 (1997)
MCDONALD V. CITY OF CHICAGO, 561 U.S. 742 (2010).
OBERGEFELL V. HODGES, 576 U.S. 644 (2015).
DOBBS V. JACKSON, 19-1392, 597 U.S. (2022).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Corte Constitucional. Sentencia (10/05/1992). Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería, Sentencia C-355.
 Corte Constitucional. Sentencia (21/02/2022). Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo. C-055.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- K.L. V. PERÚ*, Comité de Derechos Humanos, N° 1153/2003, 24/10/2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

HERMANOS GÓMEZ PAQUIYAUARI V. PERÚ (2004): Corte Interamericana de DD.HH., fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 110.

TIBI V. ECUADOR (2004): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 114.

MASACRES DE ITUANGO V. COLOMBIA (2006): Corte Interamericana de DD.HH., excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 148.

ESCUE ZAPATA V. COLOMBIA (2007), Corte Interamericana de DD.HH., fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 165.

ESCHER V. BRASIL (2009): Corte Interamericana de DD.HH., excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 200.

TRISTÁN DONOSO V. PANAMÁ (2009): Corte Interamericana de DD.HH., excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 193.

FERNÁNDEZ ORTEGA V. MÉXICO (2010), Corte Interamericana de DD.HH., excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 215.

MANUEL CEPEDA VARGAS V. COLOMBIA (2010), Corte Interamericana de DD.HH., excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 213.

GELMAN V. URUGUAY (2011), Corte Interamericana de DD.HH., fondo y reparaciones, Serie C N° 221.

ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA (2012), Corte Interamericana de DD.HH., excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 257.

ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE (2012), Corte Interamericana de DD.HH., fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 239.

I. V. V. BOLIVIA (2016), Corte Interamericana de DD.HH., excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 329.

POBLETE VILCHES Y OTROS V. CHILE (2018), Corte Interamericana de DD.HH., fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 349.

MANUELA Y OTROS V. EL SALVADOR (2021): Corte Interamericana de DD.HH., excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas

PAVEZ PAVEZ V. CHILE (2022), Corte Interamericana de DD.HH., fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 449.

OLIVERA FUENTES V. PERÚ (2023), Corte Interamericana de DD.HH., excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 484.

BEATRIZ V. EL SALVADOR (2024), Corte Interamericana de DD.HH., fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 549.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A, B Y C V. IRLANDA, Tribunal Europeo de DD. HH. N° 25579/05, 16/12/2012.

