

**EL CASO DOBBS:
DE LA CONSTITUCIÓN VIVA
A LA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL VIVA**

JUAN ALONSO TELLO MENDOZA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿EXISTE UN DERECHO AL ABORTO? 2.1. El aborto en razón del marco constitucional. 2.2. El aborto en razón del stare decisis. 3. ¿QUIÉN DEBE DECIDIR SOBRE EL ABORTO? 4. ¿QUÉ IMPLICANCIAS PODRÍA GENERAR DOBBS? 4.1. En el debate sobre el aborto. 4.2. En la democracia constitucional. 5. CONCLUSIÓN

Fecha recepción: 01.08.2022
Fecha aceptación: 17.01.2023

EL CASO DOBBS: DE LA CONSTITUCIÓN VIVA A LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL VIVA

JUAN ALONSO TELLO MENDOZA¹

Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

El 22 de enero de 1973, la Corte Suprema emitió el fallo *Roe v. Wade*, considerando al aborto como parte de un derecho constitucional a la privacidad y estableciendo su realización según el siguiente esquema: un aborto libre a exclusiva voluntad de la madre, en el primer trimestre; un aborto libre, ya con posibles regulaciones procedimentales —atendiendo a la salud de la madre, no así del nasciturus—, en el segundo trimestre; y, un aborto (ya con viabilidad) con posibles límites o prohibiciones estatales, en el tercer trimestre. Ello, salvo sea preciso resguardar la vida o la salud de la madre. Como se sabe, Jane Roe fue el nombre ficticio de Norma McCorvey, de 21 años por entonces, que buscaba el aborto de su tercer embarazo. Los anteriores habían culminado en adopción, tras una vida disipada entre la delincuencia, las drogas y el alcohol. Conoció entonces a Weddington y Coffe, abogadas que buscaban a chicas embarazadas para desafiar la prohibición del aborto en Texas. Norma les pareció idónea e iniciaron el proceso alegando una violación como causa de su embarazo, cuestión luego desmentida por la propia McCorvey (y Weddington) al confesar tal proceder para dar mayor impacto al caso.

¹ Investigador postdoctoral en el *James Madison Program in American Ideals and Institutions* de la Universidad de Princeton y Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Barcelona. Miembro del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo de dicha casa de estudios y becario Margarita Salas. Este trabajo es resultado del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-104414GB-C32, «Instrumentos contramayoritarios en el Estado constitucional». Dirección: Av. Diagonal 684, 08028 Barcelona-España. ORCID: 0000-0003-3329-6525. Email: juan.tellom@ub.edu

Tras casi veinte años, el 29 de junio de 1992, la Corte Suprema emitió el fallo *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, confirmando *Roe*, entre otros, para preservar la capacidad de las mujeres de controlar su reproducción², pero cambiando a la privacidad por la libertad, como fundamento, y al esquema trimestral por la viabilidad y carga indebida. Por último, el 24 de junio de 2022, emitió el fallo *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization et al*, anulando tales precedentes por no conferir la Constitución derecho alguno al aborto y pertenecer tal autoridad regulatoria solo al pueblo y a sus representantes elegidos³. El caso nació por la Ley de Edad Gestacional de Mississippi que, salvo excepciones de urgencia médica o anomalía fetal grave, limitó cualquier «aborto de un ser humano no nacido» con «edad (...) superior a quince semanas»⁴. La clínica *Jackson* cuestionó la norma ante la Corte del Distrito Federal. Ésta le dio la razón por considerar violada la prohibición de impedir abortos antes de la viabilidad; cuestión que la Corte de Apelaciones del 5º Circuito confirmó. La Corte Suprema, tras un examen de base racional, mantuvo la ley y revocó tanto *Casey* como *Roe*⁵.

El presente artículo desarrollará los principales argumentos de este debate, imitando el doble recorrido de la Corte al analizar si la Constitución confiere o no un derecho al aborto y al precisar los alcances del *stare decisis*. Ello pues, mientras *Roe* confirmó lo primero, *Casey* lo secundó solo sobre la base de lo segundo. Seguidamente, tras analizar quién debe resolver este asunto, anotaremos las posibles implicancias de la decisión. A nuestro entender, un modesto balance en favor del *nasciturus* y un énfasis en el *demos* de la democracia constitucional. Expresado esto último en una puesta en valor del principio democrático y en un método de interpretación alternativo al *living constitution*.

2. ¿EXISTE UN DERECHO AL ABORTO?

2.1. *El aborto en razón del marco constitucional*

La Corte exploró esta cuestión en tres etapas. En la primera, dada la inexistencia de un explícito derecho al aborto, analizó la tesis sobre su existencia implícita. Seguidamente, examinó si se halla enraizado en la historia y tradición de los EEUU. Por último, consideró si hace parte de algún derecho sustentado por otros precedentes.

² Cf. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. (1992), p. 868.

³ Cf. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. (2022), p. 1.

⁴ MS Code § 41-41-191 (2018): (4) (b)

⁵ Para un completo recuento jurídico-político desde *Roe* hasta *Dobbs*, cf. E. M. MALTZ, «The Long Road to Dobbs», *Hastings Constitutional Law Quarterly* (Forthcoming), 2022, fecha de consulta 16 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3ZINVCG>.

2.1.1. Sobre la naturaleza implícita del derecho al aborto

Que el aborto conforma un asunto no previsto en el texto constitucional, es de palmaria inobjetabilidad, como el voto disidente en *Dobbs* reconoce indirectamente⁶. Por ello *Roe* lo trató como un derecho implícito parte del —también implícito— derecho a la privacidad⁷, derivándolo de una interpretación múltiple de la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Décimo Cuarta Enmienda. Naturalmente, esta particular exégesis generó duras críticas desde todo el espectro jurídico-político. HART, p. e., sostuvo que «el Tribunal a menudo resuelve cuestiones morales difíciles, y las preguntas difíciles dan respuestas controvertidas. (...). Pero [la Constitución] simplemente no dice nada, claro o vago, sobre el aborto»⁸. Quizás por ello *Casey*, a diferencia de *Roe*, afirmó que el aborto se hallaba exclusivamente fundado en la noción de ‘libertad’ de la Cláusula del Debido Proceso de la 14^a Enmienda⁹, por la cual ningún Estado puede «privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso». Así, el aborto (ausente en la Constitución), sería parte de una ‘privacidad’ (también ausente) no avalada, sino luego rectificada, para ser sustituida por una ‘libertad’ inserta no en una cláusula sustantiva, sino procesal.

A lo mejor por ello, según THOMAS, que desde *Roe* y *Casey* «los defensores del aborto sigan sin poder articular coherentemente el derecho (o derechos) en juego demuestra lo evidente: el derecho al aborto es, en última instancia, un objetivo político en desesperada búsqueda de justificación constitucional»¹⁰. Ahora bien, ¿protege la Constitución al aborto? Si así lo creemos, necesitamos adicionales elementos de convicción que superen a la mera —y disputada— interpretación en abstracto de disposiciones constitucionales.

2.1.2. Sobre el aborto en la historia y tradición jurídica

Para lograrlo, la Corte empleó en su análisis el mismo criterio de *Glucksberg* y otros¹¹, valorando si un acto humano reviste un particular tratamiento que le permita ser considerado como «profundamente arraigado en la historia y la tradición de esta Nación». Y, así como el suicidio asistido no halló lugar en *Glucksberg*, el aborto tampoco en *Dobbs*.

Comenzó *Dobbs* cuestionando la teoría de *Casey* por la cual la Cláusula del Debido Proceso provee no solo protección procedural, sino también sustantiva respecto

⁶ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 9 y 28.

⁷ Cf. *Roe*, pp. 152-153.

⁸ J. HART ELY, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*», *The Yale Law Journal*, vol. 82, 5, 1973, The Yale Law Journal Company, Inc., p. 927.

⁹ *Casey*, p. 851.

¹⁰ *Dobbs*. THOMAS, J., concurring, p. 5.

¹¹ Cf. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. (1997), p. 721; *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. (1937), p. 325; *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. (1934), p. 105.

de la 'libertad'. Tal tesis nunca ha sido pacífica¹², entre otros, porque dicha cláusula se configura como protectora —no como creadora— de derechos. Para GEORGE¹³, p. e., parece difícil sostener que de tal cláusula se colija un «espacio para que leyes que protejan a criaturas en gestación de la violencia letal del aborto sean consideradas inconstitucionales», más aún cuando aquella «intentó asegurar (...) que personas acusadas de crímenes no fueran ejecutadas, encarceladas, o sujetas a multas o decomisos sin antes tener la garantía a un juicio justo». En definitiva, para THOMAS, considerable evidencia histórica demuestra que «el debido proceso simplemente requiere cumplir con las disposiciones legislativas y el *common law* cuando se priva de la libertad»¹⁴. Aún así, *Dobbs* no anuló tal comprensión, aunque sí cuestionó su solidez como base jurídica para un derecho al aborto. En tal caso, recordó la Corte que la mentada cláusula protege dos categorías de derechos sustantivos: los previstos en las ocho primeras enmiendas y los considerados 'fundamentales', aunque no se mencionen en la Constitución; siendo preciso demostrar su «profund[o] arraig[o] en la historia y tradición» del país¹⁵.

Si a la historia y tradición de los EEUU nos remitimos, es preciso admitir que hasta pocos antes de *Roe* ninguna disposición constitucional, legislación, tratado académico, o tribunal había reconocido al aborto como derecho. Por el contrario, según REHNQVIST¹⁶, ya en 1821 existían leyes restrictivas en Connecticut, siendo que para 1868 —cuando se aprobó la 14^a Enmienda— tres cuartas partes de los Estados habían adoptado tales normas limitantes, subsistiendo en 21 de ellos cuando en 1973 se dictó *Roe*; sin que ningún tribunal hubiese apreciado jamás su incompatibilidad con la privacidad. Por ello, si WHITE¹⁷ en *Roe* no halló «nada en el lenguaje ni en la historia de la Constitución que apoye a la sentencia del Tribunal», que «simplemente crea y anuncia un nuevo derecho constitucional (...) sin apenas ninguna razón o autoridad para su acción»; la Corte en *Dobbs* concluyó que «*Roe* ignoró o tergiversó esta historia, y *Casey* se negó a reconsiderar este defectuoso análisis»¹⁸. Nuevamente, hasta *Roe*, la Corte había requerido que cualquier potencial derecho debía estar «tan arraigado en las tradiciones y en la conciencia de nuestro pueblo que pudiera ser elevado al rango de derecho fundamental»¹⁹.

¹² Cf. A. R. AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, 1st edition, Yale University Press, New Haven, 1998, pp. 163-180. Para el autor, en tal caso, sería la cláusula de privilegios e inmunidades (no la del debido proceso) la que garantizaría derechos sustantivos en la 14^a Enmienda.

¹³ Cf. G. MUÑOZ, «El movimiento legal conservador después de *Dobbs*: un diálogo con Robert P. George», *En Disidencia - Departamento de Derecho - Universidad de San Andrés*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 26 agosto 2022, en <https://bit.ly/3AqFWhv>.

¹⁴ *Dobbs*, THOMAS, J., concurring, pp. 1-2.

¹⁵ Cf. *Dobbs*, pp. 11 y ss.

¹⁶ Cf. *Roe*, REHNQVIST J., dissenting, pp. 174-177.

¹⁷ *Roe*, WHITE J., dissenting (REHNQVIST J., joined), p. 121.

¹⁸ *Dobbs*, p. 16.

¹⁹ *Palko*, p. 325; *Snyder*, p. 105.

En respuesta, el voto disidente²⁰ arguyó que cuando se redactó la 14^º Enmienda el *common-law* no criminalizaba el aborto antes del movimiento fetal, y que es erróneo leerla como si nos hallásemos en el tiempo de sus ratificadores, pues se trató de «hombres» que no entendieron «la importancia de los derechos reproductivos para la libertad de las mujeres»²¹. Dejando de lado ahora la distinción jurídica entre el aborto no penalizado (como habría sido en el *common-law*) y el aborto como derecho (como fue desde *Roe*), que el voto disidente omitió; no considerando las críticas sobre las fuentes en las que se basó —los desacreditados MOHR y QUAY²², como MEANS en *Roe*²³; ni incidiendo en la superficial aclaración de que fueron «hombres» los ratificadores cuando también lo fueron quienes emitieron *Roe*; quizás la crítica interesante resida en cómo leer la Constitución. SUK resume bien la apreciación cuando señala que la Constitución es previa al reconocimiento de determinados derechos de las mujeres: p. e., al voto. Así, apostar por esa aproximación es validar la óptica de una época en la que se excluía a las mujeres, negros, e incluso pobres, del disfrute igualitario de los derechos²⁴. De allí que el voto disidente haya aseverado que la «Constitución no congela para siempre la visión original de lo que garantizan esos derechos, ni cómo se aplican»²⁵.

El asunto es complejo, por ello en él reside la mayor disputa sobre la interpretación constitucional en los EEUU. Aún así, considerar la intelección histórico-constitucional sobre una determinada cuestión, no debería suponer *per se* un problema, salvo que, por *principium contradictionis*, sea imposible promover un contemporáneo contenido sin a la vez rechazar su pasada comprensión (el voto femenino y su previa exclusión). De lo contrario, la crítica actual que formula el voto disidente contra las nociones de los padres fundadores y/o ratificadores, podría ser la misma que en pocas décadas se haga sobre *Roe*, por el solo hecho de hallarse distante en el tiempo. El problema, entonces, si no radica *per se* en el tiempo transcurrido, parece residir en un nuevo entendimiento que considera desfasado al anterior. Mas, de ser así, dicha consensuada novedad debería generar una reforma constitucional (estatal o federal), legislativa (estatal o federal)²⁶ o, al menos —aunque no sea lo óptimo— una por todos consentida interpretación judicial manipulativa —sea por adición o sustracción— de

²⁰ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 14 y ss.

²¹ En análogo sentido, cf. J. SCHACTER, «A Constitutional Earthquake», *Stanford Law School*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 10 diciembre 2022, en <https://stanford.io/3VNZiXq>.

²² Cf. J. B. DYER, «Selective History in the Dobbs Dissent», *Law & Liberty*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 7 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3Fv70yT>; Véase también: J. DELLA PENNA, *Dispelling the Myths of Abortion History*, 1st edition, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2006.

²³ Cf. J. KEOWN, «Back to the future of abortion law: Roe's rejection of America's history and traditions», *Issues in Law & Medicine*, vol. 22, 1, 2006, p. 5 y ss.

²⁴ Cf. J. SUK, «*Dobbs v Jackson: A Role for Equality?*», *Oxford Human Rights Hub*, sec. 10'8", fecha de consulta 7 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3UfdI1Z>.

²⁵ *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, p. 17.

²⁶ Cf. *Dobbs*. KAVANAUGH J., concurring, pp. 4-5.

la Constitución. Pues si no, ¿cómo podríamos legítima y democráticamente justificar el desplazamiento de un crucial alcance por otro?

2.1.3. Sobre el aborto en otros precedentes judiciales

Por último, la Corte valoró si el aborto hace parte de algún otro derecho amplio fundado en previos precedentes judiciales. Pero descartó tal posibilidad, básicamente, por dos razones. En primer lugar, porque pretender cimentar el aborto en la privacidad (*Roe*) o la libertad de adoptar «decisiones personales (...) fundamentales para la dignidad y la autonomía» (*Casey*) podría, simultáneamente, justificar desde un derecho a la prostitución hasta uno a las drogas²⁷. Considerese que la Corte ha sido a menudo renuente a reconocer derechos no mencionados en la Constitución al interpretar el término 'libertad' de la Cláusula del Debido Proceso²⁸. Ello, no solo porque el propio vocablo ofrece poca guía para su concreción exegética, sino también porque existe una natural tendencia a sustituir la noción constitucional de 'libertad' con las propias «opiniones fervientes» al respecto²⁹. Para evitar tal desenlace, se hace necesaria una noción de 'libertad ordenada' como principio racionalizador³⁰—acuñada en *Palko*³¹, pero de larga data al consistir en aquella libertad limitada por la necesidad de orden en la sociedad³². Es decir, aquella fruto de un balance entre el bienestar público e individual³³, que define los límites entre los intereses en conflicto. Tanto *Roe* como *Casey* establecieron un equilibrio particular entre los intereses de una mujer que desea abortar y los intereses de lo que denominaron «vida potencial». No obstante, la población de cada Estado —la llamada a resolver este conflicto³⁴— podría evaluar esos intereses de forma diferente³⁵. En segundo lugar, porque existe una diferencia sustancial entre los derechos reconocidos en aquellos casos en los que *Roe* y *Casey* se apoyaron y, propiamente, el aborto. Este último, dirá la Corte, supone la destrucción

²⁷ Cf. *Dobbs*, p. 32.

²⁸ Cf. *Collins v. Harker Heights*, 503 U. S. (1992), p. 125.

²⁹ Cf. *Dobbs*, p. 14. Cuando, p. e., se dijo que en «el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de la existencia, del significado, del universo y del misterio de la vida humana». *Casey*, p. 851.

³⁰ Cf. J. LANDYNSKI, «Due Process and the Concept of Ordered Liberty: «A Screen of Words Expressing Will in the Service of Desire?», *Hofstra Law Review*, vol. 2, 1, 1974, p. 22.

³¹ Cf. *Palko*, pp. 325-326.

³² Cf. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. (1937), p. 391. Para mayor profundización, cf. M. W. LUNDER, *The Concept of Ordered Liberty and the Common-Law Due-Process Tradition: Slaughterhouse Cases Through Obergefell V. Hodges (1872—2015)*, Rowman & Littlefield, 2021, p. 63 y ss.

³³ Cf. H. J. ABRAHAM; B. A. PERRY, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, University Press of Kansas, 2003, pp. 43-64.

³⁴ Véase la relación entre la separación de poderes y la libertad ordenada, cf. R. BROWN, «Separated Powers and Ordered Liberty», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 139, 6, 1991, p. 1531 y ss.

³⁵ Cf. *Dobbs*, p. 31.

de lo que *Roe* y *Casey* llaman una «vida potencial» y de lo que la ley bajo impugnación reconoce como una «vida humana no nacida»³⁶.

2.2. *El aborto en razón del stare decisis*

En cuanto al segundo asunto, es decir, si el aborto podría mantenerse como derecho ya no debido a su eventual sostén en la interpretación de provisiones constitucionales o en la historia y tradición jurídica, sino en razón del *stare decisis*, la Corte concluyó que esta doctrina no aconsejaba la continuidad de casos como *Roe* y *Casey*. Ciertamente, el *stare decisis* protege los intereses de quienes adoptan cursos de acción considerando decisiones previas; ahorra interminables litigios³⁷ al desincentivar el cuestionamiento de precedentes establecidos; fortalece la integridad real y percibida del proceso judicial³⁸; y, constriñe una eventual ostentación judicial que desconozca fallos que ya enfrentaron asuntos relevantes³⁹; pero también es verdad que esta doctrina no supone un mandato ineludible⁴⁰, más aún si nos hallamos frente a una interpretación sobre la Constitución⁴¹. Prueba de ello es que decisiones de gran calado en su momento han sido posteriormente anuladas. La Corte Suprema desarrolló tres de los más de treinta casos que enlista⁴².

El caso *West Virginia v. Barnette* de 1943, que anuló una sentencia dada solo tres años antes, *Minersville School Dist. v. Gobitis*, referido a testigos de Jehová en edad escolar que se negaban a saludar a la bandera estadounidense. *Dobbs* destacó *Barnette* pues nada había cambiado durante el corto tiempo transcurrido, salvo el reconocimiento del propio Tribunal —a la luz de diferentes disposiciones constitucionales, pero frente a los mismos hechos—, de que la decisión anterior había sido «gravemente errónea». Con esto, debería quedar resuelta la crítica del voto disidente, que señala la ausencia de cambios legales o fácticos que ameriten la reversión de *Roe* y *Casey*⁴³, salvo se insista en el argumento no jurídico de que *Barnette* «ocurrió porque algunos jueces cambiaron de opinión, no porque una nueva mayoría quisiera deshacer las decisiones de sus predecesores»⁴⁴. El caso *West Coast Hotel v. Parrish*, de 1937, por otro lado, revirtió la sentencia *Adkins v. Children's Hospital of D. C.* de 1923, que había sostenido que una ley que fijaba el salario mínimo femenino violaba la «libertad» protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la 5^a Enmienda. Finalmente, citó

³⁶ Cf. *Ibid.*, p. 32.

³⁷ Cf. *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U. S. (2015), p. 455.

³⁸ Cf. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. (1991), p. 827.

³⁹ Cf. N. M. GORSUCH, *A republic, if you can keep It*, Crown Forum, New York, 2019, pp. 211-220.

⁴⁰ Cf. *Pearson v. Callahan*, 555 U. S. (2009), p. 233.

⁴¹ Cf. *Agostini v. Felton*, 521 U. S. (1997), p. 235.

⁴² Cf. *Dobbs*, nota a pie de página nº 48.

⁴³ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, p. 32.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 45.

también a la conocida decisión *Plessy v. Ferguson* de 1896, que ratificó la segregación racial, revertida en 1954 mediante *Brown v. Board of Education*. Para *Dobbs*, *Plessy* no solo fue «atrozmente errónea» cuando se decidió, debiendo «haber sido anulada en la primera oportunidad», sino también fue «profundamente perjudicial», debido a la segregación impuesta por el Estado y el daño causado en los niños negros de las escuelas públicas.

Entonces, si el *stare decisis* no supone una irremediable perpetuación de lo ya fijado, la clave consiste en determinar bajo qué criterios un precedente debe ser abandonado. Tal discernimiento, dirá la Corte, descansa en cinco factores⁴⁵ que ahora abordaremos:

2.2.1. La naturaleza del error judicial

Como se sabe, frente a la defensa de Texas para resguardar la vida desde la concepción, *Roe* adujo que ni la medicina, ni la filosofía, ni la teología habían llegado a un consenso sobre su inicio (y correlativa protección) y que, por tanto, los juristas no debían especular. Pero, seguidamente, aseveró que el *nasciturus* nunca había sido del todo reconocido como persona por el Derecho (siendo dudosa su protección) y aunque Texas asumiese una teoría particular sobre la vida, ello no podía significar un menoscabo del derecho de las mujeres sobre la continuidad o no de su embarazo⁴⁶. Es decir, *Roe* advirtió su incompetencia para determinar el inicio y resguardo jurídico de la vida, pero admitió estadios de no protección e, incluso, formuló principios maximalistas (aborto libre en el primer trimestre), artificialmente compartmentados (trimestralmente) y expansivos (solo matizables por un interés apremiante del Estado). *Roe* supuso un error atroz que *Casey* perpetuó. Y, aunque este último llamó a las partes a resolver el debate, lo zanjó en favor de una de ellas, cercenando así un proceso democrático en desmedro de la otra y despojándola a futuro de posibilidades reales para lograr políticas acordes con sus convicciones⁴⁷.

Para el voto disidente, no obstante, *Roe* y *Casey* no solo estuvieron justificadas, sino que hicieron bien en no dejar a los Estados 'resolver' el debate del aborto de manera tal «que una mujer carezca de toda opción en la materia»⁴⁸. El problema es que *Roe* y *Casey*, más que un estándar mínimo para una subsecuente regulación estatal, conformaron una pretensión de máximos que concluyó el debate del aborto, estableciendo una regulación *per se*. Pero un tribunal no debe formular una regla de

⁴⁵ Cf. *Janus v. State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. (2018), pp. 34-35. Véase también, *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. (2020) KAVANAUGH J., concurrente en parte, pp 7-8. La cita es la que sigue: «(i) la decisión anterior no sólo es errónea, sino que es atrozmente errónea, (ii) la decisión anterior ha causado importantes consecuencias negativas en la jurisprudencia o en el mundo real, y (iii) la anulación de la decisión anterior no afectaría indebidamente a los intereses legítimos de dependencia».

⁴⁶ Cf. *Roe*, pp. 159-162,

⁴⁷ Cf. *Dobbs*, pp. 43-45.

⁴⁸ *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, p. 31.

constitucionalidad mayor que la requerida por los hechos concretos pues, finalmente, el poder legislativo pertenece al parlamento. De allí que *Roe* haya configurado un catastrófico error y grave perjuicio que *Casey* perpetuó. Para la Corte, las principales víctimas fueron el orden constitucional, la democracia y la política estadounidense⁴⁹ (sin considerar ahora los más de sesenta⁵⁰—o de cincuenta, según las cifras conservadoras— millones de seres humanos abortados desde 1973). Con *Roe* y *Casey*, apuntó la Corte, se usurpó al pueblo el inequívoco poder constitucional que detenta de abortar una cuestión de profunda importancia moral y social; se imposibilitó el proceso democrático al impedir cualquier disenso posterior; se avivó la polarización de la política nacional⁵¹; y se oscureció la selección de los jueces supremos⁵², al supeditarse el evento a la posición de los nominados sobre el aborto. En definitiva, supusieron ambas un abandono de aquella «proposición constitucional original» por la que no compete a los tribunales sustituir, «con sus creencias sociales y económicas, el juicio de los órganos legislativos»⁵³.

Guarda razón el voto disidente⁵⁴ cuando apunta que la controversia sobre el aborto ha sido siempre una constante. Pero yerra cuando aprecia en ello mejor razón para mantener los existentes precedentes, pues de lo primero no se sigue lo segundo, ni siquiera como dato que favorezca su continuidad (argumento *non sequitur*). Por el contrario, podría afirmarse que, si el aborto ha constituido un elemento polarizador y nada indica que vaya a dejar de serlo, devolver la competencia a los Estados para resolver democráticamente el asunto, otorga —al menos— una legitimidad a lo decidido de la que carecen *Roe* y *Casey*. Considérese que el problema no ha sido solo qué se decide sobre el aborto, sino también quién decide. *Dobbs* ha resuelto lo segundo, dejando lo primero en manos de los Estados.

Pero, ¿no tendría ello un efecto disgregador frente al carácter universal de los derechos, sometiéndolos además a merced de las mayorías? (se trate del aborto o la vida). Ciertamente. Mas, un escenario como aquel no difiere en la práctica del que ya existe, p. e., en el derecho europeo (aunque esta vez se trate de estados federados al interior de un Estado federal) cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace uso de la doctrina del margen de apreciación. Además, responde al federalismo de los EEUU, donde lo no garantizado en la Constitución federal, puede figurar

⁴⁹ Cf. G. V. BRADLEY, «Dobbs and Constitutional Limits on Abortion», *The Human Life Review*, 2022, sec. II, fecha de consulta 19 septiembre 2022, en <https://bit.ly/3xw2WuX>.

⁵⁰ Cf. NRLC, «Abortion statistics - United States Data and Trends (Reported Annual Abortions 1973-2019)», 2019, sec. Única, fecha de consulta en <https://bit.ly/2Irwamq>.

⁵¹ Cf. S. GROSSI, «Roe v. Wade and the Abortion Rights Jurisprudence», *IACL-IADC Blog (The International Association of Constitutional Law)*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 7 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3G1n1hw>.

⁵² Cf. *Dobbs*, p. 44.

⁵³ *Ferguson v. Skrupa*, 372 U. S. (1963), pp. 729—730.

⁵⁴ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 37-38.

en la estatal⁵⁵—siendo justificado que, dada la heterogeneidad de las comunidades jurídico-políticas estatales, cada una delibere y adopte una medida al respecto. Si ello es así, naturalmente, la concreción de una decisión ha de ser tomada por una cierta mayoría en cada parlamento estatal y no por una al interior de un tribunal, más aún si el marco constitucional no habilita ésto ni en forma ni en fondo. Aún así, como anticipa *Dobbs*, la decisión estatal adoptada —aunque cuente con una presunción de validez⁵⁶— podrá ser siempre evaluada, primero por los tribunales locales y luego por la Corte Suprema, para verificar la satisfacción del estándar de base racional. Si el rol contramayoritario de la Corte descansa en hacer respetar límites que la Constitución demarca, ésta conforma a su vez el marco que la Corte no debe exceder en su actuación. Y si bien la concreción positiva de una mayoría parlamentaria no es sinónimo automático de acierto en justicia, ni de inmutabilidad —como tampoco lo es en una Corte—, como resume KAVANAUGH⁵⁷, «la cuestión ante este Tribunal no es la política o la moralidad del aborto» sino «lo que dice la Constitución» al respecto, siendo que ésta «no hace referencia» alguna.

2.2.2. La calidad del razonamiento

Así, sin fundamento alguno en el texto constitucional, la historia o los precedentes, *Roe* impuso en todo el país un conjunto detallado de reglas para el embarazo dividido en trimestres⁵⁸, algo propio de una legislación albergada en un estatuto o reglamento, aunque sin explicar qué fuentes utilizó. La deliberación judicial revelada a finales de los 80' a través de los documentos personales del juez DOUGLAS⁵⁹, p. e., dio cuenta de que el propio BLACKMUN⁶⁰ reconocía la arbitrariedad del límite al aborto legal, toda vez que podía haberse dado también en el momento de la perceptibilidad. Asimismo, STEWART, juez concurrente en *Roe*, admitió que las líneas divisorias trazadas para la regulación del aborto eran de carácter «legislativo». Todo ello cuando, en principio, dicha decisión se basaba en interpretación constitucional sostenida en evidencia científica.

Citando varios casos, *Roe* halló apoyo para un derecho a la privacidad constitucional, pero confundió su noción de protección de la información contra la indebida divulgación con un derecho a tomar y aplicar decisiones propias sin interferencia

⁵⁵ Cf. R. ROSSUM; A. TARR; V. P. MUÑOZ, *American Constitutional Law, Volume II: The Bill of Rights and Subsequent Amendments*, 11th edition, Routledge, New York, NY, 2019, p. 50.

⁵⁶ Cf. *Dobbs*, pp. 7-8 y 77.

⁵⁷ *Dobbs*. KAVANAUGH J., concurring, p. 2.

⁵⁸ Cf. *Roe*, pp. 163-164.

⁵⁹ Cf. B. WOODWARD, «The abortion papers», *Washington Post*, 1989, fecha de consulta 14 octubre 2022, en <https://wapo.st/3Vt1FBt>.

⁶⁰ Las declaraciones del juez Blackmun, ponente de la sentencia, fueron las siguientes: «*This is arbitrary... But perhaps any other selected point, such as quickening or viability (of the fetus), is equally arbitrary*».

gubernamental⁶¹. Además, ninguno de los casos utilizados se refería a lo que es distintivo del aborto: la destrucción del *nascitrus*. Una deficiencia aún más flagrante fue que *Roe* no justificó la distinción crítica entre los abortos anteriores y posteriores a la viabilidad⁶². Como bien apuntó HART⁶³, *Roe* confundió una definición con un silogismo o, en términos de ROBERTS⁶⁴, empleó un pensamiento circular al explicar por qué la viabilidad conformaba el criterio constitucional a seguir. En concreto, porque situó el interés apremiante del Estado para regular y/o prohibir el aborto a partir de la viabilidad (momento en el que el *nascitrus* puede ya sobrevivir fuera del vientre materno) porque, desde entonces, el no nacido puede ya sobrevivir fuera del vientre materno (definición de viabilidad). En suma, tan arbitraria⁶⁵ ha sido la línea de la viabilidad, que tampoco ha encontrado apoyo entre los filósofos y especialistas en ética que han intentado justificar el derecho al aborto⁶⁶. El problema obvio es que la viabilidad cambia con el tiempo y depende en gran medida de factores médicos que nada tienen que ver con las características inherentes del *nascitrus*.

Cuando *Casey* revisó *Roe*, reafirmó su argumento central (el derecho al aborto), pero abandonó toda confianza en su soporte principal, el derecho a la privacidad⁶⁷. En su lugar, se apoyó solo en la ‘libertad’ de la Cláusula del Debido Proceso de la 14^a Enmienda⁶⁸. Si bien el voto disidente en *Dobbs* no utilizó los vocablos «derecho a la privacidad», sí refirió a «decisiones» «privadas» y «personales», y una «profunda pérdida de autonomía y dignidad» cuando se permiten «embarazos y partos forzados»⁶⁹. Según DELLINGER y PELL⁷⁰, tales términos probarían que se usó el argumento de la privacidad, pues ésta es condición para la ‘autonomía’ femenina, entendida por ellas como «la capacidad de una mujer para forjar su propia identidad y controlar su propia vida». Pero, de ser así, la noción de ‘autonomía’ que *Casey* utilizó y el voto disidente replicó, fue desestimada por *Dobbs* no solo por su vaguedad, sino también por la diferencia entre el uso dado en otros precedentes y el que se pretende en éste —siendo el aborto sustantivamente distinto—, por no considerar ahora mayores

⁶¹ Cf. *Whalen v. Roe*, 429, U.S. (1977), pp. 599-600.

⁶² Cf. *Roe*, p. 163.

⁶³ Cf. J. HART ELY, «The Wages of Crying Wolf», cit., p. 924.

⁶⁴ Cf. *Dobbs*. ROBERTS C. J., concurring, p. 3.

⁶⁵ Recuérdese que, en Derecho, ‘arbitrario’ es sinónimo de ‘irracional’. Cf. G. V. BRADLEY, «*Dobbs* Decision: A Monumental Moment in the March for Equal Rights for Every Human Life», *NCR*, fecha de consulta 2 septiembre 2022, en <https://bit.ly/3TQTHz9>.

⁶⁶ Cf. *Dobbs*, pp. 50-51.

⁶⁷ Cf. M. A. GLENDON; O. C. SNEAD, «The Case for Overturning *Roe*», *National Affairs*, 49, 2021, p. 62.

⁶⁸ Cf. *Casey*, p. 846.

⁶⁹ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 7, 22 y 40.

⁷⁰ Cf. J. DELLINGER; S. PELL, «Privacy in Peril», *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2022, Fachinformationsdienst für internationale und interdisiplinäre Rechtsforschung, sec. Única, fecha de consulta 8 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3talJJN>.

críticas⁷¹ a esta tesis de fondo desarrollada por la filósofa moral THOMSON⁷². Del mismo modo, *Casey* criticó el esquema trimestral de *Roe*⁷³, sustituyéndolo por la prueba de la ‘carga indebida’. Y, aunque intentó justificar la viabilidad aduciendo que «podría decirse que una mujer que no actúa antes de la viabilidad ha consentido la intervención del Estado en favor del niño en desarrollo»⁷⁴, no añadió razón sustantiva para sostener tal punto de inflexión, además de no advertir que dicho argumento podría ser igualmente utilizado para parámetros distintos al de la viabilidad, como las quince semanas de la ley de Mississippi o cualquier otro plazo⁷⁵.

En resumidas cuentas, incluso *BLACKMUN*, autor de *Roe*, lamentó *Casey* aseverando que el «marco de *Roe* e[ra] mucho más administrable, y mucho menos manipulable, que el estándar de «carga indebida»»⁷⁶. Pese a ello, el voto disidente en *Dobbs* respaldó *Casey*, haciendo quizás más notorio el problema de adoptar su perspectiva de ‘libertad’⁷⁷, pues no parece tener mayor limitación que la autoimpuesta, ni siquiera respecto de la vida de otros⁷⁸; o, de haberla, tal muro se ciñe a un criterio de viabilidad y ‘carga indebida’ imposibles de colegir del texto constitucional. Así las cosas, resulta inapropiado justificar *Roe* y *Casey* en la medida que «han constituido por sí mismos la base jurídica de las decisiones posteriores que protegen estas opciones profundamente personales»⁷⁹. Si se aprecia, el mismo argumento aplicaría en pocos años para *Dobbs* una vez los Estados construyan ramificaciones jurídicas a partir de dicho precedente. El análisis jurídico debe situarse en la sentencia en sí misma más que en sus posibles efectos *a posteriori*.

2.2.3. La operatividad

Este factor analiza si la norma que impone el precedente puede ser entendida y aplicada de modo coherente y predecible. La prueba de la ‘carga indebida’, no obstante, ha obtenido una mala puntuación, pues la experiencia de los Tribunales de Apelación indica que la línea que separa a las restricciones permisibles de aquellas inconstitucionales es «imposible de trazar con precisión»⁸⁰. Mantener, por tanto, esta impracticable prueba socavaría el «desarrollo imparcial, predecible y consistente de

⁷¹ Cf. R. T. ANDERSON; A. DESANCTIS, *Tearing Us Apart: How Abortion Harms Everything and Solves Nothing*, Regnery Publishing, Washington, D.C, 2022, pp. 17-120.

⁷² Cf. J. J. THOMSON, «A Defense of Abortion», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, 1, 1971, pp. 47-66.

⁷³ Cf. *Casey*, p. 872.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 870.

⁷⁵ Cf. *Dobbs*. ROBERTS C. J., concurring, p. 3.

⁷⁶ *Casey*, p. 930.

⁷⁷ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, p. 10.

⁷⁸ Cf. M. PAULSEN, «The Worst Constitutional Decision of All Time», *Notre Dame Law Review*, vol. 78, 4, 2003, pp. 997-1001.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁰ *Janus*, p. 38.

los principios jurídicos»⁸¹. Ante ello, replicó el voto disidente⁸² que dicha prueba era plenamente aplicable, y que cualquier dificultad era no solo esperable, sino semejante a la de otros estándares jurídicos (ej., la «regla de la razón» para el derecho antimonopolio), siendo común su aplicación en áreas como la libertad de expresión o el comercio interestatal. Aseveró así que *Dobbs* «exagera» respecto de la división entre los jueces al aplicar aquel estándar, conformando la alternativa aportada —el análisis de ‘base racional’ sobre los legítimos intereses estatales—, un criterio que despierta también múltiples preguntas o conflictos interestatales sobre su concreta aplicación. Con ello, añadió el voto disidente, lejos de removese a la Corte de la cuestión del aborto, se la sitúa al centro de sus venideras «guerras interjurisdiccionales». Sin dejar de ser del todo cierta la réplica del voto disidente, el test de base racional —a diferencia de la carga indebida— no es un estándar creado *ad hoc* para un caso, sino que hace parte de la triada de tests de larga data (de menos a más riguroso, el de base racional, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto) que habitualmente utiliza la Corte para analizar la constitucionalidad de leyes u ordenanzas⁸³. Además, es el que ofrece mayor deferencia al legislativo⁸⁴, reduciendo así la posibilidad de brindar notoriedad a la Corte en las posibles batallas jurisdiccionales.

Al respecto, el voto de ROBERTS⁸⁵, pretendió sostener una postura ecléctica, apostando por abandonar la viabilidad, pero manteniendo al aborto como derecho. Mas, si *Casey* descartó el esquema trimestral de *Roe* —para sustituirlo por la ‘carga indebida’— y *Dobbs* —incluido ROBERTS— dejó de lado tanto la ‘carga indebida’ como la propia viabilidad, ¿cuál sería en adelante el nuevo criterio para aplicar el subsistente derecho al aborto? Más aún, si *Dobbs* —y ROBERTS— echó por tierra todo ello en razón de una ausente fundamentación constitucional (textual, histórica, etc.), ¿qué haría del aborto una justificada excepción? Si se acepta una frontera de 15 semanas, ¿hasta qué semana podría limitarse sin afectar el derecho al aborto?⁸⁶ Apunta acertadamente este juez que es posible revertir precedentes de modo parcial, distinguiendo al derecho en sí (el aborto) de sus contornos (los plazos). El problema, no obstante, radica cuando ante un mismo supuesto compartido (la falta de base constitucional) se arguyen consecuencias parciales contrapuestas (la depuración de uno y la pervivencia del otro), sin sustentar por qué⁸⁷.

⁸¹ Payne, p. 827.

⁸² Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 33-37.

⁸³ Cf. K. EYER, «The Canon of Rational Basis Review», *Notre Dame Law Review*, vol. 93, 3, 2018, p. 1324.

⁸⁴ Cf. R. HOLOSZYC-PIMENTEL, «Reconciling rational-basis review: When does rational basis bite?», *New York University Law Review*, vol. 90, 2015, p. 2071 y ss.

⁸⁵ Cf. *Dobbs*. ROBERTS C. J., concurring, pp. 9-10.

⁸⁶ En análogo razonamiento, cf. P. NUEVO LÓPEZ, «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en Estados Unidos tras la sentencia Dobbs», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 26, 2, 2022, pp. 605-606.

⁸⁷ Cf. Sherif Girgis. NICOLA CENTER FOR ETHICS AND CULTURE (UNIVERSITY OF NOTRE DAME), «Understanding Dobbs: Imagining a Post-Roe World», 2022, sec. Min. 48

2.2.4. El efecto en otras áreas del Derecho

Roe y *Casey* han generado la distorsión de doctrinas como la legitimación de terceros ante el tribunal o la *res judicata*⁸⁸, al punto de que «ninguna norma legal o doctrina está a salvo de la anulación ad hoc (...) cuando surge una ocasión para su aplicación en un caso (...) [sobre el] aborto»⁸⁹. Ello añade una razón más para anular tales decisiones.

2.2.5. Los intereses dependientes (reliance interest)

El voto disidente apuntó que anular *Roe* y *Casey* amenazaba el resguardo de otros derechos reconocidos en virtud de la Cláusula del Debido Proceso, p. e., la anticoncepción o el matrimonio entre personas del mismo sexo⁹⁰. No obstante, la Corte subrayó que *Dobbs* refería solo al aborto, por lo que no debía asumirse una puesta en duda de precedentes distintos. Ante ello, afirmó con mayor acierto el voto disidente que el «problema es que el camino [argumentativo] elegido (...) no ofrece ninguna forma de distinguir entre el derecho a elegir un aborto y una serie de otros derechos»⁹¹. En efecto, desde las reglas de la lógica argumentativa, parece más sólida la crítica del voto disidente cuando afirma que: «O bien la mayoría no cree realmente en su propio razonamiento. O si lo hace, todos los derechos sin historia desde mediados del siglo XIX son inciertos. O bien la totalidad de la opinión de la mayoría es hipocresía, o bien otros derechos constitucionales están amenazados. Es una cosa o la otra.»⁹². No hipocresía, pero sí cierta incoherencia, pues si las premisas (la no expli- citud y la ausencia de raíz histórica) conducen a una conclusión (la no justificación constitucional del aborto como derecho), es difícil sostener cómo ello no aplicaría respecto de otros asuntos bajo análogo supuesto, salvo se muestren las diferencias que desdigan la semejanza, cuestión que en *Dobbs* no hizo de modo convincente, pues su argumento fue —una vez más— que el aborto es sustantivamente diferente. En efecto lo es, pero dicha distinción no surte mayores efectos en este caso. Afir- mar solo que otros precedentes no corren riesgo pues así lo señala éste, peca de lo mismo que se critica a *Casey* cuando, acertadamente, se le acusa de justificar el aborto porque *Roe* así lo aseveró. El juez THOMAS⁹³, en cambio, hiló la secuencia hasta el final, afir-

a 51, fecha de consulta 18 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3Wo5WEb>; Sobre por qué no es posible mantener la ley de Mississippi sobre la base de *Casey*, cf. S. GIRGIS, «Misreading and Transforming *Casey* for *Dobbs*», *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 1, 2022, pp. 341-350.

⁸⁸ Cf. *Dobbs*, pp. 62-63.

⁸⁹ *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. (1986). O'CONNOR dissenting, p. 814.

⁹⁰ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 4-5 y 27.

⁹¹ Ibídem. Nota a pie de página N° 7.

⁹² *Ibid.*, p. 5.

⁹³ *Dobbs*. THOMAS, J., concurring, pp. 2-6.

mando que, en futuros casos, «deberíamos reconsiderar todos los precedentes de esta Corte sobre el debido proceso sustantivo, incluyendo *Griswold*, *Lawrence* y *Obergefell*» y siendo un deber «anular estas decisiones manifiestamente erróneas».

Con todo, la preocupación del voto disidente no se vislumbra del todo justificada, pues más allá del argumento en *Dobbs* y, especialmente, en THOMAS, existen diferencias entre el aborto y otros asuntos (sea en la naturaleza del derecho implicado y/o en el consenso existente sobre su comprensión) que impedirían un similar desenlace. El voto disidente⁹⁴, p. e., consideró en riesgo el matrimonio interracial permitido en el caso *Loving v. Virginia*, pero el consenso en la actual comprensión de este derecho no auguraría en lo absoluto su reversión; incluso, el uso de contraceptivos en *Griswold* —a partir de la noción de 'privacidad'— tendría al menos una asequibilidad de la que no goza el aborto, pues la naturaleza de este último supone decidir sobre la vida —potencial o no— de otro. Lo anterior, no aplicaría probablemente a *Obergefell v. Hodges* (matrimonio entre personas del mismo sexo) y aquí sí podría estar justificado el temor del voto disidente. KAVANAUGH, percatándose de la importancia de aquello, insistió en su voto concurrente que la «anulación de *Roe* no significa la anulación de esos precedentes, y no amenaza ni los pone en duda». Con ello, generó a lo mejor un balance frente a THOMAS, pero no amplió en sí la argumentación al respecto, ciñéndose a lo dicho ya por la mayoría.

Ahora bien, si acogemos la dirección opuesta, fue *Casey* la que adujo una particular forma de intangible dependencia al afirmar que «las personas [habían] organizado sus relaciones íntimas y adoptado decisiones que definen su visión sobre sí mismas y su lugar en la sociedad (...) en función de la disponibilidad del aborto»⁹⁵. Asimismo, aseveró que «la capacidad de las mujeres de participar en igualdad de condiciones en la vida económica y social de la nación se ha visto facilitada por su capacidad de controlar su vida reproductiva»⁹⁶. Es decir, fue *Casey* quien arguyó una fuerte dependencia respecto del aborto, aunque sin brindar sustento alguno. El voto disidente en *Dobbs* hizo lo propio⁹⁷, apoyándose al menos en ciertos *amici curiae* para hacer del aborto una condición *sine qua non* de la igualdad de las mujeres, sosteniendo que, con la desaparición de *Roe* y *Casey*, «la pérdida de poder, control y dignidad será inmensa». Sin embargo, *Dobbs* evidenció la fuerte contienda de intereses en la materia al confrontar *amici curiae* de uno y de otro lado, declarándose incompetente para resolver el asunto y, una vez más, destacando su solución política mediante instancias democráticas del país⁹⁸.

--- O ---

⁹⁴ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, p. 27 y 28.

⁹⁵ *Casey*, p. 856.

⁹⁶ *Ibídem*.

⁹⁷ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 47-48 y 52.

⁹⁸ Cf. *Dobbs*, p. 65.

En suma, existen razonables elementos de convicción para considerar jurídicamente defendibles los cuestionamientos de *Dobbs* al aborto como derecho en la Constitución o en razón del *stare decisis*. Si ello es así, dirá la Corte, no son de recibo singulares preocupaciones —como las de *Casey*⁹⁹ y el voto disidente¹⁰⁰— que antepongan la eventual percepción social respecto de la actuación de la Corte (si se ha dejado influenciar por consideraciones políticas y de opinión pública) a la estricta actuación jurídica que a ésta compete¹⁰¹. De lo contrario, casos como *Plessy* podrían haber continuado en su momento.

3. ¿QUIÉN DEBE DECIDIR SOBRE EL ABORTO?

Finalmente, anotó la Corte, si el aborto implica una profunda cuestión moral no prevista en la Constitución, la potestad para incorporarlo o descartarlo residió siempre y solo en la autoridad del pueblo y sus representantes elegidos, no en la autoridad judicial. *Roe* y *Casey* se arrogaron tal potestad, que hoy queda revertida. Así, la Corte no ha anulado un derecho (aborto), sino admitido su inexistencia en la Constitución, tampoco ha creado uno (vida), sino reconocido su posible protección Estatal¹⁰². En dicho contexto, declaraciones que presenten a *Dobbs* como un arrebato de derechos al pueblo¹⁰³ o a las mujeres¹⁰⁴ son, quizás, comprensibles en un plano político, pero difícilmente asimilables en un marco jurídico como el presente. El voto disidente realizó una afirmación análoga al señalar que «sea cual sea el alcance exacto de las próximas leyes, un resultado de la decisión de hoy es seguro: el recorte de los derechos de las mujeres, y de su estatus como ciudadanas libres e iguales»¹⁰⁵. El problema intrínseco con dicha aproximación —o análogas¹⁰⁶— es que asume dos premisas *iuris et de iure*. En primer lugar, que no existe vida humana desde la concepción, o que, más allá de ello, no se es persona protegible en el marco constitucional sino hasta un momento posterior incierto. En segundo lugar, que existe un incuestionable derecho de la mujer a abortar (o a un «control sobre su cuerpo») que, salvo contadas excepciones —no

⁹⁹ Cf. *Casey*, pp. 866—886.

¹⁰⁰ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 54-55.

¹⁰¹ Cf. *Dobbs*, pp. 66-69.

¹⁰² Cf. F. SIMÓN YARZA, «¿Por qué se ha anulado *Roe v. Wade*?», *EL MUNDO*, 2022, sec. Única, fecha de consulta en <https://bit.ly/3PIcf2w>.

¹⁰³ Declaraciones del Presidente Joe Biden el 24/06/22: «The Supreme Court expressly took away a Constitutional right from the American people that it had already recognized.» En: <https://bit.ly/3Q1Q1Y5>

¹⁰⁴ Cf. M. BACHELET, «UN High Commissioner for Human Rights, on US ruling on *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*», *OHCHR*, fecha de consulta 17 octubre 2022, en <https://bit.ly/3TqkoJU>.

¹⁰⁵ *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, p. 4.

¹⁰⁶ Cf. *Ibid*, pp. 1, 2, 4 y 22.

queda muy claro cuándo si el criterio es la ‘carga indebida’—, se sobrepone siempre al —potencial o no— derecho a la vida del *nasciturus*¹⁰⁷.

Solo adoptando tales puntos de partida no negociables, es posible argüir acertadamente que *Dobbs* supone «restricciones» al derecho al aborto; un «control» o «intrusión gubernamental»¹⁰⁸ sobre «el cuerpo de una mujer o el curso de su vida»¹⁰⁹; un «recorte» de su estatus como «ciudadanas libres e iguales»¹¹⁰, que afectará «a las más pobres»¹¹¹, al punto de contraponer la vida y tenencia de un niño con la desventura de un «significativo coste personal y familiar». Una vez más, solo bajo tal perspectiva, es comprensible que no hallemos en el voto disidente crítica alguna sobre *Roe* y *Casey*, al grado de afirmarse que existe una única razón por la que hoy se revierten tales casos: por el cambio en la composición del tribunal¹¹². Tampoco encontramos una justificación constitucional sobre el acierto de la ‘viabilidad’ como criterio; el no derecho a la vida del *nasciturus* o su probada derrotabilidad frente a la decisión de abortar; o, por qué dicho derecho —de serlo— debe ser reconocido por un tribunal y no por un parlamento, etc. *Dobbs*, en su lugar, tras ofrecer una refutación constitucional de las tesis de *Roe* y *Casey*, se declaró incompetente para responder a la pregunta de fondo: si el concebido tiene un derecho constitucional a la vida —a partir de cuándo, en qué grado— y si, según ello o ejercitando un cierto balance, la regulación del aborto como derecho es constitucionalmente defendible. De nuevo, mientras *Dobbs* trasladó la respuesta a los legislativos estatales, el voto disidente adoptó la respuesta de lo que está en debate, pero sin justificar con solidez ni la facultad que la legitima ni las premisas que le permiten arribar a sus conclusiones.

Considérese que juristas de variadas sensibilidades han coincidido con estas críticas, aunque por distintas causas. La ex jueza BADER GINSBURG, p. e., conocida por su férreo apoyo al aborto, criticó en su momento el mal argumento y estrategia utilizados en *Roe*. El mal argumento pues *Roe* se centró en la privacidad, en lugar de los derechos de las mujeres, al punto de manifestar que aquella decisión se «trata[ba] de la libertad del médico para ejercer... no estaba centrada en la mujer, sino en el médico»¹¹³. Para ella, hubiese sido mejor basar la sentencia en la Cláusula de Igualdad de Protección¹¹⁴ pues así hubiese sido menos vulnerable¹¹⁵—aunque ciertamente

¹⁰⁷ Cf. *Ibid*, p. 11.

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 24.

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 12.

¹¹⁰ *Ibid*, p. 4.

¹¹¹ *Ibid*, 3, 4 y 50.

¹¹² Cf. *Ibid*, pp. 7 y 33.

¹¹³ R. BADER GINSBURG, «Roe v. Wade at 40: A Conversation with Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg (The University of Chicago - Faculty of Law)», 2013, sec. Única, fecha de consulta 2 noviembre 2022, en <https://bit.ly/2FhwDCE>.

¹¹⁴ Cf. R. BADER GINSBURG, «Some thoughts on autonomy and equality in relation to Roe v. Wade», *North Carolina Law Review*, vol. 63, 2, 1985, p. 375 y ss.

¹¹⁵ En análogo sentido al de BADER GINSBURG, véase el desarrollo argumental realizado por uno de los *Amici Curiae* presentados en favor de los demandados. Cf. *Dobbs v. Jackson Women's Health*

no menos criticable, sea porque tal argumento asume como normativo el físico masculino, relegando el embarazo y la maternidad a la hostilidad cultural¹¹⁶; o, porque comparte el mismo talón de Aquiles con *Roe y Casey*, esto es, asumir que la Constitución impone una posición sobre el *nasciturus*: su descarte¹¹⁷. La mala estrategia pues *Roe* ilegalizó abruptamente las restricciones al aborto en todo el país, provocando no solo feroces ataques, sino también un cambio doctrinal «demasiado rápido», que abonó terreno para su carácter «inestable»¹¹⁸. Esta sentencia, señaló, supuso detener un «momentum» de cambio favorable al aborto, que hubiese sido mejor conseguir a través de las legislaturas y tribunales estatales¹¹⁹, siendo el rol de la Corte confirmar aquella dirección mediante una decisión templada que no peque de extravagante ni divisiva¹²⁰. *Roe*, en su lugar, no solo «detuvo un proceso político que se movía en dirección a la reforma (...) prolong[ando así] la división y (...) la solución estable de la cuestión»¹²¹, sino que además, «no invit[ó] al diálogo a los legisladores. Por el contrario, parec[ió] quitarles la pelota del tejado»¹²². En suma, la acusación central que *Dobbs*¹²³ formuló contra *Roe* es la misma que HART y otros constitucionalistas hicieron en su momento: no es que los jueces hiciesen una mala política sobre el aborto, es que hicieron una política sobre el aborto.

Ahora bien, se ha deslizado como argumento que, así como *Brown* no necesitó de una previa aprobación política-democrática, *Roe* tampoco la requería pues, finalmente, se trataba de derechos. El peligro con tal óptica, por más que en general sea acertado atisbar que la inherencia de un derecho fundamental no se sujeta a la lógica mayoritaria, es que puede ser utilizada —por pocos o muchos— para impedir la deliberación y decisión sobre asuntos de natural controversia aún no definidos en un marco constitucional. Pero es que, además, la analogía no es apropiada. La propia

Organization, 597 U. S. (2022). BRIEF OF EQUAL PROTECTION - Constitutional Law scholars Serena Mayeri, Melissa Murray, and Reva Siegel as *amici curiae* in support of respondents. Pp. 5-12.

¹¹⁶ Cf. E. BACHIOCHI, «Embodying Equality: Debunking Equal Protection Arguments for Abortion Rights», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34, 2011, pp. 892-896; Sobre cómo la «asimetría reproductiva» entre un hombre y una mujer no conduce a culminar la vida de otro, cf. «A Putative Right in Search of a Constitutional Justification: Understanding Planned Parenthood v Casey's Equality Rationale and How It Undermines Women's Equality», *Quinnipiac Law Review*, vol. 35, 2017, pp. 117-121.

¹¹⁷ Cf. S. GIRGIS, «Why the Equal-Protection Case for Abortion Rights Rises or Falls with Roe's Rationale», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 2022, p. 4.

¹¹⁸ Cf. A. HARIDASANI GUPTA, «Why Ruth Bader Ginsburg Wasn't All That Fond of Roe v. Wade», *The New York Times*, 2020, sec. Única, fecha de consulta 3 noviembre 2022, en <https://nyti.ms/3U1Hibf>.

¹¹⁹ Cf. R. BADER GINSBURG, «Roe v. Wade at 40: A Conversation with Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg (The University of Chicago - Faculty of Law)», cit., sec. Única.

¹²⁰ Cf. R. BADER GINSBURG, «Speaking in a judicial voice», *New York University Law Review*, vol. 67, 6, 1992, p. 1208.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*, p. 1205.

¹²³ Cf. *Dobbs*, p. 6.

GINSBURG enfatizó sus diferencias. A su entender, mientras la Corte en *Brown* tuvo que posicionarse por delante del poder político (pasivo frente a la segregación racial) para hacer cumplir un precepto constitucional, no requería asumir el mismo papel en *Roe*, toda vez existía una tendencia en favor de la liberalización del aborto en varias legislaturas estatales¹²⁴ Lo acontenido en *Roe* acabó siendo enormemente divisivo y aplazando un solución estable del asunto¹²⁵.

Una vez más, si el aborto como derecho no se deriva de la Constitución y su carácter como precedente ha sido desacreditado, son los Estados los facultados para su regulación, debiendo saciar un estándar de base racional que ampare su legítimo interés. La Ley de Mississippi, dirá la Corte, se apoyó en un interés estatal para «proteger la vida del no nacido»¹²⁶, proveyendo con ello una base racional para su regulación.

4. ¿QUÉ IMPLICANCIAS PODRÍA GENERAR DOBBS?

4.1. *En el debate del aborto - Moralmente neutra, pero en favor del nasciturus*

Si se aprecia, pareciese que la intención de *Dobbs* reside en defender simétricamente tanto las leyes restrictivas del aborto de Mississippi u Oklahoma como las permisivas de California o New York¹²⁷. Pero ello podría ser más aparente que real. *Dobbs* declaró que, en adelante, sometería las regulaciones del aborto a un escrutinio de base racional, a la luz de «los intereses [estatales] legítimos [que] incluyen el respeto y la preservación de la vida prenatal en todas las etapas del desarrollo, la protección de la salud y la seguridad de la madre; la eliminación de procedimientos médicos particularmente espantosos o bárbaros; la preservación de la integridad de la profesión médica; la mitigación del dolor fetal; y la prevención de la discriminación por motivos de raza, sexo o discapacidad»¹²⁸. Como apunta BRADLEY¹²⁹, si nada en *Dobbs* sugiere que por «salud y seguridad maternas» se comprenda aquel sentido ilimitado de *Doe v. Bolton*¹³⁰, que abarcaba todos los aspectos del bienestar de la mujer —según ella los juzgue—, y por el que la permisividad en los abortos sería amplia; de nuevo, si nada en *Dobbs* sugiere dicho alcance, entonces, los elementos enlistados podrían conformar más bien bases para limitar o prohibir el aborto.

¹²⁴ Cf. R. BADER GINSBURG, «Speaking in a judicial voice», cit., pp. 1205-1206.

¹²⁵ Cf. *Ibid.*, p. 1208.

¹²⁶ MS Code § 41-41-191 (2018): (2) (b) (i)

¹²⁷ Cf. *Dobbs*, p. 31.

¹²⁸ *Ibid.*, p.78.

¹²⁹ G. V. BRADLEY, «Dobbs: Looking Back, Looking Forward», *The Federalist Society*, fecha de consulta 1 septiembre 2022, en <https://bit.ly/3CQXnKQ>.

¹³⁰ Cf. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. (1973), p. 192.

Ciertamente, *Dobbs* no abordó la pregunta clave de la discusión, esto es, quiénes son «personas» y cuáles son las obligaciones constitucionales de los Estados al respecto. Y, los jueces en *Dobbs*, en particular KAVANAUGH¹³¹, se esforzaron en adoptar una postura moralmente neutra¹³². Piénsese, p. e., en afirmaciones como «[n]uestra opinión no está basada en ningún punto de vista sobre si —y a partir de cuándo— la vida prenatal tiene titularidad de alguno de los derechos que se disfrutan tras el nacimiento»¹³³; o como «[l]as partes contendientes también presentan argumentos contradictorios sobre el estatus del feto. Este Tribunal no tiene ni la autoridad ni la pericia para juzgar esas disputas»¹³⁴.

BLACKMUN hizo lo propio en *Roe*¹³⁵ frente a la defensa de Texas¹³⁶, pero sostuvo que la vida a proteger no era la de una ‘persona’ en términos constitucionales, acuñando luego el vacío vocablo ‘vida potencial’¹³⁷. Pese a ello, advirtió lo que estaba en juego: «El apelado y algunos *amici* sostienen que el feto es una ‘persona’ en el sentido de la Decimocuarta Enmienda. (...) Si se establece esta sugerencia de la condición de persona, el caso del recurrente, por supuesto, se derrumba, ya que el derecho del feto a la vida estaría entonces garantizado específicamente por la Enmienda. El recurrente lo admitió en la réplica»¹³⁸. Aún así, evitó ingresar al análisis de quién es ‘persona’, quizás por considerar dicha tesis como exclusivamente religiosa¹³⁹, tal y como ha planteado algún autor¹⁴⁰ sobre *Dobbs* o como deslizó la jueza SOTOMAYOR¹⁴¹ en la ronda de argumentos orales. De ser así, una óptica como aquella¹⁴² parece contrastar

¹³¹ Cf. *Dobbs*. KAVANAUGH J., concurring, pp. 3, 5, 11 y 12.

¹³² Cf. G. V. BRADLEY, «*Dobbs* and Constitutional Limits on Abortion», cit., sec. II.

¹³³ *Dobbs*, p. 38.

¹³⁴ *Ibid.* p. 65.

¹³⁵ Consideró, además, que el referente para la solución del caso era la Cláusula del Debido Proceso y no la Cláusula de Igualdad de Protección. Según BRADLEY, era esta última la disposición correcta, pues imponía al Estado la obligación de proteger a todos de la violencia privada (las leyes de aborto); mientras la primera refiere solo a los actos de violencia estatal. Cf. G. V. BRADLEY, «*Dobbs* and Constitutional Limits on Abortion», cit., sec. II.

¹³⁶ «[E]n el momento de la concepción, tenemos un ser humano, una ‘persona’ dentro del concepto de la Constitución». En: E. MCDONAGH, *Breaking the Abortion Deadlock: From Choice to Consent*, Oxford University Press, 1996, p. 170.

¹³⁷ Cf. G. V. BRADLEY, «*Dobbs*: Looking Back, Looking Forward», cit.

¹³⁸ *Roe*, p. 156.

¹³⁹ Cf. *Ibid.*, pp. 160-161.

¹⁴⁰ Cf. L. H. TRIBE, «Deconstructing *Dobbs*», *The New York Review*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 10 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3I3i1dF>

¹⁴¹ Dirigiéndose a S. Stewart, Procurador General de Mississippi: «La cuestión de cuándo comienza la vida ha sido muy debatida por los filósofos desde el principio de los tiempos. Todavía se debate en las religiones. Así que cuando usted dice que este es el único derecho [el aborto] que quita al Estado la capacidad de proteger una vida, esa es una visión religiosa, ¿no?». M. H. FIORITO, «*Atheists against abortion reject the religious narrative*», *Our Sunday Visitor*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 7 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3hm8Iu1>.

¹⁴² Cf. L. GREENHOUSE, «Opinion | Religious Doctrine, Not the Constitution, Drove the *Dobbs* Decision», *The New York Times*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 7 noviembre 2022, en

con el escenario actual de los EEUU donde a menudo surgen organizaciones que, manteniendo la condición de 'persona' del *nasciturus*, se describen como seculares o ateas¹⁴³. En tal caso, valoró BLACKMUN las veintidos veces que se utiliza tal vocablo en la Constitución; concluyendo que «en casi todos estos casos, el uso de la palabra es tal que sólo tiene aplicación postnatal. Ninguno indica con seguridad que tenga una posible aplicación prenatal»¹⁴⁴.

Dobbs, sin embargo, a diferencia de *Roe* y *Casey*, parece haber colocado los cimientos para que futuros litigios reconozcan al *nasciturus* la protección de las 'personas' en virtud de la Cláusula de Igualdad de Protección¹⁴⁵. Ello, una vez más, pues sostuvo que: «El aborto destruye lo que esas decisiones llaman «vida potencial» y lo que la ley en cuestión (...) considera como la vida de un «ser humano no nacido». (...) Ninguna de las otras decisiones citadas por *Roe* y *Casey* implicaba la cuestión moral crítica que plantea el aborto»¹⁴⁶. Dicho de otro modo, si *Dobbs* se aparta de la tesis contenida en *Roe* y *Casey* respecto al aborto como derecho constitucional; si, por el contrario, afirma que «el respeto y la preservación de la vida prenatal en todas las etapas del desarrollo»¹⁴⁷ conforma un legítimo interés de protección estatal para restringir o prohibir el aborto; y, si además no solo considera a la 'viabilidad' como una «línea arbitraria»¹⁴⁸, sino a la 'carga indebida' como un criterio impracticable, luego, el *onus probandi* del *rational base review* parece recaer más en una pretensión permisiva del aborto que en una protectora del *nasciturus*. Después de todo, no es irrazonable que tal obligación recaiga con especial responsabilidad en quien, aún reconociendo —o no negando— la condición humana de determinados seres vivos, no los considere cualificables como 'persona' bajo la Constitución.

Piénsese que, si el aborto no fuese letal para un ser humano real (que no 'potencial'), la argumentación de *Dobbs* colapsaría¹⁴⁹, pues impediría —aquí sí— un «control sobre [el propio] cuerpo» en razón precautoria de algo inexistente. En efecto, *Dobbs* intentó demostrar, mediante el *Appendix*, el conglomerado de leyes estatales previas a *Roe* que se oponían al aborto y que, por tanto, no permitían calificarlo como un derecho constitucional enraizado en la historia y tradición de los EEUU. Tales leyes tenían como núcleo común considerar delito el «administrar» a «cualquier mujer embarazada» («con un hijo») cualquier elemento o proceder con la «intención de provocar [un] aborto» (o «destruir a dicho hijo»), a menos que se haga para salvar

<https://nyti.ms/3Uymvf7>.

¹⁴³ Cf. Z. SCHERMELE, «For anti-abortion LGBTQ groups, Roe's reversal is a «human rights victory»», *NBC News*, sec. Única, fecha de consulta 7 noviembre 2022, en <https://nbcnews.to/3UAgjU3>; M. H. FIORITO, «Atheists against abortion reject the religious narrative», cit., sec. Única.

¹⁴⁴ *Roe*, p. 157.

¹⁴⁵ G. V. BRADLEY, «What Comes After Roe», *First Things*, fecha de consulta 15 septiembre 2022, en <https://bit.ly/3UaFtZU>.

¹⁴⁶ *Dobbs*, p. 32.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 78.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 50.

¹⁴⁹ G. V. BRADLEY, «What Comes After Roe», cit.

la vida de la mujer¹⁵⁰. Esto, en suma, es lo que nadie tenía derecho constitucional a hacer en razón de esa otra vida existente. Nuevamente, si bien ello no supone, por contrapartida, la afirmación en *Dobbs* del derecho a la vida del *nasciturus*, sí implica el reconocimiento amplio —«en todas las etapas del desarrollo»— del legítimo interés estatal para preservar «la vida prenatal», en contraposición al aborto, en el entendido que este conlleva —aunque se haya pretendido la neutralidad— a la eliminación deliberada de un ser humano.

No en vano disputó *Dobbs*¹⁵¹, ¿por qué es apremiante el interés del Estado en proteger la vida prenatal recién en la viabilidad?, ¿Cuál es el cambio inherente —que no externo— en la entidad humana a resguardar?, «¿Por qué no es ese interés «igualmente imperioso antes de la viabilidad»? (...) *Roe* no lo dijo, y no parece haber ninguna explicación», tampoco en el voto disidente¹⁵², ni para la viabilidad ni para cualquier otro momento antes del nacimiento, con las consecuencias que ello pueda suponer¹⁵³. Si todo lo anterior fuese acertado, venideros litigios podrían significar —sin sustituir al legislativo estatal— una protección incremental del *nasciturus* hasta, eventualmente, convertirse en acreedor de la condición constitucional de persona¹⁵⁴. Considerese que, si hacemos mérito de un acervo histórico-jurídico, según FINNIS y GEORGE, las prohibiciones de los abortos electivos eran constitucionalmente obligatorias pues el *nasciturus* era concebido como ‘persona’ en el sentido público original de las cláusulas del Debido Proceso e Igualdad de Protección de la 14^a Enmienda¹⁵⁵. Ello pues, «entre el público jurídicamente informado de la época, el significado de ‘cualquier persona’ —en una disposición que constitucionaliza la igualdad de derechos básicos de las personas— incluía claramente a los seres humanos no nacidos»¹⁵⁶. La Constitución, así, no estipula ninguna definición de ‘persona’ porque sus creadores dieron por sentado que con dicho término se aludía a todo el mundo¹⁵⁷. Repárese que incluso la terrible decisión *Dred Scott v. Sandford* reconoció que los afrodescendientes —esclavos o no— eran ‘personas’, aunque no ‘ciudadanos’, poseyendo algunos pocos derechos que los blancos debían respetar¹⁵⁸.

¹⁵⁰ Cf. G. V. BRADLEY, «Dobbs and Constitutional Limits on Abortion», cit., sec. IV.

¹⁵¹ *Dobbs*, p. 50.

¹⁵² *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 2 y 4.

¹⁵³ Cf. R. STITH, «The World as Reality, as Resource, and as Pretense», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 20, 1, 1975, p. 142 y ss.

¹⁵⁴ Cf. J. FINNIS; R. GEORGE, «Equal Protection and the Unborn Child: A Dobbs Brief», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 45, 3, 2022, pp. 1030-1031.

¹⁵⁵ En análogo sentido, véase: H. CORRAL TALCIANI, «*Roe v. Wade* reversado», *Derecho y Academia*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 7 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3hbTCH7>.

¹⁵⁶ J. FINNIS; R. GEORGE, «Equal Protection and the Unborn Child: A Dobbs Brief», cit., pp. 931-932.

¹⁵⁷ Cf. *Ibid.*, p. 1001.

¹⁵⁸ Las «únicas dos cláusulas de la Constitución que señalan a esta raza, los tratan como personas a las que era moralmente lícito tratar como artículos de propiedad y mantener como esclavos». *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (1856), p. 60.

De todos modos, *Dobbs* no hizo eco de este aporte, el cual además encontró oposición en KAVANAUGH¹⁵⁹.

4.2. *En la democracia constitucional - Una revalorización del 'demos'*

Como es bien sabido, la democracia constitucional¹⁶⁰ entraña un justo equilibrio entre el ejercicio del *principio democrático* —mediante las instituciones de la democracia política— y, los *límites de la política* —mediante la norma constitucional y el control de constitucionalidad. *Dobbs* revalorizó el *demos* de dicho binomio, incentivando —por tanto— la solución política y democrática de problemas de amplia envergadura como, p. e., el aborto, toda vez que no hace parte de las opciones fundamentales ya contenidas en la Constitución. Así, reconoció a los Estados la potestad legislativa para regular dicha materia. La antítesis supondría adoptar la decisión de fondo sin contar con la participación de tales comunidades políticas, como ocurrió en *Roe*¹⁶¹. Por otra parte, de cara a cumplir con su tarea de control de la política, *Dobbs* adoptó un método interpretativo compatible con la apuesta anterior, haciendo mérito del texto constitucional, y considerando la historia y tradición jurídica del país. Así, dejó de lado una óptica evolutiva de la Constitución, no porque la deseé petrificada, sino porque sabe que no hay elementos que permitan considerar al aborto como un fruto de dicha evolución. *Casey* y su sentido omnicomprensivo de la libertad, p. e., hicieron una buena antítesis de lo aquí planteado, pues alegándose una pretendida noción amplia y vigente de dicho término, se consideró suficientemente justificada la inclusión del aborto¹⁶².

¹⁵⁹ Cf. *Dobbs*. KAVANAUGH J., concurring, p. 5.

¹⁶⁰ Cf. M. FIORAVANTI, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 163-164.

¹⁶¹ O, en otro orden de cosas, como ocurrió en Ecuador en 2019, cuando su Corte Constitucional incorporó mediante interpretación evolutiva el matrimonio entre personas del mismo sexo, pese a la explícita reserva constitucional varón-mujer. Al prescindirse así de la requerida reforma constitucional, se sustituyó a la Asamblea Nacional y se puso a los «jueces por encima de los legisladores», cf. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19. Voto salvado de los magistrados Salgado, Corral, Herrería y Nuques. FJ. 2-4, 12-15 y 95; B. MARCHECO ACUÑA, «El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 2020, pp. 191-196; M. ATIENZA RODRÍGUEZ, «Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo», *ElUniverso.com*, 2013, sec. Única, fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://bit.ly/39akTDE>.

¹⁶² En otras latitudes, es lo acontecido en *Lhaka Honbat*, pues haciendo la Corte Interamericana una exégesis de ciertas disposiciones y capitalizando su Opinión Consultiva 23/17, concluyó que el medio ambiente sano, la alimentación adecuada, el agua y la participación en la vida cultural conformaban nuevos derechos autónomos, citando para ello *soft law* a conveniencia y trastocando las reglas de interpretación de tratados. Todo ello pese a que la Convención Americana sobre Derechos Humanos —por buena que sea la iniciativa— no dice absolutamente nada al respecto. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honbat Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. Voto del juez Sierra Porto, párrs. 3-11,

Bajo la perspectiva de *Dobbs*, el proceder detrás de *Roe* y *Casey* no solo conformó un ejercicio de voluntarismo judicial que desconoce su propio marco jurídico, sino que a menudo usurpa al legislativo o constituyente en sus tareas¹⁶³, erosionando así el logro histórico de la división de poderes y el ejercicio del principio democrático. Recuérdese que, las privativas visiones de justicia material de los jueces no constituyen justificación jurídica para desplazar los límites competenciales y materiales que la norma prescribe. Y, si bien es viable alegar una razonable exégesis evolutiva, ello no puede significar el desprecio por otros métodos interpretativos o, peor aún, la pretensión de hacer hablar al texto allí donde guarda silencio —donde excluye un supuesto o donde lo regula en sentido contrario—, tan grave ello como subvertir la noción de las palabras¹⁶⁴. Recuérdese también que, lo aquí señalado en pro del ejercicio del principio democrático aplica, para bien o para mal, en favor de los resultados que puedan darse en uno u otro sentido. A la fecha, p. e., mientras en California, Michigan y Vermont se han aprobado enmiendas constitucionales para incluir al aborto como derecho, en Kansas y Kentucky se han rechazado medidas que pretendían excluir una comprensión favorable al aborto en sus constituciones. En Montana no prosperó una ley que buscaba catalogar como ‘persona’ al *nasciturus* nacido vivo¹⁶⁵ y en Carolina del Sur, la Corte Suprema estatal declaró inconstitucional una ley que restringía el aborto una vez cierta la actividad cardíaca del *nasciturus*. En sentido opuesto, en cinco estados se ha limitado¹⁶⁶ y en otros trece se ha prohibido ya¹⁶⁷ el aborto, salvo contadas excepciones por causales.

Dicho aquello, si en los EEUU el textualismo surgió a nivel legal como respuesta al *purposivism* y al pragmatismo (propósitos generales de una ley y nociones de

y del juez Vio Grossi, párrs. 4-61; L.-A. LÓPEZ-ZAMORA, «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos»», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 37, 2021. Se critica la argumentación seguida por la Corte IDH para expandir su jurisdicción y lograr la judicialización de derechos ambientales no consagrados en la CADH.

¹⁶³ Cf. R. ROSSUM; G. A. TARR; V. P. MUÑOZ, *American Constitutional Law, Volume I: The Structure of Government*, 11th edition, Routledge, New York, NY, 2019, pp. 7-8.

¹⁶⁴ Aunque aludiendo, propiamente, a tratados. Cf. M. NÚÑEZ POBLETE, «La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, 2009, pp. 512-514; J. I. MARTÍNEZ ESTAY, «Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, 1, 2014, p. 380.

¹⁶⁵ Cf. BALLOTPEDIA, «2022 abortion-related ballot measures», sec. Única, fecha de consulta 21 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3BNELKD>.

¹⁶⁶ Cf. R. REBOUCHE, «Abortion rights referendums are winning — with state-by-state battles over rights replacing national debate», *The Conversation*, sec. Única, fecha de consulta 21 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3HValeE>.

¹⁶⁷ Cf. THE NEW YORK TIMES, «Tracking the States Where Abortion Is Now Banned», 2022, sec. Única, fecha de consulta 21 diciembre 2022, en <https://nyti.ms/3G70IXB>.

viabilidad para superar el lenguaje real de una ley, respectivamente); el originalismo surgió a nivel constitucional como respuesta a la noción de 'Constitución viva'. Ambas, no obstante, apuntan a lo mismo: interpretar las disposiciones jurídicas según el significado público que tenían al adoptarse¹⁶⁸. Según tal perspectiva, es cierto que el aborto nunca ha hecho parte de los contenidos constitucionales. De allí que sea consecuente considerar su creación judicial en 1973 como un «grave error» no sostenible por la vía de los hechos, alegándose el *stare decisis*. Esto, sea que nos hallemos frente al viejo originalismo —propenso a una rápida deferencia al legislativo (p. e. juez SCALIA)— o al nuevo¹⁶⁹ —propenso a agotar todas las vías interpretativas posibles, adoptando incluso cierto papel constructor si hay fidelidad al 'significado' y al 'rol judicial'¹⁷⁰, hasta que no quede más remedio que la deferencia (p. e. juez THOMAS)¹⁷¹. Ésto no sugeriere que *Dobbs* sea¹⁷² o no¹⁷³ un fallo originalista, es decir, sin ingresar ahora al fondo de esta discusión, si *Dobbs* fue fiel a una indagación sobre el sentido público y originario de términos como 'libertad' o cláusulas como la del debido proceso —apoyándose, por supuesto, en el texto y la historia; o, si por el contrario, prevaleció un textualismo e historicismo exegéticos, cuando no un 'constitucionalismo vivo' de corte no progresista —esto último, atribuible quizás no a un originalismo procedural, sino a uno sustantivo, o incluso, a un método decididamente valorativo como el emergente *common-good constitutionalism* propuesto por VERMEULE¹⁷⁴. Postulamos, en cambio, que esta posición hermenéutica podría suponer un impulso opuesto a cierta tendencia —en cortes supremas, constitucionales

¹⁶⁸ Cf. R. H. BORK, *A time to speak: selected writings and arguments*, 1st ed, ISI Books, Wilmington, Del, 2008, p. 271 y ss.; E. WHELAN, «Servants of the Constitution», *Ethics & Public Policy Center*, sec. Única, fecha de consulta 26 agosto 2022, en <https://bit.ly/3Tn6uJ2>.

¹⁶⁹ Para un mayor desarrollo, véase: K. E. WHITTINGTON, «The New Originalism», *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 2, 2, 2004.

¹⁷⁰ Cf. A. R. THAPAR; J. MASTERMAN, «Fidelity and Construction», *Yale Law Journal*, vol. 129, 3, 2020, pp. 807-810.

¹⁷¹ Cf. A. R. THAPAR, «Originalism in Theory and Practice», *Princeton University*, 2022, sec. 1h 10' 30"-1h 14' 48", fecha de consulta 17 octubre 2022, en <https://bit.ly/3ezVvMW>.

¹⁷² Cf. R. SIEGEL, «Memory Games: Dobbs's Originalism As Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance», *Texas Law Review (forthcoming)*, vol. 101, 2022, p. 54 y ss.; R. George: G. MUÑOZ, «El movimiento legal conservador después de Dobbs», cit., sec. Única; J. ALICEA, «Dobbs Abortion Ruling Is a Triumph for Originalists», *City Journal*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 21 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3WQQ4cQ>.

¹⁷³ Cf. C. R. SUNSTEIN, «Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism», p. 6; E. D. BERNICK, «Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women's Health Organization», pp. 259-263; N. FELDMAN, «Supreme Court 'Originalists' Are Flying a False Flag», *Bloomberg.com*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 21 diciembre 2022, en <https://bloom.bg/3Ce3jNc>.

¹⁷⁴ Cf. A. VERMEULE, «Beyond Originalism», *The Atlantic*, 2020, sec. Única, fecha de consulta 21 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3vur4wt>; Intentando un método ecléctico entre el originalismo y el common-good constitutionalism: J. HAMMER, «Common Good Originalism: Our Tradition and Our Path Forward», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 44, 3, 2018, p. 917 y ss.; Comparando ambos métodos: M. L. SMITH, «Originalism, Common Good Constitutionalism, and Transparency», *Harvard Journal of Law and Public Policy (forthcoming)*, 2023, 2022, sec. IV-V.

y/o internacionales— que apuesta por una interpretación ‘evolutiva’ en materias controvertidas sobre derechos, cuando el marco de la Constitución o del tratado en cierres no regula nada o, incluso, sostiene lo contrario.

En el ámbito comparado es prematuro pronosticar posibles implicancias. Pero, si *Roe* significó un referente mundial para la liberalización del aborto¹⁷⁵, parece razonable atisbar que su reversión podría generar una repercusión inversa¹⁷⁶. Solo en dicho marco se entiende la gran cobertura recibida¹⁷⁷. En 2020, p. e., una Corte Superior en Kenia, citando a *Roe*¹⁷⁸, estimó al aborto como parte de un derecho a la privacidad y requirió al parlamento concretar las medidas respectivas; asimismo, en 2022, la Corte Constitucional de Colombia, se apoyó en *Roe* para sustentar la ‘autonomía’ y ‘viabilidad’, considerando hasta entonces inconstitucional cualquier penalización del aborto¹⁷⁹. Ésto, con razón, fue cuestionado por el voto disidente¹⁸⁰ y la academia pues, si la viabilidad fue arbitraria y *Roe* ha sido revertido, ¿qué fundamento queda?¹⁸¹ Por su parte, a finales de noviembre de 2022, la Asamblea Nacional francesa aprobó la introducción de un derecho al aborto hasta las 14 semanas en su Constitución¹⁸². De aprobarse en el Senado, será de las primeras constitucionalizaciones al respecto, hecha ciertamente por el parlamento, no la judicatura.

El voto disidente, quizás sin percibirse, terminó confirmando el punto central de la crítica democrática, al querer rebatir a la mayoría que EEUU era un paria internacional al hallarse entre los poquísimos que permiten abortos electivos tras las 20

¹⁷⁵ Cf. N. GBADAMOSI, «How a U.S. Abortion Ban Would Impact Africa», *Foreign Policy*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 7 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3hpDD8o>.

¹⁷⁶ Cf. F. MÉGRET, «Overturning of Roe v Wade: Time to Rethink US Engagement With International Human Rights Law?», *I-CONnect*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 11 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3g518TY>.

¹⁷⁷ Cf. «MOTION FOR A RESOLUTION ON THE US SUPREME COURT DECISION TO OVERTURN ABORTION RIGHTS IN THE UNITED STATES AND THE NEED TO SAFEGUARD ABORTION RIGHTS AND WOMEN'S HEATH IN THE EU | B9-0365/2022 | EUROPEAN PARLIAMENT», 2022, sec. Única, fecha de consulta 8 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3TiTsey>; M. BACHELET, «UN High Commissioner for Human Rights, on US ruling on Dobbs v Jackson Women's Health Organization», cit., sec. Única; S. WRIGHT; L. NORMAN, «World Leaders React on Roe v. Wade», *WSJ*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 8 noviembre 2022, en <https://on.wsj.com/3t95n42>.

¹⁷⁸ Cf. Corte Superior de Malindi (Kenia). *PAK and Salim Mohammed v. Attorney General et al.* 24 de marzo de 2022. Párrs. 73 y 102. En <https://bit.ly/3WHwh0a>

¹⁷⁹ Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 2022 (Expediente D-13.956). 21 de febrero de 2022. Fj. 512-514, 562, 607 (nota a pie N° 609).

¹⁸⁰ Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 2022. Op. cit. Salvamento de voto del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar. Fj. 168 y ss.

¹⁸¹ Cf. A. IDÁRRAGA; J. I. ACOSTA LÓPEZ, «El draft del caso Dobbs y la despenalización del aborto en Colombia: Los errores comunes de Roe, Casey y la C-055 de 2022», *IberICONnect*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 11 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3EpegN6>.

¹⁸² Cf. EURONEWS, «Primer paso para constitucionalizar el aborto en Francia», 2022, sec. Única, fecha de consulta 21 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3WzkZuh>.

semanas de gestación¹⁸³. En concreto, el voto disidente¹⁸⁴ adujo que más de 50 países en el mundo habían expandido el acceso al aborto, manteniendo algunos (ej. Islandia o Nueva Zelanda) análogos plazos. Pero con ello, no solo validó la singularidad que se le achaca, sino que, además, puso en evidencia cómo la inmensa mayoría de los Estados con aborto legal, lo han hecho —al menos— mediante sus parlamentos, no a través de sus judicaturas¹⁸⁵, como sucedió con *Roe y Casey*. Finalmente, según HENDRIANTO, *Dobbs* podría haber hecho mejor uso del derecho comparado para demostrar cómo es cierto que otros ordenamientos también han decidido sobre el aborto por vías distintas a la judicial¹⁸⁶. En tal caso, más acertada para la posición de *Dobbs* podría haber sido acudir al derecho internacional para constatar que el aborto no conforma un derecho humano internacionalmente reconocido¹⁸⁷ ni cuenta con sólido soporte jurídico en las fuentes del derecho internacional.

5. CONCLUSIÓN

En estricto sentido jurídico, es correcto decir que *Dobbs* «no se bas[ó] en ningún punto de vista sobre si la vida prenatal tiene derecho a alguno de los derechos de los que se disfruta después del nacimiento y cuándo». No obstante, de acuerdo con lo desarrollado, no resulta desproporcionado afirmar que parte de los razonamientos parecieron situar al *nasciturus* en un camino hacia la equivalencia práctica de una persona en el marco constitucional —por más que se haya alegado la neutralidad moral. Si la anterior fuese una posible implicancia *ad intra* sobre el fondo del debate, las consecuencias *ad extra* podrían resumirse apuntando que *Dobbs* supuso una revalorización del *demos* al interior del delicado equilibrio que mantiene la noción de ‘democracia constitucional’.

Es decir, de una parte, si adoptamos la perspectiva del control contramayoritario en aras de velar por el cumplimiento de la Constitución, *Dobbs* se apartó del *living constitution* —al menos en su versión más audaz— como método interpretativo a emplear. Ello pues entendió que la exégesis constitucional puede limitar pero no sustituir —con las nociones de justicia material propias de los jueces de turno— a la labor legislativa o constituyente, allí donde aún no se hayan adoptado opciones fundamentales o se hayan adoptado ya en una cierta dirección. De haber una evolución en la comprensión hodierna sobre determinadas provisiones, corresponde que el

¹⁸³ Cf. *Dobbs*, nota a pie de página N° 15.

¹⁸⁴ Cf. *Dobbs*. BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN dissenting, pp. 42-43.

¹⁸⁵ Cf. CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, «The World's Abortion Laws», sec. Única, fecha de consulta 18 diciembre 2022, en <https://bit.ly/3v17PdO>.

¹⁸⁶ Cf. S. HENDRIANTO, «On the Legacy of Justice Scalia in Dobbs: The Lack of Comparative Analysis», *I-COOperate*, 2022, sec. Única, fecha de consulta 8 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3WNpja0>.

¹⁸⁷ Cf. *Dobbs*. BRIEF OF 141 INTERNATIONAL LEGAL SCHOLARS as *amici curiae* in support of petitioners. Pp. 5-8. En <https://bit.ly/3DQv7Hp>

eventual cambio se materialice a través de las instancias políticas, no de las judiciales, debiendo primar —por tanto— la deferencia y el *self-restraint*. En dicho quehacer, acudir a la historia y tradición jurídicas del país contribuye a colmar el significado que, en ocasiones, el solo texto no sacia con claridad. De otra parte, si adoptamos la perspectiva que pone en marcha el ejercicio del principio democrático, *Dobbs* ensalzó la centralidad del ‘*we the people*’ pues comprendió que, al interior de la estructura dividida de los poderes estatales, corresponde a éste liderar la configuración de los asuntos morales complejos, no debiendo ser desplazado por el rol judicial, so pena de erosionar al Estado Constitucional de Derecho.

En definitiva, descartada la cualificación del aborto como derecho constitucional y devuelta la potestad de regulación a las comunidades políticas estatales, *Dobbs* significó el cuestionamiento de ciertas tendencias que buscan no solo leer las constituciones según la evolución de los tiempos —con desapego por sus provisiones y/o desprecio por las posibles comprensiones previas—, sino también tomar atajos judiciales para evitar que la posible evolución se concrete mediante la deliberación política y aprobación democrática de la ciudadanía y sus representantes. De allí que se haya anunciado, con *Dobbs*, el deceso de la constitución viva¹⁸⁸ o, la victoria de la democracia y la separación de poderes¹⁸⁹. A nuestro entender, quizás no la defunción, pero sí la superación de una óptica que a menudo posterga el componente político del Estado; a lo mejor, aún no el triunfo, pero sí la maduración respecto de una perspectiva que con frecuencia prescinde del *demos* en la articulación de la democracia constitucional.

¹⁸⁸ Cf. F. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Aborto y Supreme Court: ¿Ha muerto la «Constitución viva»?», *ABC / Sociedad*, 2022, fecha de consulta 15 octubre 2022, en <https://bit.ly/3yM2xVU>.

¹⁸⁹ Cf. A. MASFERRER, «El ocaso del derecho al aborto», *ABC*, 2022, fecha de consulta 15 octubre 2022, en <https://bit.ly/3HaBYhK>; C. FLORES, «*Dobbs vs. Jackson*: un triunfo para la democracia, para la división de poderes (y tal vez para la vida)», *ABC*, 2022, fecha de consulta 30 agosto 2022, en <https://bit.ly/3e2FheB>; P. SINGER, «Abortion and Democracy in America», *Project Syndicate*, 2022, fecha de consulta 14 noviembre 2022, en <https://bit.ly/3ZE8X57>.

Title:

Case of Dobbs: From living constitution to living constitutional democracy

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. IS THERE A RIGHT TO ABORTION? 2.1. Abortion on the grounds of the constitutional framework. 2.2. Abortion on the grounds of stare decisis. 3. WHO SHOULD DECIDE ON ABORTION? 4. WHAT IMPLICATIONS COULD DOBBS GENERATE? 4.1. On the abortion debate. 4.2. On constitutional democracy. 5. CONCLUSION

Resumen:

El presente artículo examina el debate jurídico sobre el aborto en los EEUU. Para ello, tras situar el contexto dado por los casos *Roe* y *Casey*, desarrolla la decisión *Dobbs*, enfatizando cómo supone una moderada apuesta por el *nasciturus* y una revalorización del *demos* de la democracia constitucional.

Abstract:

This article examines the legal debate on abortion in the United States. To do so, after setting the context given by the *Roe* and *Casey* cases, it develops the *Dobbs* decision, emphasizing how it represents a moderate commitment to the unborn child and a revaluation of the *demos* of constitutional democracy.

Palabras clave:

Aborto, Stare decisis, Democracia, Interpretación constitucional

Keywords:

Abortion, Stare decisis, Democracy, Constitutional interpretation

