**DOBBS V/S ROE Y CASEY: UN
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA
ANULACIÓN DE ROE V/S WADE Y
PLANNED PARENTHOOD V/S CASEY**

ANDREA ROSARIO IÑIGUEZ MANSO

SUMARIO

I. Introducción, II. Los Fallos Judiciales de la Corte Suprema de Estados Unidos en Materia de Aborto. A. Roe v/s Wade. B. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v/s Casey. C. Dobbs v/s Jackson Women's Health Organization. III. Análisis Crítico de los fallos Roe, Casey y Dobbs. A. El Derecho al Aborto, Derecho a la Vida del que está por Nacer y la Constitución de los Estados Unidos. B. La Viabilidad, la Carga Indebida y el Activismo Judicial. C. La Constitución de Estados Unidos y el Stare Decisis de Roe y Casey. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Fecha recepción: 05.06.2024
Fecha aceptación: 24.09.2024

DOBBS V/S ROE Y CASEY: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ANULACIÓN DE ROE V/S WADE Y PLANNED PARENTHOOD V/S CASEY

ANDREA ROSARIO IÑIGUEZ MANSO¹

Catedrática de Derecho Político
Universidad Autónoma de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Desde la fundación de los Estados Unidos hasta 1973, el sistema jurídico consideró que la Constitución no hacía mención alguna al tema del aborto y, por lo tanto, conforme a la misma Carta Fundamental, esta cuestión se debía regular en las legislaturas de los estados de la Unión. Todo ello cambió con la dictación del fallo en la causa *Roe v/s Wade*. En dicho proceso, una mujer de Texas, de nombre ficticio Jane Roe, interpuso una acción colectiva impugnando las leyes penales del Estado de la Estrella Solitaria, ya que le impedían obtener un aborto, salvo que hubiera un riesgo para la vida de la madre. La Corte Suprema estableció que dichas leyes infringían la Cláusula del Derecho al Debido Proceso reconocido en la XIV Enmienda de la Constitución y, por ser una acción colectiva, tuvo como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que restringían el aborto en el resto de los estados de la Unión. Además, la Corte ponderó los derechos de la madre y del embrión (al que denominó vida en potencia) y determinó que en el primer trimestre del embarazo los estados debían permitir el aborto a libre elección de la mujer, en el segundo trimestre podían regular el aborto que protegiera de forma razonable la vida de la madre, y en el tercer trimestre, cuando el embrión ya es viable (es decir, compatible con la vida extra uterina), el estado puede prohibir el aborto, siempre y cuando no esté en peligro la vida de la madre.

¹ Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Chile. Correo de contacto: andrea.iniguez@uautonoma.cl. Dirección Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-9837-8447>

Durante los próximos cuarenta y nueve años la cuestión del aborto no fue, en lo absoluto, un tema pacífico en la doctrina jurídica norteamericana. El fallo Roe fue ampliamente criticado desde su dictación, sobre todo porque se ha estimado que la Corte hizo una interpretación extremadamente amplia del derecho al debido proceso reconocido en la Enmienda XIV, ya que lo extendió al derecho a abortar, entendido además como una manifestación implícita del derecho a la vida privada. El problema es que el derecho al aborto no se encuentra establecido en el texto de la Constitución y Roe tuvo como consecuencia que las legislaturas estatales no pudieron regular el aborto como lo estimaren conveniente.

Por lo tanto, no debe extrañar que en los años posteriores a la dictación del fallo Roe, los grupos contrarios al aborto intentaron por diversos medios lograr su anulación. En 1982 el estado de Pennsylvania dictó la Ley de Control del Aborto (Abortion Control Act) que estableció una serie de restricciones para que una mujer se pudiera llevar a cabo un aborto, tales como la obligación de que a la mujer se le entregare toda la información sobre el procedimiento 24 horas antes de que este se lleve a cabo, obligación de obtener el consentimiento de uno de los padres en caso de que se realice en una menor de edad, regla general de que las mujeres casadas certificaran que habían notificado al esposo de que habían decidido abortar y definición del concepto emergencia médica. La organización Planned Parenthood impugnó el texto legal antes indicado por infringir los criterios del fallo Roe v/s Wade. En 1992 la Corte Suprema de Estados Unidos acogió parcialmente el reclamo de inconstitucionalidad de la ley de Pennsylvania y con respecto a Roe, si bien decidió que dejaba vigente el eje del fallo, incorporó dos elementos nuevos. En primer lugar, reconoció que los criterios de viabilidad del feto habían variado desde 1973, sobre todo por los avances científicos en los cuidados prenatales. En segundo lugar, el tribunal analizó cada uno de los requisitos que la ley de Pennsylvania exigía para que se pudiera llevar a cabo el aborto, y resolvió que dichas exigencias podían infringir el contenido de Roe v Wade en la medida en que impusieran una carga indebida (undue burden) en la mujer para poder obtener el aborto. El criterio de la carga indebida es un elemento nuevo que se agregó a los de los trimestres que fueron impuestos por Roe en 1973, pero no ayudaron a dar por cerrado el tema del aborto, por lo menos en lo que se refiere a su regulación a nivel estatal.

En 2018 el estado de Mississippi aprobó el Acta de Edad Gestacional (Mississippi Gestacional Age Act) que autoriza el aborto solo en casos de emergencia médica, anomalía en el feto o cuando se lleva a cabo antes de las 15 semanas de gestación. La clínica Jackson Women's Health Organization reclamó en contra de esta ley porque, en su opinión, ella vulneraba la jurisprudencia asentada en Roe y Casey. En junio de 2022 la Corte Suprema, en un fallo histórico, anuló las sentencias Roe y Casey.

El Máximo Tribunal declaró que el aborto no es un derecho que esté consagrado en la Constitución de Estados Unidos y que no se podía deducir de la historia y la tradición jurídica del país, así como tampoco de los precedentes. En relación al stare decisis, señaló que éste no es absoluto, y en casos calificados un precedente puede

ser anulado por la misma Corte. Dobbs no sería el primer caso en el cual se deja sin efecto el *stare*, basta recordar que en *Brown v/s Board of Education*, la Corte Suprema anuló la sentencia *Plessy v/s Ferguson*, que había declarado constitucional la doctrina de separados pero iguales. En definitiva, en Dobbs, la Corte Suprema dejó sin efectos los fallos *Roe* y *Casey* y devolvió la cuestión del aborto a las legislaturas estatales.

Este trabajo tiene como objetivo llevar a cabo una exposición de los principales elementos de *Roe*, *Casey* y *Dobbs*. Posteriormente realizaremos un análisis crítico de los fundamentos más relevantes de dichos fallos y finalmente reflexionaremos sobre las proyecciones futuras que la sentencia podría tener en la doctrina jurídica norteamericana en lo relativo a la regulación estatal del aborto y el derecho a la vida del que está por nacer, sobre todo teniendo presente la historia del establecimiento de la XIV Enmienda.

II. LOS FALLOS JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE ABORTO

A. *Roe v/s Wade*

En 1970 una mujer embarazada de nombre Norma McCorvey, bajo el pseudónimo de Jane Roe, presentó una acción colectiva, impugnando la legislación del estado de Texas que no permitía a una mujer obtener un aborto, salvo que hubiera un peligro para la vida de la madre. La demanda se presentó en contra del fiscal de distrito, Henry Wade. La Corte Suprema, en fallo dictado el 22 de enero de 1973, acogió la demanda presentada por Roe y fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

1. Con respecto a los razonamientos históricos, la Corte Suprema sostuvo que “en los tiempos en que se adoptó la Constitución y durante la mayor parte del siglo XIX, el aborto era menos mal visto que bajo la mayoría de los actuales estatutos que están vigentes. Una mujer tenía un derecho sustancialmente más amplio a terminar el embarazo que en la actualidad en muchos Estados”².
2. La Corte reconoció que la Constitución no contiene de forma explícita el derecho a la vida privada, pero consta en la jurisprudencia del Máximo Tribunal que “el derecho a la vida privada (...) sí existe en la Constitución”³. Este derecho puede quedar “fundado en el concepto de libertad personal de la Catorceava Enmienda”⁴.
3. Que el derecho al aborto, derivado del derecho a la privacidad, no es absoluto y que “es razonable y apropiado que un Estado decida que en algún momento

² 410 US__ 113 (1973), p.140.

³ Cit., p.152.

⁴ Cit., p.153.

otro interés, el de la salud de la madre o el de la vida humana potencial, se ve significativamente involucrado”⁵.

4. Con respecto a la vida del que está por nacer, la Corte sostuvo que no estaba llamada a resolver cuando comienza la vida y que “el no nacido nunca ha sido reconocido en la ley como persona en el sentido completo”⁶. En diversas partes del fallo al que está por nacer lo denomina “vida potencial”⁷.
5. En la parte final, la Corte desarrolló una de las ideas más controvertidas de la sentencia y que hace referencia a la protección del derecho de la mujer al aborto y el derecho de la vida potencial. Sostiene que mientras más se acerca el embarazo a la etapa de término, mayor será la posibilidad de que los estados puedan tomar en cuenta el interés del no nacido. Teniendo presente este criterio, la Corte dividió la posibilidad de regulación del aborto en tres trimestres. En el primer trimestre la mujer tiene la libertad para decidir terminar con el embarazo, en el segundo trimestre “un Estado puede regular el procedimiento de aborto en la medida en que la regulación esté razonablemente relacionada con la preservación y protección de la salud materna”⁸ y en el tercer trimestre, “el Estado en la promoción de sus intereses en la potencial vida humana si es que elige, puede regular y hasta proscribir el aborto, excepto cuando es necesario(...) para la preservación de la vida o la salud de la madre”⁹.

B. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v/s Casey*,

En 1982 el estado de Pensilvania dictó el Acta de Control del Aborto (Abortion Control Act) que estableció algunas restricciones para que una mujer pudiera hacerse un aborto. Así, el médico debía darle a la mujer la información completa sobre el procedimiento del aborto 24 horas antes de que este se llevara a cabo (3205), se debía tener el consentimiento de uno de los padres de la mujer menor de edad previo al procedimiento (3206), regla general de que la mujer casada debía notificar a su marido sobre la intención de someterse al aborto (3209), definición de la emergencia médica (3202) y, finalmente, un conjunto de reglas a las cuales debían someterse los centros que llevasen a cabo los abortos (3207 letra b, 3214 letra a y 3214 letra f). Ante esta situación, la organización Planned Parenthood presentó un reclamo en contra del gobernador del estado, por considerar que la legislación antes indicada era inconstitucional. La Corte Suprema acogió parcialmente la solicitud de los demandantes y sus principales elementos son los siguientes:

⁵ Cit., p.155.

⁶ Cit. p.162.

⁷ Ibid.

⁸ 410 US___ 113 (1973), p.164.

⁹ Cit.p.165.

1. Se reafirma la sentencia *Roe v/s Wade* en cuanto a que el derecho al aborto se deriva de la Cláusula del Debido Proceso consagrada en la XIV Enmienda de la Constitución, que se constituye como “en una promesa de la Constitución de que hay un ámbito de la libertad personal donde el gobierno no tiene entrada”¹⁰.
2. En relación a la viabilidad del embrión como criterio del margen de apreciación del estado para restringir el aborto, el fallo *Casey* sostuvo que desde 1973 “los cuidados de la salud materna en la fase final del embarazo han avanzado al punto que la viabilidad se da mucho antes”¹¹. Si bien se habían producido modificaciones en el ámbito científico, de todas formas, ellos no pueden dejar obsoleto los criterios asentados en *Roe*, y por lo tanto, no se puede dejar sin efecto el fallo. Para que se pueda anular el *stare decisis*, debe haber “una razón específica por encima de la creencia de que la decisión anterior fue erróneamente decidida”¹².
3. Las reglas del trimestre fueron diseñadas “para asegurar que el derecho de la mujer a elegir no sea subordinado a los intereses del Estado de proteger la vida fetal (...). Sin embargo, no estamos de acuerdo de que el enfoque trimestral sea necesario para lograr este objetivo. Un marco de esta rigidez fue innecesario y su interpretación posterior fue a veces contradictoria con el derecho del Estado de ejercitar sus poderes”¹³.
4. Por lo tanto, la Corte propuso un nuevo criterio para determinar la libertad de los estados para regular el aborto, el de la carga excesiva (*undue burden*). “Numerosas formas de la regulación estatal pueden tener un efecto incidental del costo o disminuir el acceso al cuidado médico, tanto para el aborto o para un procedimiento médico. El hecho de que una ley que sirve para un propósito válido, y no diseñado para echar abajo el derecho en sí, puede tener el efecto incidental de hacerlo más difícil o encarecer el procurar un aborto no puede ser suficiente para invalidarlo. Sólo donde la regulación estatal impone una carga excesiva sobre la habilidad de la mujer para tomar la decisión es que el poder del Estado llega al corazón de la libertad protegido por la Cláusula del Debido Proceso”¹⁴.
 “La sola noción de que el Estado tiene un interés sustancial nos lleva a concluir que no todas las regulaciones deben ser consideradas injustificadas. No todas las cargas en el derecho a decidir pueden ser consideradas como excesivas”¹⁵. Por lo tanto, la carga excesiva debería ser entendida como aquella “orden de la ley que tiene como efecto imponer un obstáculo sustancial en

¹⁰ 505 US__ 833 (1992), p.847.

¹¹ *Cit.*, p, 860.

¹² *Ibid.*

¹³ 505 US__ 833 (1992), p. 872.

¹⁴ *Cit.*, p. 874.

¹⁵ 505 US__833 (1992), *cit.*, p.876.

el camino de una mujer de obtener un aborto antes de que el embrión alcance la viabilidad”¹⁶. En relación a las regulaciones impuestas a los centros de salud que proveen los abortos, los estados pueden “establecer regulaciones que tengan como objeto proteger la seguridad de la mujer que busca un aborto. Las regulaciones innecesarias que tienen como objeto o efecto de presentar un obstáculo sustancial a la mujer que busca el aborto impone una carga excesiva a ese derecho”¹⁷.

5. Finalmente, el tribunal hizo un análisis de cada una de las restricciones al aborto que imponía la ley del estado de Pensilvania, y concluyó que las definiciones de emergencia médica y de la espera de 24 horas para que se le entregue a la mujer toda la información sobre el aborto, no constituían una carga excesiva sobre la mujer y, por lo tanto, eran constitucionales. Por el contrario, imponían una carga excesiva sobre ella y por lo tanto son inconstitucionales, las exigencias a la mujer casada de notificar al marido y la de obtener el consentimiento de uno de los padres en el caso de una chica menor de 18 años.

C. *Dobbs v/s Jackson Women’s Health Organization*

Al final del fallo Casey, los jueces Scalia, White y Thomas, en su disidencia parcial, manifestaron una opinión que resultó ser profética. “Que cerrando todas las instancias democráticas de las profundas pasiones que esta cuestión levanta, que destruyendo esta cuestión del foro político que da a todos los participantes, incluso a los perdedores, la satisfacción de una justa audiencia y una lucha honesta, por continuar imponiendo una rígida norma nacional en vez de permitir las diferencias regionales, la Corte solo intensifica y prolonga la agonía”¹⁸.

Así las cosas, en 2018 el estado de Mississippi dictó el Acta de la Edad Gestacional (Gestational Age Act) que impide que una mujer se pueda someter a un aborto pasado los tres meses de gestación a menos que el embrión presente una severa anomalía fetal. Ante esta situación el Jackson Women’s Health Organization presentó una demanda en contra de la ley por infringir la jurisprudencia asentada en Roe y Casey. La Corte Suprema rechazó el reclamo de la demandante y además anuló las sentencias antes señaladas. Los fundamentos del fallo son los siguientes:

1. El aborto no está mencionado como derecho en la Constitución. Es verdad que un derecho puede estar implícito en algún derecho constitucional pero siempre y cuando esté anclado en la historia y tradición constitucional de la Nación e “implícito en el concepto de libertad ordenada”¹⁹. “El derecho al aborto no cabe dentro de esa categoría. Hasta fines del siglo xx, tal derecho

¹⁶ Ibid.

¹⁷ 505 US___833 (1992), p. 878.

¹⁸ Cit., p. 1002.

¹⁹ .597 US___125 (2022) p.2.

era totalmente desconocido en el derecho americano. De hecho, cuando se dictó la Catorceava Enmienda, tres cuartos de los Estados habían hecho del aborto un crimen en todas las etapas del embarazo”²⁰. Esto confirma además la hipótesis de la Corte que en Estados Unidos hubo “una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo amenaza de sanciones penales desde los primeros días del derecho común hasta 1973”²¹.

2. El aborto no se encuentra en la Constitución de Estados Unidos, ni de forma implícita ni explícita. En *Roe y Casey* la Corte Suprema “logró un equilibrio particular entre el interés de la mujer que quiere un aborto y los intereses de lo que denominan ‘vida potencial’ (...) pero el pueblo de varios Estados puede evaluar las cosas de forma diferente. En algunos estados, los votantes pueden creer que el derecho al aborto debe ser más extensivo que lo reconocido en *Roe y Casey*. Los votantes en otros Estados pueden desear imponer restricciones estrictas basados en la creencia que el aborto destruye ‘un ser humano no nacido’”²².
3. La Corte Suprema debió hacerse cargo de un problema que no es menor para dicho tribunal: el del *stare decisis*. La Corte reconoció la importancia de este principio puesto que “protege los intereses de aquellos que han tomado acciones confiando en decisiones pasadas”²³. Pero el principio del *stare decisis* no es absoluto. “Cuando una de nuestras decisiones constitucionales se extravía, generalmente nos quedamos con lo malo a menos que corriamos nuestro propio error. Una decisión constitucional errónea puede ser arreglada modificando la Constitución, pero es notorio que nuestra Constitución es muy difícil de modificar. Por lo tanto, en circunstancias apropiadas debemos estar dispuestos a reconsiderar y, si es necesario, dejar sin efecto decisiones constitucionales”²⁴.
4. La Corte consideró cinco elementos que le impedían dejar vigente *Roe v Wade*:
 - a) La naturaleza del error: la decisión de *Roe* fue una forma por la cual “la Corte usurpó el poder enfrentar una cuestión profundamente moral y de importancia social que la Constitución inequívocamente lo deja al pueblo”²⁵.
 - b) La calidad del razonamiento: “*Roe* encontró un derecho implícito conferido en la Constitución, pero falló en fundamentar su decisión en el texto, historia o precedente (...) inventó un elaborado conjunto de reglas con diferentes restricciones para cada trimestre del embarazo”²⁶. *Casey*

²⁰ Cit., p. 5.

²¹ Cit., p.25.

²² Cit., p.31.

²³ 597 US___125 (2022), p.39.

²⁴ Cit., p.40.

²⁵ Cit., p.44.

²⁶ Cit., p.45.

confirmó el eje de la decisión de Roe, pero “silenciosamente abandonó la histórica narrativa errónea de Roe y desechó la estructura del trimestre. Pero reemplazó ese esquema con el test de la arbitraria ‘carga injustificada’ (...) que la Corte nunca antes había aplicado y que nunca más lo ha invocado”²⁷. “El esquema que produjo Roe se veía como una legislación, y la Corte proveyó una especie de explicación que tal vez que podría esperar de un cuerpo legislativo”²⁸. Además, el fallo de Roe v/s Wade “no proveyó ninguna justificación coherente de las líneas que estableció”²⁹. En cuanto a la viabilidad del embrión, ella depende del lugar donde se atiende la madre. Porque puede ser que las tecnologías en un hospital sean de mejor calidad que en otros. Por lo tanto, en la medida en que mejore la calidad de los cuidados prenatales de un hospital, el embrión será más viable con menos semanas de gestación. En conclusión “¿por qué motivos el estatus constitucional del feto depende de la localización de una mujer?”³⁰. Con respecto al criterio de la “carga injustificada” creado por Casey, “las bases del test eran obscuras (...) esta nueva doctrina no tuvo en consideración el profundo error de la decisión de Roe (...) Stare decisis no manda la preservación de tal decisión”³¹.

- c) Uno de los requisitos para mantener una decisión es que tiene que “ser trabajable— esto es, si es que puede ser entendida y aplicada de una forma consistente y predecible (...) El concepto de test de Casey de ‘carga injustificada’ ha obtenido una puntuación baja en la escala de la trabajabilidad”³². El concepto de carga injustificada y “su ambigüedad llevaría en el futuro a la confusión”³³.
- d) Efectos en otras áreas del derecho: “Roe y Casey han derivado en la distorsión de muchas doctrinas legales que no están relacionadas y han proveído soporte adicional para apoyar la anulación de esas decisiones”³⁴.
- e) Interés de confianza: dejar sin efecto Roe v Wade no afecta otras decisiones judiciales que se han anclado en la protección de derechos fundados en la Cláusula del Debido Proceso, tales como Griswald, Obergefell y Lawrence³⁵.

²⁷ Cit., p.46.

²⁸ Cit., p.49.

²⁹ Ibid.

³⁰ 597 US__125 (2022), cit., p.52.

³¹ Cit. p. 56.

³² Ibid.

³³ 597 US__125 (2022), cit., p.58.

³⁴ Cit., p.62.

³⁵ Cit., p.66.

El fallo terminó concluyendo que la Carta Fundamental de Estados Unidos “no prohíbe que los ciudadanos de cada Estado puedan regular o prohibir el aborto. Roe y Casey se arrojan tal autoridad. Nosotros ahora dejamos sin efecto esas decisiones y devolvemos la autoridad a las personas y a sus autoridades electas”³⁶.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FALLOS ROE, CASEY Y DOBBS

Los fallos Roe, Casey y Dobbs hacen referencia a un tema muy sensible para la opinión pública en Estados Unidos y otros países del mundo: el aborto. En esta parte de la investigación llevaremos a cabo un examen crítico de las principales problemáticas jurídicas que generan estos fallos.

A. El derecho al Aborto, el Derecho a la Vida del que está por Nacer y la Constitución de Estados Unidos

El primer aspecto del fallo que debemos analizar es el constitucional. Una ley o una decisión administrativa que tolera o permite el aborto es inconstitucional en la medida que la Carta Fundamental de un país proteja la vida del que está por nacer o que reconozca el derecho a la vida de toda persona, en el entendido que por persona se incluye al nonato. Una ley o acto administrativo que impida o restrinja el aborto es inconstitucional siempre y cuando exista una norma constitucional que reconozca el aborto como un derecho. Pero en el caso de Estados Unidos, se debe agregar otro elemento: la forma en que son distribuidas las competencias del estado federal, ya que la Constitución solo permite al Estado ejercer su poder en aquellas áreas en que le son taxativamente entregadas por la Carta Fundamental y las que son expresamente prohibidas a los estados miembros de la Unión.

El fallo Roe declaró que el aborto era un derecho reconocido por la Constitución de forma implícita en la Enmienda XIV³⁷ y al que está por nacer lo denominó vida potencial, es decir, no le reconoció la calidad de persona, al punto que la madre podía determinar, prácticamente de forma personal y sin límites, si el nonato nacería o no. Pero si el derecho constitucional al aborto se fundamenta en la igualdad, entonces tendríamos que aceptar que “la Constitución misma toma una posición que descarta la posición moral del feto”³⁸.

¿Qué dijo Dobbs? El fallo repite una y otra vez que la facultad de regular el aborto debe volver al pueblo de los estados de la Unión, porque el derecho al aborto no

³⁶ Cit., p. 79.

³⁷ Forysthe, Clark y Otro (2005), “The Tragic Failure of Roe v. Wade: Why Abortion Should be Returned to the States” en *Texas Law Review and Politics*, 10(19), p.167,

³⁸ Girgis, Sherif (2022) “Update: Why the Equal- Protection Case for Abortion Rights Rises or Falls with Roe’s Rationale” en *Harvard Journal of Law & Public Policy Per Curiam*, 17, p.17.

existe en la Constitución de los Estados Unidos, ni de forma explícita ni implícita, entendiéndose por tal aquellos que “se encuentran profundamente arraigados en la historia y en las tradiciones norteamericanas”³⁹. Sin embargo, esta fórmula de reconocimiento de derechos por la vía de la tradición y la historia ha sido criticado porque se puede dar el caso que algunas personas no hayan aceptado esa tradición, sea porque muchas mentes pueden tener “prejuicios sistémicos”⁴⁰ o porque no han llegado a ese juicio de forma independiente⁴¹.

El hecho que el fallo ponga el acento en la vuelta de la regulación del aborto a los estados tendría como consecuencia que Dobbs no constituiría un triunfo absoluto para aquellos que están en contra del aborto por ser un atentado a la vida del que está por nacer, ya que la Corte no habría dicho nada sobre este tema⁴². Lo único que se habría ganado en Dobbs es que en algunos estados no habrá aborto en la medida en que sus autoridades legislativas y administrativas estén en contra de este procedimiento. Por lo tanto, no sería “un triunfo doctrinario, sino político”⁴³. Adams señala que “Roe rasgó el aborto del ámbito legislativo y lo puso fuera del alcance de cualquier autoridad gubernamental”⁴⁴ por lo tanto, Dobbs simplemente devolvió a los estados la facultad de regular o prohibir el aborto. En contra de esta postura, Stith estima que, si bien el fallo Dobbs no lo dice expresamente, de forma implícita y de su lectura se puede afirmar que sí da a entender que existe una protección constitucional del que está por nacer⁴⁵. En el mismo sentido, Tello Mendoza sostiene que, del contenido del fallo Dobbs se puede deducir “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”⁴⁶.

En todo caso, la afirmación de que el aborto en Estados Unidos es sólo una cuestión formal y que la Constitución guardaría silencio sobre el derecho a la vida del que está por nacer tampoco genera consenso en la doctrina jurídica del país del norte. Algunos estiman que hay argumentos suficientes para sostener que efectivamente existe una protección constitucional del nonato. Por lo pronto, del contexto histórico

³⁹ Murua, Ignacio (2022). “Un Análisis del Fallo Dobbs. Activismo Judicial, Política y Federalismo” en *El caso Dobbs: Reflexiones sobre un fallo de Fuerte Impacto. Suplemento Especial*. Palazzo, Eugenio (coord.), p.29.

⁴⁰ Sustain, Cass R. (2008). “Due Process Traditionalism” en *Michigan Law Review*, 106(8), p. 1570.

⁴¹ Ibid.

⁴² Bianchi, Alberto B. (2022). “La Corte Suprema de los Estados Unidos Devuelve a los Estados la Facultad de Legislar sobre el Aborto” en *El caso Dobbs: Reflexiones sobre un Fallo de Fuerte Impacto. Suplemento Especial* Palazzo, Eugenio (coord.), p.25.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Adams, Andrew (2005). “Aborting Roe; Jane Roes Questioning the Viability of Roe v/s Wade” en *Texas Law and Politics*, 9(2), p.360.

⁴⁵ Stith, Richard (2023). “The Exportable Dobbs, Elements Useful in other Countries” en *The Human Life Review*. En: <https://humanlifereview.com/the-exportable-dobbs-elements-useful-in-other-countries/>. Fecha de visita: 19 de febrero de 2024.

⁴⁶ Tello Mendoza, Juan Alonso (2023). “El Caso Dobbs: de la Constitución Viva a la Democracia Constitucional Viva” en *Revista de Derecho Político UNED*, 116, p.163.

de 1868, año en que se dictó la XIV Enmienda, se podría concluir que, cuando dicha norma usa la expresión persona, no sólo hace referencia al rechazo constitucional a la esclavitud (abolida tres años antes) sino que también incluyó dentro de la expresión persona al que está por nacer⁴⁷. A ello se debe agregar que en 1868 una parte importante de los estados de la Unión sancionaba el aborto como un delito contra las personas “por lo tanto, los legisladores estatales no sólo consideraron que estas leyes eran compatibles con la Decimocuarta Enmienda, sino que también, como cualquier lector informado legalmente, habrían entendido que la igualdad de derechos fundamentales para ‘cualquier persona’ incluía a los no nacidos”⁴⁸.

Hay otro elemento que podría ser tomado en cuenta cuando se analiza el contexto histórico de la dictación de la XIV Enmienda. Conforme al voto disidente de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, en la época en que el Congreso aprobó dicho precepto constitucional, las mujeres eran consideradas ciudadanas de segunda categoría⁴⁹, a lo que se debe agregar que la Enmienda no habría sido ratificada por el Pueblo, sino que por varones. Ella sería la razón por la cual no se interesaron por los derechos sexuales y reproductivos⁵⁰. Bachiochi y Morrison sostienen que el argumento de los disidentes no tiene fundamento, sobre todo porque se debe tener presente que las mujeres y las doctoras que, en el siglo XIX, lucharon por los derechos femeninos, eran contrarias al aborto⁵¹.

A todo lo anterior se debe agregar que el aborto tiene como efecto la muerte del que está por nacer y ello tiene ciertas consecuencias a nivel legal. Por lo tanto, al embrión se le deberían reconocer los mismos derechos procesales que a toda persona que se le imputa un ilícito penal que le pueda acarrear la pena capital. Esta es una situación que las cortes deberían tener en cuenta⁵². Se debe tener presente que existe una protección legal al que está por nacer en distintas áreas, como la del “derecho penal, ley de daños, leyes sanitarias, leyes sobre tuición (...) es seguro una anomalía que, en cada área de la ley, menos una— el aborto— los Estados le puedan definir el estatus del niño”⁵³.

En definitiva, si bien aparentemente Dobbs sólo intentó pronunciarse sobre una cuestión formal (ámbito de competencia estado Federal— estado de la Unión) lo

⁴⁷ Berstein, C’Zar (2022). “The Constitutional Personality of the Unborn” en *Journal of Law, Economics and Policy*, 18(2), p.308.

⁴⁸ Finnis, John y Otro (2022) “Equal Protection and the Unborn Child; A Dobbs Brief” en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 45, p.970.

⁴⁹ 597 US___125 (2022), p.15.

⁵⁰ Cit., p.14.

⁵¹ Bachiochi, Erika y Otra (2024). “Dobbs, Equality, and the Contested Meaning of Women’s Rights” en *Texas Law Review (Forthcoming)*, p.49. En: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4632976. Fecha de visita: 16 de septiembre de 2024.

⁵² Shafter, Thomas L (1967). “Abortion, the Law and Human Life” en *Valparaiso Law Review*, 2(1), p.106.

⁵³ Linton, Paul Benjamin (Fall 2011). “The Legal Status of the Unborn Child under State Law” en *University of Saint Thomas Journal of Law and Public Politics*, 6(1), p.155.

cierto es que, de momento, la cuestión del aborto y el derecho a la vida del que está por nacer estarán radicado en el ámbito local, siempre y cuando no se levante un caso en la Corte Suprema en el cual alguna de las partes pretenda hacer valer las doctrinas que estiman que la XIV Enmienda le reconoce el carácter de persona al que está por nacer⁵⁴.

B. La viabilidad, la carga excesiva y el activismo judicial

Una de las grandes críticas que han recibido los fallos Roe y Casey es haber incurrido en activismo judicial. En el primero, la Corte Suprema creó un criterio de estándares de protección de la vida que está por nacer según el momento del desarrollo fetal en que se encuentre, es decir, en la viabilidad. Pero aquí se presenta un problema: ¿qué es la viabilidad? Ella puede ser entendida como “el punto en el que el interés del Estado en proteger al feto se vuelve apremiante”⁵⁵. Pero esto nos lleva a hacernos la siguiente pregunta: ¿en qué parte de la Constitución se establece un derecho implícito al aborto y, además, parcelado en trimestres?

La sentencia Roe fue confusa en esta cuestión, por lo que no sorprende que el tema del aborto no se haya cerrado en 1973, por el contrario, diez y nueve años más tarde la Corte tuvo que volver a dictar un fallo en esta materia. Pero en Casey, el tribunal fundamentó su decisión en el criterio de la carga excesiva y con ello “creó una un estándar totalmente nuevo por el cual se mide un subconjunto de derechos fundamentales”⁵⁶. El hecho que la Corte Suprema haya dejado de lado el criterio de los trimestres y haya optado por la carga excesiva podría entenderse como una forma por medio de la cual se quiso dar por cerrado el tema del aborto, pero su decisión habría “exacerbado la duda que rodea la habilidad de una mujer para elegir el aborto y la habilidad de los estados para adoptar regulaciones relacionadas a este procedimiento”⁵⁷. En el mismo sentido Metzger sostiene que Casey no indicó los criterios “cuando existe una carga indebida para el aborto”⁵⁸.

La falta de claridad del estándar de Casey también provocará en los años venideros confusión en las cortes con respecto a la forma en que se debía aplicar⁵⁹, y será

⁵⁴ Petersen, Carol (2023). “Women’s Right to Equality and Reproductive Autonomy: the Impact of Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization” en *University of Hawai’i Law Review*, 45, p.330.

⁵⁵ Rush, Curt (1983). “Genetic Screening, Eugenic Abortion, and Roe v. Wade: How is Roe’s Viability Standard” en *Brooklyn Law Review*, 50, p.132.

⁵⁶ Paulk, Loren (2013). “What is an ‘Undue Burden’? The Casey Standard as Applied to Informed Consent Provisions” en *UCLA Women’s Law Journal*, 20(1), p.76.

⁵⁷ Malony, Thomas (2019). “Liberty Finds no Refuge: the Doubt-Filled of Casey’s Undue Burden Standard” en *Michigan State Law Review*, p. 67.

⁵⁸ Metzger, Gillian (1994). “Unburdening the Undue Burden Standard. Orienting Casey in Constitutional Jurisprudence” en *Columbia Law Review*, 94(69), p.2025.

⁵⁹ Burdick, Ruth (1996). “The Casey Undue Burden Standard: Problems Predicted and Encountered and the Split over the Salemo Test” en *Hasting Constitutional Law Quarterly*, 28, p.826.

muy difícil determinar donde estarían los contornos de este criterio⁶⁰. En consecuencia, su definición lo dejará a la arbitrariedad de cada juez⁶¹.

Como se puede apreciar, tanto los conceptos de viabilidad, los trimestres de Roe y el de la carga indebida de Casey eran inestables, incoherentes con el derecho constitucional de Estados Unidos y los jueces que redactaron dichos fallos tampoco explicaron por qué sus criterios se adecuaban a los de la doctrina constitucional norteamericana⁶². También quedó la duda si dicha ambigüedad favorecía a la postura de los grupos que estaban a favor o en contra del aborto⁶³. Todo ello tuvo como consecuencia que dichas decisiones fueran consideradas débiles y poco estables en el tiempo⁶⁴ y fortalecieron el argumento de que ellas no eran más que una manifestación de activismo de los jueces en el sentido que se trató de una invasión judicial de las atribuciones del Congreso⁶⁵.

Ante las situaciones antes descritas, nos debemos hacer la siguiente pregunta: ¿qué es el activismo judicial? Slattery sostiene que éste se presenta cuando “un juez pone la política considerablemente por sobre las exigencias de la ley, doblega el texto de la Constitución o la ley para hacerla compatible con sus propias sensibilidades”⁶⁶. También se puede considerar como activismo judicial la “transgresión de los límites constitucionales de otras áreas del gobierno”⁶⁷, en otras palabras, cuando hay una “usurpación judicial de la política”⁶⁸. También podría considerarse que hay activismo judicial cuando las cortes reconocen derechos que no están en la Constitución o desconocen derechos que están establecidos de forma clara y nítida en ella⁶⁹. Para

⁶⁰ Howard, Elaine (1993). “The Road to Confusion: Planned Parenthood v/s Casey” en *Houston Law Review*, 30 (3), p.1505.

⁶¹ Schneider, Elizabeth (1993). “Workability of the Undue Burden Text” en *Temple Law Review*, 66(3), p.1037.

⁶² Lord, Phil, (2023). “Trumping Dobbs” en *University of Illinois Law Review*, 12, p, 20.

⁶³ Ziegler, Mary (2007). “Liberty and the Politics of Balance: The Undue Burden Under Test after Casey/ Hellersted” en *Harvard Civil Rights Liberties Law Review*, 52, pp.449-450.

⁶⁴ A este respecto Fetrow señala que si el derecho al aborto fuese tomado “en serio, el undue burden estándar debería ser reevaluado”. Fetrow, Kate (2018). “Taking Abortion Rights Seriously. Toward Holistic Undue Jurisprudence” en *Stanford Law Review*, 70 (1), 2018, p.362.

⁶⁵ Didier, María Marta (2022). “Dobbs vs. Jackson: un Giro Copernicano en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos” en *Prudentia Iuris*, N° 94, p.370.

⁶⁶ Slattery, Elizabeth (2013). “How to Spot Judicial Activism. Three Recent Examples” en *Legal Memorandum*, The Heritage Foundation, 96, p.7.

⁶⁷ Bolick, Clint (invierno 2019), “The Proper Role of Judicial Activism” en *Harvard Law Review and Public Policy*, 42(1), p.1.

⁶⁸ Perry, Michael J (2001). *We the People: The Fourteenth Amendment and Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York, p.166.

⁶⁹ La misma situación se presenta en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos incurre en activismo en la medida en que concibe nuevos derechos que no están en la Convención o cuando “resuelve contra el texto de la misma”. Ver en: Iñiguez Manso, Andrea (2014). “El Control de Convencionalidad de la CADH y los Tribunales Chilenos. Una Tesis de Aplicación Restringida” en *La Protección de los Derechos Humanos y Fundamentales*

poder evitar el activismo judicial sería importante llevar a cabo una interpretación extensiva de los derechos que evite traspasar su contenido esencial⁷⁰.

Los críticos del activismo judicial suelen ser defensores de la doctrina de interpretación originalista de los textos jurídicos, particularmente de la Constitución. Solum sostiene que este criterio interpretativo se fundamenta en base a dos principios. El primero es la Tesis de la Fijación, es decir, que una vez dictada la Carta Fundamental su sentido queda determinado cuando es “enmarcada y ratificada”⁷¹. El segundo sería el Principio de Restricción que sostiene que el “sentido original del texto constitucional debe constreñir” la práctica constitucional⁷² y tiene un argumento de autoridad en la mayor parte de los casos⁷³. El activismo pervierte el derecho constitucional porque la función primordial de la Carta Fundamental de Estados Unidos es “crear un sistema federalista de autogobierno combinado con la separación de poderes”⁷⁴.

El activismo judicial tiene sus defensores en aquellos que consideran que la Constitución debe ser interpretada como un instrumento vivo y que, debido a las transformaciones de la sociedad, se puede ejecutar de una manera más eficaz que una interpretación originalista⁷⁵. Otros no ven el activismo como algo malo siempre y cuando se trate de casos en los que las cortes se vean enfrentadas a resolver situaciones en las cuales se vulneran derechos constitucionales y cuando la cuestión no se ha resuelto por la vía legal o administrativa y, por lo tanto, esto “deja a las cortes federales a salvaguardar derechos que están garantizado por la Constitución”⁷⁶.

El activismo judicial en temas constitucionales también ha sido defendido como un mecanismo útil para empujar los cambios sociales, sobre todo para favorecer a grupos discriminados, ya que dichos fallos puedan provocar un llamado de atención en la política de manera tal que, a largo plazo, las cortes no sean necesarias para cumplir con estos objetivos⁷⁷. Algunos autores incluso hablan del rol transformador de las cortes que deben interpretar la Carta Fundamental en cuanto a que ese ejercicio

de Acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), Librotecnia, p.387.

⁷⁰ Laise, Luciano (2020). “¿Puede la Expansión del Derecho a la Justicia Potenciar al Activismo Judicial?” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), pp.167-168.

⁷¹ Solum, Lawrence (2015). “The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in the Original Meaning” en *Notre Dame Law Review*, 91(1), p.1.

⁷² Ibid.

⁷³ Whittington, Keith (2013). “Originalism; a Critical Introduction” en *Fordham Law Review* 82, p.378.

⁷⁴ Galia, Lino (1996). “It’s not Constitutionalism, it’s Judicial Activism” en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 19 (2), p.297.

⁷⁵ Wilkinson, Rebecca (2015). “Interpreting a Living Constitution” en *North East Law Review*, 3(1), p.13.

⁷⁶ Swygert, Luther (1982). “In Defense of Judicial Activism” en *Valparaíso University Law Review*, 16(3), p.450.

⁷⁷ Lovera, Domingo (2010). “¿A quién Pertenece la Constitución de Chile? Cortes, Democracia y Participación” en *Revista Jurídica de Palermo*, año 11(1), 2010, p.137.

tenga como efecto la protección de los pobres y grupos víctimas de situaciones injustas⁷⁸. El juez pasa a ser considerado como un guerrero de la justicia social.

Las críticas en contra de *Roe v. Wade* en cuanto a que fue una manifestación de activismo judicial no solo vinieron desde sectores antiaborto, sino que también sus defensores su sumaron al coro de las críticas. Así, John Hart declaró en 1973 que *Roe* era “una mala decisión (...) Es un derecho constitucional malo, porque no es constitucional”⁷⁹. En el mismo sentido, Ruth Bader Ginsburg sostuvo que “*Roe* se aventuró demasiado en el cambio que ordenó. El alcance y detalle de la opinión estimuló un movimiento de derecho a la vida y una reacción concomitante en el Congreso y las legislaturas estatales”⁸⁰. Es decir, el activismo judicial de *Roe* contribuyó a la organización y reacción futura de los grupos pro vida, que lograron su cometido en 2022 fue dejado sin efecto.

C. La Constitución de Estados Unidos y el *stare decisis* de *Roe* y *Casey*

El *stare decisis* es un principio es muy importante en la doctrina jurídica de los Estados Unidos y que consiste en “estar a lo decidido (...) La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes — o, simplemente los ‘los precedentes’— es decir, decisiones personales tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante”⁸¹. Alexander Hamilton señaló en los *Federalist Papers* que “para evitar una discreción arbitraria de las cortes, es indispensable que se sometan a reglas estrictas y al precedente”⁸². El *stare* tendría su fundamento en la Constitución de Estados Unidos, porque contribuye a la “confianza pública y a mejorar el desempeño judicial”⁸³. El respeto por el precedente puede

⁷⁸ Gablo, Iván y Otro (2022). “El Rol Transformador de los Tribunales Constitucionales como ¿Estrategia Clave Efectiva? para la Reducción de las Desigualdades y la Erradicación de la Pobreza” en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, N°125, p.530, Góngora Mera, Manuel (2021-2022). “Propuesta para una Jurisdicción Constitucional Transformadora en Chile a la Luz de la Experiencia de Justicia Constitucional en América Latina” en *Estudios Constitucionales*, p.344.

⁷⁹ Hart, John (1973). “The Wages of the Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*” en *Yale Law Journal*, 82, p. 947.

⁸⁰ Bader Ginsburg, Ruth (1985). “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Reaction to *Roe v. Wade*” en *North Carolina Law Review*, 63(1), p.381.

⁸¹ Legarre, Santiago y Otro (2006). “Naturaleza y Dimensiones del ‘*Stare Decisis*’” en *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), p.109-110.

⁸² Hamilton, Alexander, *The Federalist Paper* N°78, Ver en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp. Fecha de visita: 19 de febrero de 2024.

⁸³ Harvard Law Review (1990). “Constitutional *Stare Decisis*” en *Harvard Law Review*, 103(6), p.1351. En contra, Lawson estima que no existe norma constitucional que obligue a la Corte Suprema a seguir un precedente asentado por el mismo tribunal, “simplemente porque son decisiones pasadas de la Corte Suprema”. Ver en: Lawson, Gary (2007). “Most Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited” en *Ave Maria Law Review*, 5, p.22.

evitar que los jueces tomen decisiones en base a sus propias convicciones ignorando las consecuencias que tienen las modificaciones en el sistema jurídico⁸⁴.

Existen dos tipos de *stare decisis* decisiones. En primer lugar, el *stare decisis* jerárquico que entiende que los tribunales inferiores deben seguir los criterios de interpretación legal utilizados por los tribunales superiores. Ello otorga una gran relevancia al rol de la Corte Suprema. También existe un *stare decisis* horizontal, que significa que “la corte debe seguir las decisiones previas de la misma corte (...) le da autoridad al pasado simplemente por su pasado”⁸⁵.

En todo caso, con respecto al *stare decisis* se debe tener presente que este no es absoluto y “no exige adherencia a un precedente erróneo”⁸⁶. Por lo tanto, se puede dejar sin efecto fallos dictados con anterioridad, pero dicha situación debe constituir la excepción “muy bien fundada”⁸⁷. Las ventajas de conservar una decisión son menos justificadas en la medida que se expande las consecuencias del “error interpretativo”⁸⁸.

¿Qué podemos decir del *stare decisis* en el caso *Dobbs*? En primer lugar, tanto los jueces que concurrieron a la decisión de anular *Roe* y *Casey* como los votos disidentes reconocieron que la doctrina del *stare decisis* es muy importante en la tradición jurídica de los Estados Unidos. El problema es que disintieron en cuanto a si existían antecedentes suficientes para dejar sin efecto el *stare decisis* de *Roe* y *Casey*. El voto disidente señaló que “el desarrollo jurídico posterior solo ha reforzado *Roe* y *Casey*”⁸⁹ y, por el contrario, “ningún desarrollo fáctico posterior ha minado”⁹⁰ estos casos. Por otra parte, el voto de mayoría sostuvo que *Casey* y su criterio de la carga excesiva, de alguna manera dejó sin efecto *Roe*, fallo que calificó como “atrozmente equivocado”⁹¹.

En términos prácticos, uno de los factores que se debe tener en cuenta para dejar sin efecto un precedente judicial es analizar si es que este ha funcionado⁹². ¿Se daba esta situación en *Roe v/s Wade*? Aquí hay varios elementos que se deben analizar. La Corte Suprema post *Roe* no había sido capaz de ejecutar la misma regla que ella creó, porque no tiene un rol activo, no puede hacer un seguimiento en cómo funcionan las

⁸⁴ Kozel, Randy J (2021). “Stare Decisis as Authority and Aspiration” en *Notre Dame Law Review*, 96(1), p.1986.

⁸⁵ Schauer, Frederick (2018). “Stare Decisis- Rhetoric and Reality in the Supreme Court” en *Supreme Court Review* 121, p.125.

⁸⁶ Pushaw, Robert J (2023). “Defending *Dobbs*: Ending the Futile Search for a Constitutional right to Abortion” en *San Diego Law Review*, 60, p.317.

⁸⁷ Laferriere, Jorge (2022). “Análisis Preliminar del Fallo ‘*Dobbs*’ de la Corte Suprema de Estados Unidos” en *Vida y Ética*, año 23(1), p.107.

⁸⁸ Lash, Kurt T (2007). “Originalism, Popular Sovereignty, and Reverse Stare Decisis” en *Virginia Law Review*, 93(6), p. 1439.

⁸⁹ 597 U.S. ___125(2022), p.38.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ 597 ___122 (2022), p.6.

⁹² Forsythe, Clarke y Otro (2020). “Stare Decisis, Workability, and *Roe v/s Wade*: an Introduction” en *Ave María Law Review*, 18(1), p.50.

clínicas abortivas ni a los requisitos a los que deben someterse⁹³. No posee las atribuciones constitucionales para cumplir dicha función. Pero existen otros problemas de fondo. El fallo *Roe v Wade* estableció un criterio de trimestres para que la mujer pudiera ejercer su derecho al aborto. En *Casey*, se impugnó una ley que regulaba las condiciones en las cuales se debía llevar a cabo el aborto, sobre todo en lo referido a las exigencias que debían cumplir las clínicas abortivas ¿Se puede considerar como una carga excesiva la regulación o sanción estatal que pudiera tener como consecuencia el cierre de una clínica abortiva que fuera la única que provea abortos en un estado determinado? ¿Se afectaría el criterio de la carga excesiva de *Casey*?⁹⁴.

El problema de *Roe* es que parceló la protección, o más bien, la no protección de la vida del que está por nacer en trimestres, esquema que la misma Corte diseñó. Esto podría haber contribuido a la debilidad del *stare de Roe*⁹⁵. De hecho, en *Casey*, la Corte Suprema, si bien se negó a dejar sin efecto *Roe*, no fundamentó su decisión en los trimestres, sino en el de la carga excesiva. Desde el punto de vista de la doctrina del *stare*, cabe preguntarse si se cumplió con el *stare horizontal*, es decir, ¿la Corte Suprema de 1992 respetó la decisión del mismo tribunal de 1973? Esto es dudoso, sobre todo porque ignoró el criterio de los trimestres. Pero también se presentan problemas con el *stare vertical*, porque la praxis demostró que los criterios de *Roe* y *Casey* tuvieron dificultades para que ellos fueran acogidos por las cortes inferiores⁹⁶. Si bien esta situación jurídica no sería una novedad, pareciera ser que en el tema del aborto este tipo de casos eran superiores a lo normal⁹⁷.

IV. CONCLUSIÓN

El fallo *Roe v Wade* es una de las resoluciones judiciales más polémicas que se ha dictado en la historia de Estados Unidos. Si bien es cierto que en las democracias occidentales el aborto es una cuestión poco pacífica en el ámbito jurídico y político, en el país del norte este tema se agravó porque la legalización del aborto a nivel nacional no se llevó a cabo por medio de una legislación dictada por el Congreso en Washington D.C ni tampoco por una enmienda constitucional, sino que se hizo simplemente

⁹³ Forsythe, Clarke y Otro (2020). "Stare Decisis, Workability...", cit., pp.75-76.

⁹⁴ Forsythe, Clarke y Otro (2020). "Stare Decisis, Workability...", cit., pp. 94. En opinión de Girgis, la ley del estado de Mississippi que fue impugnada en *Dobbs* no pasaba los estándares de *Casey*. Ver en Girgis, Sherif. "Two Obstacles to (Merely) Chipping Away at *Roe* in *Dobbs*" en *Notre Dame Law School*, p.19.

⁹⁵ Gaylord, Scott W (2021). "Roe as Potemkin Village: Fallacies, Facades and Stare Decisis" en *University of Pittsburgh Law Review*, 83, p. 230.

⁹⁶ En contra, Mary Ziegler sostiene que no es anormal que las cortes inferiores tengan interpretaciones disímiles. Ver en Ziegler, Mary (2022). "Unsettled Law; Social Movement Conflict, Stare Decisis, and *Roe v. Wade*" en *Connecticut Law Review*, 54(2), p.504.

⁹⁷ Myers, Richard S (2020). "Lower Court 'Dissent' from *Roe* and *Casey*" en *Ave Maria Law Review*, 18(1), p.7.

a través de una sentencia judicial, dictada además en una época en la que mayoría de las legislaturas estatales lo restringían o prohibían. Esta forma de hacer las cosas no cerró el tema del aborto, sino que, por el contrario, dos décadas más tarde la Corte Suprema de nuevo tuvo que resolver la cuestión.

En nuestra opinión el fallo de 1992 vino a agravar el problema, pues al débil criterio de los trimestres agregó el ambiguo concepto de la carga excesiva que no cerró el dilema legal del aborto y dejó abierta la puerta para que continuara la litigación en torno a leyes estatales que lo restringieran. Pensamos que el voto de mayoría de Casey estaba consciente que el marco de los trimestres propuestos por Roe era débil y trató de solucionar esta cuestión por el medio de la carga excesiva, objetivo que no se logró. En consecuencia, era una cuestión de tiempo para que los conservadores lograran una sólida mayoría en la Corte Suprema que les permitiera tener la vía libre para dejar sin efecto tanto Roe como Casey. Esta hipótesis se hizo realidad en octubre de 2020 con el nombramiento de la jueza Amy Coney Barret⁹⁸.

En nuestra opinión, los problemas de Roe es que, por una parte, tuvo un fundamento bastante dudoso en la XIV Enmienda y por otra, diseñó y aprobó un criterio de trimestres que tenía las características propias de un estatuto legal. Es decir, en 1973 la Corte invadió las atribuciones del poder legislativo. Ello causó malestar en muchos sectores y tuvo como consecuencia que todos los nombramientos de los jueces de la Corte Suprema post Roe se politizaran⁹⁹ al punto de que desde la época de Reagan era una cuestión crucial la opinión que sobre Roe tuvieren los candidatos a ser nombrados jueces y si, en el caso de ser elegidos, lo dejarían vigente o lo anularían¹⁰⁰. La cuestión del aborto no solo influyó en los procesos de nombramientos judiciales¹⁰¹, sino también en las elecciones presidenciales¹⁰².

En nuestra opinión, una de las polémicas más grande que ha generado el fallo Dobbs, (desde el punto de vista estrictamente judicial y no político) es el siguiente: ¿la Corte Suprema de Estados Unidos tenía la facultad de dejar sin efecto Roe y Casey? Si consideramos que el stare decisis requiere que “el derecho establecido tiene una relación con la realidad, la fidelidad y la eficacia de la jurisprudencia”¹⁰³, Roe no

⁹⁸ Alston, Jaclyn (2021). “The Future of Roe v. Wade with Conservative Super Majority Supreme Court” en *Rutgers Journal of Law and Religion*, 22(2), p.462.

⁹⁹ Devins señala que la Corte Suprema causó una “reacción desastrosa” con el fallo Roe v/s Wade y “provocó muchos males sobre sí mismo y sobre la nación”. Ver en: Devins, Neils (1999). “I love you, Big Brother” en *California Law Review*, 87, p.1297.

¹⁰⁰ Pushaw, Robert J (2023). “Defending Dobbs:...” , cit., p.315.

¹⁰¹ Araujo, Robert J (1991). “Moral Issues and the Virtuous judge: Reflections on the Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices” en *Catholic Law* 35 (4), p.337.

¹⁰² En el debate presidencial celebrado el 20 de octubre de 2016, el entonces candidato Donald Trump predijo que si lograba designar 2 o 3 jueces en la Corte Suprema, Roe v/s Wade sería anulado. Ver en: <https://www.youtube.com/watch?v=NfdRmnT0W6o>. Fecha de visita: 19 de enero de 2024.

¹⁰³ Forsythe, Clarke y Otro (2021-2022). “Stare decisis, Settled Precedent, and Roe v/s Wade: an Introduction” en *Regent University Law Review*, 34(3), p.470.

cumplía con esos requisitos¹⁰⁴. Desde el momento que se dictó el fallo en 1973, dada la debilidad de sus fundamentos, no pudo configurar el *stare decisis*. De hecho, ni si quiera Casey lo confirmó, sino que tuvo que recurrir a un concepto jurídico distinto al de la viabilidad, como era el de la carga excesiva.

El fallo Dobbs tuvo como consecuencia inmediata de que la regulación del aborto volviera a cada uno de los estados miembros de la Unión, estando permitido en algunos y restringido casi totalmente en otros¹⁰⁵. La pregunta que debemos hacernos es si, en el futuro, el aborto seguirá encapsulado en cada uno de las legislaturas y cortes estatales. Es decir, si la Corte Suprema quedará fuera de la discusión. Pensamos que, de momento esto será así, pero no creemos que esta situación se mantenga en el futuro toda vez que coincidimos con algunos autores citados en este trabajo que plantean que de la historia de la XIV Enmienda, sumado a leyes estatales regulatorias en materia de familia, y a los avances tecnológicos, no se puede deducir de forma absoluta que el que está por nacer no puede ser considerado persona ante el sistema legal y constitucional de Estados Unidos.

Es verdad que esta postura podría ser considerada, de momento, como novedosa y provocadora, pero de ninguna forma nos parece una hipótesis que no tenga fundamento y no nos extrañaría que las leyes que permiten el aborto en algunos estados pudieran ser impugnadas ante la Corte Suprema, esta vez, por constituir una amenaza al derecho a la vida del que está por nacer.

BIBLIOGRAFÍA

A. Publicaciones

- ADAMS, ANDREW (2005). "Aborting Roe; Jane Roes Questioning the Viability of Roe v/s Wade" en *Texas Law and Politics*, 9(2), pp. 325-366.
- ALSTON, JACLYN (2021). "The Future of Roe v. Wade with Conservative Super Majority Supreme Court" en *Rutgers Journal of Law and Religion*, 22(2), pp. 446-463.
- ARAUJO, ROBERT J (1991). "Moral Issues and the Virtuous Judge: Reflections on the Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices" en *Catholic Law* 35 (4), pp. 311-338.
- BADER GINSBURG, RUTH (1985). "Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade" en *North Carolina Law Review*, 63 (1), pp.375- 386.
- BACHIOCHI, ERIKA y OTRA (2024). "Dobbs, Equality, and the Contested Meaning of Women's Rights" en *Texas Law Review* (Forthcoming), p.49. En: <https://>

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ver en: New York Times, "Tracking Abortion Bans in Across the Country", <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>, Fecha de visita: 23 de enero de 2024.

- papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4632976. Fecha de visita: 16 de septiembre de 2024.
- BERSTEIN, C'ZAR (2022). "The Constitutional Personality of the Unborn" en *Journal of Law, Economics and Policy*, 18(2), pp.281-308.
- BIANCHI, ALBERTO B (2022). "La Corte Suprema de los Estados Unidos Devuelve a los Estados la Facultad de Legislar sobre el Aborto" en *El caso Dobbs: Reflexiones sobre un Fallo de Fuerte Impacto. Suplemento Especial*. Palazzo, Eugenio (coord.), pp. 19-26.
- BOLICK, CLINT (2019). "The Proper Role of Judicial Activism" en *Harvard Law Review and Public Policy*, 42(1), p.1-15.
- BURDICK, RUTH (1996). "The Casey Undue burden Standard: Problems Predicted and Encountered and the Split over the Salemo Test" en *Hasting Constitutional Law Quarterly*, 28, pp.825-876.
- DIDIER, MARÍA MARTA (2022). "Dobbs vs. Jackson: un Giro Copernicano en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos" en *Prudentia Iuris*, N° 94, pp.363-375.
- DEVINS, NEILS (1999). "I Love you, Big Brother" en *California Law Review*, 87, pp.1283-1297.
- FETROW, KATE (2018). "Taking Abortion Rights Seriously. Toward Holistic Undue Jurisprudence" en *Stanford Law Review*, 70 (1), pp. 319-362.
- FINNIS, JOHN y OTRO (2022). "Equal Protection and the Unborn Child; A Dobbs Brief" en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 45, pp.1027-1031.
- FORSYTHE, CLARKE y OTRO (2021-2022). "Stare Decisis, Settled Precedent, and Roe v/s Wade: an Introduction" en *Regent University Law Review*, 34(3), pp.385-470.
- FORSYTHE, CLARKE y OTRO (2020). "Stare Decisis, Workability, and Roe v/s Wade: an Introduction" en *Ave María Law Review*, 18(1), pp. 48-109.
- FORSYTHE, CLARK y OTRO (2005). "The Tragic Failure of Roe v Wade: Why Abortion should be Returned to the States" en *Texas Law Review and Politics*, 10(1), pp.85-170.
- GABLO, IVÁN y OTRO (2022). "El rol Transformador de los tribunales Constitucionales como ¿Estrategia Clave Efectiva? para la Reducción de las Desigualdades y la Erradicación de la Pobreza" en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, N°125, pp.527-571.
- GAYLOR, SCOTT W (2021). "Roe as Potemkin Village: Fallacies, Facades and Stare Decisis" en *University of Pittsburg Law Review*, 83, pp. 229-278.
- GIRGIS, SHERIF (2022) "Update: Why the Equal- Protection Case for Abortion Rights Rises or Falls with Roe's Rationale" en *Harvard Journal of Law & Public Policy Per Curiam*, 17, pp.1-17.
- GIRGIS, SHERIF. "Two Obstacles to (Merely) Chipping Away at Roe in Dobbs" en *Notre Dame Law School*, pp.1-19.
- GÓNGORA MERA, MANUEL (2021-2022). "Propuesta para una Jurisdicción Constitucional Transformadora en Chile a la Luz de la Experiencia de Justicia Constitucional en América Latina" en *Estudios Constitucionales*, pp.319-349.

- GRALIA, LINO (1996). "It's not Constitutionalism, it's Judicial Activism" en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 19 (2), pp.293-299.
- HAMILTON, ALEXANDER, *The Federalist Paper*, paper 78. En: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp. Fecha de visita: 19 de febrero de 2024.
- HART, JOHN (1973). "The Wages of the Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade" en *Yale Law Journal*, 82, pp.920-949.
- HARVARD LAW REVIEW (1990). "Constitutional Stare Decisis" en *Harvard Law Review*, 103(6), pp.1344-1362.
- IÑIGUEZ MANSO, ANDREA (2014). "El Control de Convencionalidad de la CADH y los Tribunales chilenos. Una Tesis de Aplicación Restrictiva" en *La Protección de los Derechos Humanos y Fundamentales de Acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), Librotecnia, pp.381-394.
- HOWARD, ELAINE (1993). "The Roed's to Confusion: Planned Parenthood v/s Casey" en *Houston Law Review*, 30 (3), pp.1457-1508.
- KOZEL, RANDY J (1986). "Stare Decisis an Authority and Aspiration" en *Notre Dame Law Review*, 96(5), pp.1971-2021.
- LAISE, LUCIANO, (2020). "¿Puede la Expansión del Derecho a la Justicia Potenciar al Activismo Judicial?" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), pp. 147-173
- LAWSON, GARY (2007). "Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited" en *Ave Maria Law Review*, 5, pp. 1-22.
- LAFERRIERE, JORGE (2022). "Análisis Preliminar del Fallo 'Dobbs' de la Corte Suprema de Estados Unidos" en *Vida y Ética*, año 23(1), pp.103-110.
- LASH, KURT T (2007). "Originalism, Popular Sovereignty, and Reverse Stare Decisis" en *Virginia Law Review*, 93(6), pp.1437-1481.
- LEGARRE, SANTIAGO y OTRO (2006). "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'" en *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), pp. 109-124.
- LINTON, PAUL BENJAMIN (2011). "The Legal status of the Unborn Child under State Law" en *University of Sait Thomas Journal of Law and Public Politics*, 6(1), pp. 141-155.
- LOVERA, DOMINGO (2010). "¿A quién Pertenece la Constitución de Chile? Cortes, Democracia y Participación" en *Revista Jurídica de Palermo*, año 11(1), pp. 119-141.
- LORD, PHIL (2023). "Trumping Dobbs" en *University of Illinois Law Review*, 12, pp.12-21.
- MALONY, THOMAS (2019). "Liberty Finds no Refuge: the Doubt-Filled of Casey's Undue Burden Standard" en *Michigan State Law Review*, pp.23-72.
- METZGER, GILLIAN E. (1994). "Unburdening the Undue Burden Standard: Orienting Casey in Constitutional Jurisprudence" en *Columbia Law Review*, 94(6), pp. 2025-2090.

- MURUA, IGNACIO (2022). “Un Análisis del Fallo Dobbs. Activismo Judicial, Política y Federalismo” en *El caso Dobbs: Reflexiones sobre un Fallo de Fuerte Impacto. Suplemento especial*. Palazzo, Eugenio (coord.), pp.27-30.
- MYERS, RICHARD S (2020). “Lower Court ‘Dissent’ from Roe and Casey” en *Ave Maria Law Review*, 18(1), pp. 1-14.
- PAULK, LOREN (2013). “What is an ‘Undue Burden’? The Casey Standard as Applied to Informed Consent Provisions” en *UCLA Women’s Law Journal*, 20(1), pp. 71-109.
- PETERSEN, CAROL (2023). “Women’s Right to Equality and Reproductive Autonomy: the Impact of Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization” en *University of Hawai’i Law Review*, 45, pp.305-345.
- PERRY, MICHAEL J (2001). *We the People: The Fourteenth Amendment and Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York.
- PUSHAW, ROBERT J (2023). “Defending Dobbs: Ending the Futile Search for a Constitutional Right to Abortion” en *San Diego Law Review*, 60, pp.265-320.
- RUSH, CURT S (1983). “Genetic Screening, Eugenic Abortion, and Roe v. Wade: How is Roe’s Viability Standard” en *Brooklyn Law Review*, 40, pp.113-142.
- SCHNEIDER, ELIZABETH (1993). “Workability of the Undue Burden Text” en *Temple Law Review*, 66 (3), pp.1003-1038.
- SHAFFER, THOMAS L (1967). “Abortion, the Law and Human Life” en *Valparaíso Law Review*, 2(1), pp.94-106.
- SCAHUER, FREDERICK (2018). “Stare Decisis - Rhetoric and Reality in the Supreme Court” en *Supreme Court Review* 121, pp. 121-143.
- SUSTEIN, CASS R. (2008). “Due Process Traditionalism” en *Michigan Law Review*, 106(8), pp.1543-1570.
- SLATTERY, ELIZABETH (2013). “How to Spot Judicial Activism. Three Recent Examples” en *Legal Memorandum*, The Heritage Foundation, 96, pp.1-7.
- SOLUM, LAWRENCE (2015). “The Fixation Thesis: the Role of Historical Fact in the Original Meaning” en *Notre Dame Law Review*, 91(1), pp.1-78.
- STITH, RICHARD (2023). “The Exportable Dobbs, Elements Useful in other Countries” en *The Human Life Review*. <https://humanlifereview.com/the-exportable-dobbs-elements-useful-in-other-countries/>. Fecha de visita: 19 de febrero de 2024.
- SWGERT, LUTHER, (1982). “In Defense of Judicial Activism” en *Valparaíso University Law Review*, 16(39), pp.439-458.
- TELO MENDOZA, JUAN ALONSO (2023). “El Caso Dobbs: de la Constitución Viva a la Democracia Constitucional Viva” en *Revista de Derecho Político UNED*, 116, pp.135-165.
- WILKINSON, REBECCA (2015). “Interpreting a Living Constitution” en *North East Law Review*, 3(1), pp. 1-13.
- WHITTINGTON, KEITH (2013). “Originalism; a Critical Introduction” en *Fordham Law Review*, 82, 2013, pp. 375-409.

ZIEGLER, MARY (2007). "Liberty and the Politics of Balance: the Undue Burden Under Test after Casey/Hellersted" en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 52, pp.421-468.

ZIEGLER, MARY (2022). "Unsettled law; Social Movement Conflict, Stare Decisis and Roe v. Wade" en *Connecticut Law Review*, 54(2), pp.57-508.

B. Jurisprudencia. Corte Suprema de Estados Unidos

410 U.S. ___ 113 (1973), sentencia de fecha 22 de enero de 1973.

505 U.S. ___ 833 (1992), sentencia de fecha 29 de junio de 1992.

597 US ___ 125 (2022) p., sentencia de fecha 24 de junio de 2022

Title

Dobbs v/s Roe and Casey: A critical analysis of the override of Roe v/s Wade and Planned Parenthood v/s Casey

Summary

I. Introduction, II. The right to abortion, right to life of the unborn and the United States Constitution. A. Roe v/s Wade. B. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v/s Casey. C. Dobbs v/s Jackson Women's Health Organization. III. Critical analysis of the Roe, Casey and Dobbs rulings. A. The right to abortion, the right to life of the unborn and the Constitution of the United States. B. Viability, undue burden and judicial activism. C. The United States Constitution and the stare decisis of Roe and Casey. IV. Conclusion. V. Bibliography.

Resumen

En 1973 la Corte Suprema de Estados Unidos dictó el histórico fallo en el caso Roe v/s Wade que tuvo como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de la mayoría de las leyes de los estados de la Unión que prohibían o restringían el aborto. Desde su dictación, la resolución de la Corte Suprema ha causado gran polémica, y sus opositores nunca cesaron en su intento de dejarlo sin efecto. En 1992 el Máximo Tribunal dejó vigente Roe cuando dictó la sentencia en el caso Planned Parenthood v/s Casey. En 2018, el estado de Mississippi aprobó la ley de Edad Gestacional que autoriza el aborto sólo en caso de emergencia médica, anormalidad en el feto o cuando se lleva a cabo antes de las 15 semanas de gestación. La clínica Jackson Women's Health Care Center consideró que la ley infringía Roe y

Casey, por lo cual impugnaron la legislación ante la Corte Suprema, la cual rechazó el reclamo y además dejó sin efecto dichos fallos.

El propósito de este artículo es analizar los alcances jurídicos más relevantes de la decisión en Dobbs y las proyecciones que puede tener en el futuro en lo que se refiere a la regulación, a nivel estatal, del aborto y el derecho a la vida del que está por nacer.

Abstract

In 1973, the United States Supreme Court issued the historic ruling in the Roe v/s Wade case, which resulted in the declaration of unconstitutionality of most of the laws of the states of the Union that prohibited or restricted abortion. Since its issuance, the Supreme Court's resolution has caused great controversy, and its opponents never ceased in their attempt to annul it. In 1992 the Supreme Court left Roe in force when it handed down the ruling in the Planned Parenthood v/s Casey case. In 2018, the state of Mississippi passed the Gestational Age law that authorizes abortion only in cases of medical emergency, fetal abnormality, or when performed before 15 weeks of gestation. The Jackson Women's Health Care Center clinic considered that the law violated Roe and Casey, which is why they challenged the legislation before the Supreme Court, which rejected the claim and also annulled those rulings.

The purpose of this article is to analyze the most relevant legal implications of the decision in Dobbs and the projections it may have in the future, regarding state-level regulation of abortion, and the right to life of the unborn.

Palabras clave

Corte Suprema; aborto; derecho a la vida del que está por nacer; Roe; Casey; Dobbs.

Keywords

Supreme Court; abortion; right to life of the unborn; Roe; Casey; Dobbs.