

En conclusión, no toda decisión judicial cuyo resultado se considere favorable a una ideología “conservadora” es necesariamente originalista. Tampoco todo fallo que aplique el originalismo como metodología de interpretación constitucional es, por lo tanto, “conservador”. Dado que (i) el originalismo es una teoría que defiende el respeto del texto de la Constitución y que se plantea cómo *recuperar* el significado original del mensaje comunicado por los constituyentes, y (ii) que la Constitución de los Estados Unidos no dice nada sobre el aborto, sea de forma expresa o implícita, la discusión no debe ser zanjada en el ámbito judicial y mucho menos apelando al originalismo, ya que todo intento de hacerlo implicaría caer en una contradicción insalvable. No se puede recuperar el significado de algo que no existe.

El contraste entre la Constitución de los Estados Unidos y la nuestra en este punto es fundamental y ayuda a reforzar lo que digo. De hecho, un fallo que aplicara efec-

tivamente la metodología de interpretación originalista en materia de aborto en nuestro país arribaría a un resultado totalmente diferente al de *Dobbs*.

VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - MINISTERIOS - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - ABORTO

Anatomía de *Dobbs*. Una sentencia que renueva el debate

por FLORENCIA RATTI MENDAÑA^(*) y SOFÍA CALDERONE^(**)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CASO. – 3. BREVE REPASO SOBRE LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL “DERECHO AL ABORTO” EN LOS ESTADOS UNIDOS: ROE, DOE Y CASEY. – 4. LA SENTENCIA EN DOBBS. I. EL VOTO MAYORITARIO. II. LOS OTROS VOTOS. – 5. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El 24 de junio de 2022, la Suprema Corte de los Estados Unidos publicó la sentencia en el caso *Dobbs*⁽¹⁾. El

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Inconstitucionalidad e inconveniencia de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *Aborto e ideología*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS, ED, 287-514; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por MARÍA INÉS FRANCK, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y LUCÍA CAMPO, ED, 286-586; *Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE y ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 288; *¿Existe un “derecho al aborto”?*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS y ELIANA DE ROSA, ED, 289-945; *El Gobierno promueve el aborto adolescente*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 289-1450; *Análisis del proyecto de legalización del aborto 2020 y del proyecto de cuidado integral de la madre y el niño*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 289-1466; *Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional*, por RICARDO BACH DE CHAZAL, ED, 289-1519; *Sobre la resolución del Parlamento Europeo en torno al caso “Dobbs”*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297; *Contexto del fallo Dobbs y de la derogación del derecho constitucional a abortar en Estados Unidos*, por LIGIA DE JESÚS CASTALDI, ED, 297; *Análisis preliminar del fallo “Dobbs” de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas (*summa cum laude*, UCA). Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral). Docente de Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA), Taller de análisis de Jurisprudencia (UCA), Derechos Humanos (UCA) y Taller de Doctrina y Jurisprudencia (UNLZ). Becaria postdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Secretaria del Centro de Derecho Constitucional (UCA).

(**) Abogada (UCA). Diplomada en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Austral, 2020) y Derechos Humanos (Universidad Austral, 2021). Docente de Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA); Derechos Humanos (UCA) y Teoría General del Derecho (UBA). Prosecretaría del Centro de Derecho Constitucional (UCA).

(1) *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners vs. Jackson Women’s Health*

fallo derogó⁽²⁾ los precedentes *Roe vs. Wade* (1973)⁽³⁾ y *Planned Parenthood vs. Casey* (1992)⁽⁴⁾ y sostuvo que la Constitución no confiere un “derecho al aborto”. Consecuentemente, devolvió a los estados –“al pueblo y sus representantes electos”– la autoridad para decidir cómo regular esta materia⁽⁵⁾. De aquí en adelante, el estándar de revisión judicial de las leyes estatales sobre aborto ya no será el de un escrutinio estricto, sino el de mera “razonabilidad”⁽⁶⁾.

En Estados Unidos, al igual que en todos lados, la temática del aborto es causa de intensos contrapuntos. El camino que la Suprema Corte había tomado en 1973 inquietó los ánimos durante décadas. Casi cincuenta años después, *Dobbs* parece torcer el rumbo, no solo para el país del norte: la resolución del caso provocó expectativas en todo el mundo⁽⁷⁾ y, especialmente, en nuestra región⁽⁸⁾. Durante su vigencia, *Roe* operó como un símbolo triunfal de la liberalización del aborto. Ahora, más allá de que la sentencia solo tiene sentido pleno en el ordenamiento jurídico estadounidense y en la dinámica de poder propia de ese país, su derogación tendrá impacto⁽⁹⁾.

En tal estado de cosas, en este trabajo repasaremos, primero, cuál era la cuestión bajo debate en *Dobbs* (sección 2) y, para contextualizar dicha controversia, se apuntarán los antecedentes vinculados con el aborto en los Estados Unidos (sección 3). Luego analizaremos, en detalle, la reciente sentencia de la Suprema Corte: nos detendremos en lo que hace a la cuestión de fondo (sección 4. I, puntos a y b), en las consideraciones de *stare decisis* (sección 4. I, punto c), en la enunciación del nuevo estándar adoptado

Organization, et al., 597 U. S. ____ (2022) (slip. op.). En adelante, *Dobbs*. Salvo aclaración en contrario, todas las traducciones son propias.

(2) Si bien el término *overruling* no tiene un equivalente preciso en español, optamos por traducirlo mediante el verbo “derogar”, pues nos parece el que mejor representa el hecho de que dichos precedentes dejaron de formar parte del Derecho, salieron del sistema.

(3) 410 U. S. 113 (1973), en adelante: *Roe*.

(4) 505 U. S. 833 (1992), en adelante: *Casey*.

(5) *Dobbs*, p. 79.

(6) *Dobbs*, pp. 77-78.

(7) Acerca del efecto de la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana en materia de aborto en todo el mundo, véase: Legarre, S., “El futuro del aborto en la jurisprudencia global”, *El Derecho*, Tomo 294, 27/10/2021. Cita Digital: ED-MMXXXIX-256.

(8) Se vislumbran en América Latina algunos esfuerzos (en general, resistidos) tendientes a la liberalización del aborto. En Argentina, se materializaron con la aprobación de la ley 27.610, BO 15/1/2021. En el ámbito supranacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) anunció que había presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos un caso contra El Salvador, “relativo a la prohibición absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo”. CIDH, “CIDH presenta caso de El Salvador ante la Corte IDH sobre prohibición absoluta del aborto”, comunicado del 11/1/2022. Disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/011.asp> (fecha de consulta: 30/5/2022).

(9) Por ejemplo, el 7 de julio de 2022, el Parlamento Europeo aprobó una resolución acerca de la “decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión” (2022/2742(RSP)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0302_ES.html (fecha de consulta: 18/8/2022).

por el tribunal para la valoración de las normas que regulan el aborto (sección 4. I. d) y en los votos concurrentes y la disidencia (sección 4. II). Por último, ofreceremos algunas conclusiones acerca de las implicancias de la decisión (sección 5).

2. El caso

En el año 2018, el Estado de Mississippi aprobó la ley conocida como *Mississippi's Gestational Age Act*⁽¹⁰⁾. La norma traía la prohibición de realizar, inducir o intentar un aborto si se determinaba que la edad gestacional del no nacido era mayor a 15 semanas, aunque preveía excepciones a dicha prohibición: la emergencia médica y la anomalía fetal severa⁽¹¹⁾.

Jacksons Women's Health Organization –la única clínica de abortos de ese estado–, junto con uno de los profesionales que se desempeñaba allí, inició una acción en representación de sus pacientes ante una corte federal. Alegó que la ley violaba los precedentes de la Suprema Corte que reconocían un “derecho constitucional al aborto”. La corte de distrito prohibió la ejecución de la norma y la decisión fue confirmada por la cámara de apelaciones del quinto circuito. Entonces, el Estado de Mississippi solicitó a la Corte que considerara el caso.

El 17 de mayo de 2021, la Suprema Corte concedió el *certiorari* solo respecto de una de las cuestiones planteadas por los peticionantes, formulada en los siguientes términos: “[s]i todas las prohibiciones a los abortos electivos previos a la viabilidad son inconstitucionales”⁽¹²⁾. La noticia despertó gran interés; por lo pronto, propició presentaciones de más de un centenar de amigos del tribunal, dispuestos a aportar sus conocimientos en el debate. Es que para responder el interrogante planteado, se presumía que la Corte debía reconsiderar sus propios precedentes: *Roe* y *Casey*⁽¹³⁾.

El 1° de diciembre de 2021, se realizó la audiencia oral. A partir de allí se dispararon las especulaciones: la audiencia brindó un panorama bastante claro de la postura que cada juez asumiría y en las preguntas estaban implicados los argumentos que luego aparecerían en la sentencia⁽¹⁴⁾. Con los ánimos caldeados, y mientras se aguardaba el resultado, se produjo un hecho inusual y preocupante para la institucionalidad del tribunal: la divulgación de un borrador confidencial del voto del juez Alito, fechado en febrero de 2022⁽¹⁵⁾. En medio de la expectativa generalizada y de una gran conmoción social, el 24 de junio de 2022 se anunció la decisión.

3. Breve repaso sobre la creación jurisprudencial del “derecho al aborto” en los Estados Unidos: *Roe*, *Doe* y *Casey*

Los 70 fueron años revoltosos en los Estados Unidos, en varios sentidos. Para ese momento, diversos grupos feministas y otras asociaciones civiles propiciaban modificaciones en la regulación del aborto. A pesar de los

debates incipientes, en el aspecto normativo existía un “consenso abrumador” sobre la criminalización de la práctica⁽¹⁶⁾. Pero los impulsores del aborto encontraron en el poder judicial activista un buen aliado: el litigio constituyó el modo más efectivo y rápido de alcanzar sus objetivos.

El 22 de enero de 1973, la Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunció en *Roe vs. Wade*. El caso había sido diseñado estratégicamente por dos jóvenes abogadas, activistas involucradas en la liberalización del aborto, quienes se toparon con una mujer embarazada y vulnerable –luego conocida con el seudónimo de Jane Roe–, que podía servir para su propósito. Entonces iniciaron la demanda en su representación, aunque más tarde la convirtieron en una acción de clase⁽¹⁷⁾.

En *Roe* la Corte afirmó que había un “derecho al aborto” amarrado a una “privacidad” tan amplia como “para abarcar la decisión de la mujer de terminar o no su embarazo”⁽¹⁸⁾. Pero tal derecho no era “absoluto”: llegado cierto punto, se reconoció que los estados tenían un “interés legítimo” en la protección de la “salud de la madre” y de la “vida humana potencial”⁽¹⁹⁾, y que cada uno de esos intereses se incrementaba “a medida que la mujer se acerca[ba] al término” del embarazo⁽²⁰⁾.

En particular, *Roe* estableció un esquema trimestral. En el primer trimestre del embarazo, “la decisión del aborto y su realización deb[ía] ser dejada al juicio médico” del profesional que at[endía] a la embarazada; hasta el final del segundo trimestre, el Estado en orden a “proteger la salud de la madre, p[odía], si así lo el[egía], regular el procedimiento del aborto en modos que est[uvieran] razonablemente relacionados con la salud materna”; en el periodo posterior a “la viabilidad”, se reconoció que un estado, para “promover su interés en la potencialidad de la vida humana, p[odía], si así lo el[egía], regular, e incluso prohibir el aborto excepto cuando e[ra] necesario [...] para la preservación de la salud de la madre”⁽²¹⁾.

Ese mismo día, la Suprema Corte se pronunció en un “caso compañero” a *Roe*, conocido como *Doe vs. Bolton*⁽²²⁾: allí, el tribunal consideró que la determinación de la necesidad del aborto quedaba librada a criterio del médico. Ese juicio médico, agregó la Corte, “puede ejercerse a la luz de todos los factores –físico, emocional, psicológico, familiar, y la edad de la mujer– relevantes para el bienestar de la paciente”⁽²³⁾.

La intervención de la Suprema Corte en el asunto fragmentó a la sociedad norteamericana. La disidencia de *Roe* rápidamente advirtió el exceso de la decisión, descrita por el juez White como un “ejercicio crudo del poder judicial [*judicial raw power*]”⁽²⁴⁾. La ruptura fue profunda: hasta los partidarios de la liberalización del aborto criticaron la extralimitación de *Roe*⁽²⁵⁾ y la intromisión de la Corte en la labor legislativa⁽²⁶⁾. Del otro lado, jamás de-

(16) *Dobbs*, p. 24.

(17) El relato acerca de cómo se “construyó” el litigio aparece en: Weddington, S., *A Question of Choice, 40th Anniversary Edition. Revised and Updated*, New York, The Feminist Press, 2014 [e-Book], pp. 57 y ss. También pueden verse los planteos de Roy Lucas, quien propuso “trasladar” la cuestión del aborto a los tribunales en: Lucas, R., “Federal Constitutional Limitations on the Enforcement and Administration of State Abortion Statutes”, 46 N.C. L. Rev. 730, 1968, p. 752 y ss.

(18) *Roe*, p. 153.

(19) *Roe*, p. 159.

(20) *Roe*, pp. 162-163.

(21) *Roe*, pp. 164-165.

(22) *Doe vs. Bolton*, 410 U. S. 179 (1973).

(23) *Doe vs. Bolton*, 410 U. S. 179, 192 (1973). Se ha advertido que la decisión en *Doe* (en la cual estaba en juego una ley de Georgia más permisiva que la cuestionada en *Roe*) llevó a consecuencias “extremas”. Entre otras, porque “[a] definir a la salud como ‘bienestar’, *Doe* estableció un régimen de aborto a demanda durante los nueve meses completos de embarazo [...]”. Glendon, M. A., “From Culture Wars to Building a Culture of Life”, en Bachiocchi, E. (ed.), *The Cost of ‘Choice’. Women Evaluate the Impact of Abortion*. San Francisco, Encounter Books, 2004, pp. 4-5.

(24) Calificación que reaparecerá reiteradamente en *Dobbs*.

(25) En más de una ocasión, Bader Ginsburg lamentó que la decisión judicial interceptara el “proceso político” que “avanzaba a principios de la década de 1970”, aunque no tan rápidamente como muchos de los impulsores del aborto hubieran querido. Ginsburg, R. B., “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe vs. Wade*”, 63 *North Carolina Law Review* 375, 1985, pp. 385-386. La crítica se agudizó en Bader Ginsburg, R. B., “Speaking in a Judicial Voice”, *New York University Law Review*, vol. 67, núm. 6, diciembre 1992, pp. 1185-1209.

(26) “Si yo fuera legislador votaría por un estatuto muy parecido al que acaba redactando la Corte”, decía Ely en un comentario al caso. Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”, *The Yale Law Journal*, Vol. 82: 920, 1973, p. 926.

(10) *Miss. Code Ann.* § 41-41-191 (2018). Se fundaba en una serie de consideraciones fácticas: el desarrollo del niño por nacer en el seno materno [al que menciona como ser humano no nacido [*unborn human being*]], la crueldad de las prácticas cuando el embarazo es avanzado (a las que califica de “barbáricas”), el peligro que entrañan semejantes procedimientos para la embarazada y lo “degradantes” que resultan para la profesión médica.

(11) “Except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality, a person shall not intentionally or knowingly perform, induce, or attempt to perform or induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks”. Véase *Miss. Code Ann.* § 41-41-191 (2018). Disponible en: <https://law.justia.com/codes/mississippi/2018/title-41/chapter-41/gestational-age-act/section-41-41-191/> (fecha de consulta: 18/5/2022).

(12) “QUESTION PRESENTED: 1. Whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional”. GRANTED LIMITED TO QUESTION 1. CERT. GRANTED 5/17/2021”. Véase: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/qp/19-01392qp.pdf> (fecha de consulta: 18/5/2022).

(13) Véase, por ejemplo, George. R. P., “Roe Must Go”, *First Things*, 1/7/2021. Disponible en: <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/07/roe-must-go> (fecha de consulta: 19/7/2022).

(14) Es posible acceder al audio y a la transcripción de la audiencia desde: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/19-1392 (fecha de consulta: 22/7/2022).

(15) Gerstein, J. y Ward, A., “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, el 2/5/2022. Disponible en: <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473> (fecha de consulta: 18/5/2022). El Chief Justice Roberts reconoció la autenticidad de la copia difundida. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Press Release*, 3/5/2022. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22 (fecha de consulta: 18/5/2022).

jó de señalarse que *Roe* atentaba contra el *rule of law*⁽²⁷⁾ y que su debilidad de razonamiento tenía graves implicancias morales⁽²⁸⁾. Paralelamente, “el derecho de abortar”, consagrado por la Corte en *Roe* y en las decisiones que le siguieron, coartó la búsqueda de soluciones superadoras para la madre y para el niño por nacer⁽²⁹⁾.

En 1992, en *Planned Parenthood v. Casey*⁽³⁰⁾, la Suprema Corte sostuvo, —con algunas contorsiones argumentales (se abandonó la privacidad y se invocó la “libertad” de la Enmienda XIV)— la vigencia del “*holding* esencial” del famoso precedente: “la viabilidad”. En rigor, el tribunal reescribió *Roe* mediante la adopción del estándar de “carga indebida” [*undue burden*]⁽³¹⁾ e insistió en cerrar la controversia nacional provocada por la jurisprudencia sobre aborto.

El tiempo no curó la herida causada por *Roe*, y *Casey* no pudo siquiera anestésiala⁽³²⁾. Siempre se esperó que el tribunal saneara su error⁽³³⁾. La esperanza se fortaleció recientemente a partir de algunas consideraciones manifestadas por los jueces en diversas sentencias y votos disidentes⁽³⁴⁾. Por fin, casi cincuenta años después, la Corte ofreció un bálsamo con *Dobbs*.

4. La sentencia en *Dobbs*

La sentencia se extiende a lo largo de 213 páginas. Las primeras 79 corresponden al voto de la mayoría, redactado por el juez Alito y firmado por los jueces Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett. Con la firma de cinco de los nueve jueces, se trata del voto mayoritario y vinculante [*controlling vote*]. Dicho voto, además, se integra con dos apéndices (A y B), que recogen las normas que criminalizaban el aborto en todas las etapas de la gestación.

Thomas y Kavanaugh, cada uno por su cuenta, añadieron sus propios fundamentos en votos concurrentes; mientras que el *Chief Justice* Roberts compartió la decisión de declarar la constitucionalidad de la ley de Mississippi (decisión que, entonces, se tomó 6-3), pero no estuvo de acuerdo con derogar *Roe* y *Casey* (decisión que, entonces, se tomó 5-4).

La minoría, integrada por Breyer, Sotomayor y Kagan, escribió una extensa disidencia (más de 60 páginas), plagada de ironías y construida sobre un apego incondicional a *Roe* y a *Casey*, así como al “balanceo” de intereses que esas decisiones proponían. También trajo una crítica del método interpretativo y del examen de *stare decisis* de la mayoría: en efecto, el voto culmina con un apéndice destinado a analizar los casos referidos en el voto de Alito para determinar el *overruling*. Se advierte además una

constante insistencia en que *Dobbs* es un “recorte de los derechos de la mujer y de la condición de ciudadanas libres e iguales”⁽³⁵⁾.

Entre los votos se observa una interacción argumental notable: cada uno rebate las posiciones contrarias y refuerza las propias. La sentencia, por otro lado, contiene abundantes citas de doctrina y de amigos del tribunal que intervinieron en el caso⁽³⁶⁾. En virtud de aquel diálogo entre la mayoría y la disidencia, y de la estructura temática similar que guardan, al analizar el voto controlante marcamos algunos de los contrapuntos con los jueces que quedaron en minoría.

I. El voto mayoritario

La decisión de la Corte puede resumirse del siguiente modo: “La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular ni prohibir el aborto. *Roe* y *Casey* se arrogaron esa autoridad. Nosotros ahora derogamos esas decisiones y devolvemos esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos”⁽³⁷⁾.

Para arribar a esa conclusión, Alito desplegó un arsenal argumental que se desarrolló en este orden: a) el reconocimiento del aborto como un problema moral profundo; b) el análisis de aquello que la Corte describió como la “cuestión crítica”, esto es si la Constitución de los Estados Unidos “confiere un derecho a obtener un aborto”⁽³⁸⁾; c) la conveniencia de mantener o derogar *Roe* y *Casey* a la luz del *stare decisis*; d) el estándar de revisión vigente, en adelante, para valorar la constitucionalidad de una norma estatal que regule el aborto⁽³⁹⁾.

a. El aborto como un problema moral profundo que los jueces no deben resolver

Desde el principio, la mayoría reconoció que “el aborto presenta un problema moral profundo” y que en la sociedad norteamericana existen “opiniones marcadamente contradictorias”. Ni *Roe* ni *Casey* facilitaron la búsqueda de acuerdos, sino que, mediante un “abuso de [la] autoridad judicial”, profundizaron la división⁽⁴⁰⁾. De ese modo, Alito anticipó un aspecto que subyacerá en toda la sentencia: el papel restringido del juez frente a decisiones que involucran cuestiones morales complejas.

b. ¿Existe un “derecho” constitucional al aborto?

Pasadas las declaraciones iniciales, la Corte se ocupó de aquello que identificó como “la cuestión crítica”: “si la Constitución, propiamente entendida, confiere un derecho a obtener un aborto”⁽⁴¹⁾. La respuesta discurrió en tres instancias:

i. Enunciación del estándar elaborado por la jurisprudencia del tribunal para “determinar si la referencia a la ‘libertad’” contenida en la Enmienda XIV “protege un derecho en particular”

Como el “derecho al aborto” no está en el texto de la Constitución norteamericana, la Corte debió considerar si constituía un “derecho implícito”. Indicó que en *Roe* no se había asumido una posición definitiva respecto del sostén normativo del “derecho al aborto”, sino que se habían abierto varias vías⁽⁴²⁾. La incertidumbre acerca de la genealogía jurídica se había intentado salvar en *Casey*, que se apartó del “análisis desenfocado” de *Roe* y apoyó el “derecho a obtener un aborto” en la “libertad” de la cláusula de debido proceso sustantivo (Enmienda XIV, 1868)⁽⁴³⁾.

La Enmienda XIV, en lo que nos interesa, dispone que ningún Estado podrá “[...] privar a cualquier persona de la

(27) *Roe*, durante años, representó la “imposición de las opiniones de unos pocos magistrados sobre cómo deb[ía] ser la ley del aborto” en Estados Unidos. Anderson, R. T. y DeSanctis, A., *Tearing Us Apart: How Abortion Harms Everything and Solves Nothing*, Washington DC, Regnery Publishing, 2022 [edición Kindle], p. 163.

(28) Es apabullante la cantidad de publicaciones que mostraron los errores de *Roe*. Además de las citadas en este trabajo, entre muchas otras, pueden verse: Byrn, R. M., “An American Tragedy: The Supreme Court on Abortion”, 41 *Fordham L. Rev.* 807, 1973. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol41/iss4/2> (fecha de consulta: 5/8/2022); Finniss, J. M., “Abortion is Unconstitutional”, *First Things*, abril 2021. Disponible en: <https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional> (fecha de consulta: 6/8/2022).

(29) Como sostiene Glendon, la visión asentada en *Roe* se reflejó en “los legisladores y el público”: la Corte convirtió al aborto en una “prerrogativa de la mujer” y, de ese modo, desdibujó la responsabilidad que debe recaer en el padre de ese hijo y subsidiariamente en la sociedad. De igual manera, si la mujer continúa con la gestación, “el embarazo, la maternidad, y la crianza de los hijos” se volvieron su exclusiva “responsabilidad”. Y todo bajo el ropaje de un “derecho” a ser “dejada sola”. Glendon, M. A., *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press, 1991, p. 66.

(30) 505 U. S. 833 (1992).

(31) 505 U. S. 833, 846 (1992). Se volverá sobre esta relación entre *Roe* y *Casey* en el análisis sobre *stare decisis*.

(32) Se ha dicho que *Casey* resultó más dañino que el propio *Roe*, porque confirmó la vigencia de dicho precedente a sabiendas de sus errores y de la injusticia que ocasionó. Paulsen, M. S., “The Worst Constitutional Decision of All Time”, 78 *Notre Dame Law Review* 995, 2003, pp. 995-1044.

(33) George, R. P., “Forty-Three Years After *Roe*, Hope is Alive”, *First Things*, 23/1/2016. Disponible en: <https://www.firstthings.com/blogs/firstthoughts/2016/01/forty-three-years-after-roe-hope-is-alive> (fecha de consulta: 7/8/2022).

(34) Por ejemplo, en la disidencia de Thomas en *Scott Harris vs. West Alabama Women’s Center*, el juez denunciaba que la jurisprudencia relativa al aborto “se ha[ía] salido de control”, y que no se podía ignorar “la realidad” de lo que la Corte “ha[ía] construido” [“we cannot continue blinking the reality of what this Court has wrought.”] 588 U. S. ___ (2019) (slip. op.), pp. 2-3.

(35) *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 4.

(36) Tal cualidad contrasta con las sentencias de la Corte Suprema argentina, en las que no solemos hallar este tipo de intercambios.

(37) *Dobbs*, p. 79.

(38) *Dobbs*, p. 8.

(39) *Dobbs*, pp. 77-78.

(40) *Dobbs*, p. 6.

(41) *Dobbs*, p. 8.

(42) La Corte identificó tres justificaciones posibles del “derecho al aborto”, todas esbozadas en *Roe*: i) que esté contenido en la Enmienda IX (relativa a derechos reservados por el pueblo); ii) que esté anclado en varias enmiendas (la primera, cuarta y quinta) o en una “combinación” de estas, de modo que quedaría alcanzado por la protección de la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV; iii) que el “derecho al aborto” fuera un “componente de la ‘libertad’” de la Enmienda XIV (tal fue la vía aceptada en *Casey*). A esto, añadió una cuarta (invocada por los amigos del tribunal, pero sin recepción expresa en los precedentes de la Corte): la justificación del aborto en la igualdad [*Equal Protection Clause*]. Véase *Dobbs*, pp. 9-11.

(43) *Dobbs*, p. 10.

vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”⁽⁴⁴⁾. Si esa Enmienda otorga protección de fondo (“sustantiva”) –y no solo procedimental– ha provocado una gran controversia en los Estados Unidos (como se desprende, ni más ni menos, de comparar el voto de la mayoría con la concurrencia de Thomas). En *Dobbs*, la Corte solo señaló que la jurisprudencia del tribunal había aceptado la protección de dos categorías de derechos a través de la cláusula del debido proceso: los de las primeras ocho enmiendas y los que no están mencionados en la Constitución, pero que “se encuentran profundamente enraizados en [...] la historia y tradición” de los Estados Unidos y son “esenciales para el [...] ‘esquema de la libertad ordenada’”. Su identificación, advirtió la Corte, requiere de un “cuidadoso análisis histórico”⁽⁴⁵⁾.

Conviene decir que este estándar no es una creación *ad hoc* para el aborto (ni mucho menos “a medida” de la supuesta mayoría conservadora). Se trata de la aplicación de un test delineado por el propio tribunal norteamericano en casos anteriores a *Dobbs*. El mismo criterio, destacó Alito, se había utilizado reiteradamente en los precedentes de la Corte; también en casos en los cuales se debatía si la Enmienda XIV resguardaba “derechos expresamente establecidos en el *Bill of Rights*”⁽⁴⁶⁾. La indagación histórica, sostuvo la mayoría en *Dobbs*, es de mayor relevancia ante un “derecho putativo que no está mencionado en [...] la Constitución”⁽⁴⁷⁾. Así, se trajo a colación el test delineado en *Washington vs. Glucksberg* (1997), en el que se debatía la existencia de un “derecho al suicidio asistido”, y cuya resolución incluyó un recorrido histórico profundo⁽⁴⁸⁾.

Alito insistió en lo “esencial” del examen histórico⁽⁴⁹⁾ a la hora de considerar el reconocimiento de “un nuevo componente de la ‘libertad’” de la Enmienda XIV: el concepto de libertad es tan amplio que, divorciado de la historia, podría fácilmente conducir a la arbitrariedad judicial. Reaparece aquí la visión (auto)restringida del rol del juez; el test histórico ayuda a evitar la confusión entre “lo que la Enmienda [XIV] protege” y las “visiones ardientes [acerca] de la libertad”⁽⁵⁰⁾ de los miembros circunstanciales del tribunal.

ii. El “derecho al aborto”: ¿se encuentra “profundamente enraizado en la historia y tradición de la nación” y “es un componente esencial de la [...] libertad ordenada”?

La Suprema Corte emprendió entonces un recorrido histórico detallado, que ocupa varias páginas de la decisión⁽⁵¹⁾. El cotejo la llevó a concluir que “el derecho al aborto no se encuentra profundamente enraizado en la historia o tradición” norteamericana. Puede observarse que el *racconto* histórico de *Dobbs* tiene, ante todo, una finalidad correctiva de las inexactitudes y defectos de *Roe*, que no habían sido reconsiderados en *Casey*⁽⁵²⁾. La equivocada valoración histórica fue, a su vez, uno de los fundamentos de la Corte para evidenciar el débil razonamiento de esos precedentes⁽⁵³⁾.

En *Roe*, Blackmun había efectuado un recorrido que incluía nociones sobre la antigüedad, debates sobre el juramento hipocrático en Grecia, el *common law*, la ley en

Inglaterra, y solo en última instancia el derecho norteamericano. Además, había incorporado las opiniones de diversos cuerpos profesionales: la American Medical Association, la American Public Health Association y la American Bar Association⁽⁵⁴⁾. En cambio, el estudio histórico de *Dobbs* se limitó a los antecedentes directos: la Corte se circunscribió al *common law* y al derecho norteamericano⁽⁵⁵⁾; dentro de este último se refirió a la etapa colonial y al periodo posterior a la independencia, con énfasis en el derecho vigente en el siglo XIX (en especial, después de la adopción de la Enmienda XIV).

Las indagaciones de *Dobbs* están justificadas con abundantes referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinarias: se tomaron en cuenta las opiniones de los juristas más relevantes en cada uno de los periodos estudiados. El análisis se completó con los apéndices anexados al voto mayoritario, que dan cuenta del exhaustivo estudio de antecedentes llevado adelante. Por cierto, era esperable que esto fuera así: en la audiencia oral la “cuestión histórica” había tenido varios momentos de estelaridad⁽⁵⁶⁾.

En la sentencia, la Corte constató que hasta la “última parte del siglo XX”, no había ni un solo instrumento legal que contemplara un “derecho al aborto”: “Ninguna provisión constitucional estatal había reconocido ese derecho”; la ausencia de reconocimiento se reiteraba, “[h]asta unos años antes de [...] *Roe* [...]”, en la jurisprudencia de los tribunales federales y estatales. Tampoco lo habían considerado los juristas en sus tratados; en verdad, fue recién en 1968 que apareció un artículo en una revista jurídica que abogaba por un “derecho al aborto”⁽⁵⁷⁾.

El aborto se consideraba un crimen en el *common law* (“por lo menos en algunos estadios del embarazo y era considerado como ilegal y podía tener serias consecuencias en todas las etapas”⁽⁵⁸⁾); esa tradición continuó en el derecho norteamericano; incluso, hacia el siglo xix, se aprobaron nuevas “restricciones” a la práctica. Cuando en 1868 se adoptó la Enmienda XIV, tres cuartos de los Estados trataban el aborto como un crimen durante todo el embarazo⁽⁵⁹⁾; la situación se replicaba en los 13 territorios que se convirtieron en Estados. El “consenso abrumador”⁽⁶⁰⁾ persistió hasta 1973, cuando la Suprema Corte emitió su decisión en *Roe*.

iii. “El derecho al aborto”: ¿forma “parte de un derecho enraizado más amplio que se apoya en otros precedentes”?

Finalmente, la Corte analizó si, como solían decir los partidarios de *Roe* y de *Casey*, hay un “derecho al aborto” que forma parte de “un derecho enraizado más amplio [*broader entrenched right*] que se apoya en otros precedentes”⁽⁶¹⁾. La respuesta en *Dobbs* es, según nuestro juicio, la elaboración más arriesgada de la Corte y contribuye a restablecer el centro alrededor del cual girará el debate. Aquí se definió la cuestión de la permisión del aborto frente a la “libertad ordenada” y la diferencia que existe con otros supuestos considerados en los precedentes del tribunal.

En *Dobbs* se explicó que, con *Casey*, la Corte colocó el “derecho al aborto” a caballo de la “libertad” de la Enmienda XIV; se sostuvo que “[e]n el corazón de la libertad está el derecho de definir nuestros propios con-

(44) En el idioma original: “Amendment XIV (1868): [...] “nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. La traducción del cuerpo del texto es de la Constitución en español del National Constitution Center. Disponible en: <https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/the-constitution-of-the-united-states-html-en-espanol> (fecha de consulta: 29/6/2022).

(45) *Dobbs*, p. 12.

(46) Con referencia a los casos *Timbs vs. Indiana*, 586 de Estados Unidos ___ (2019) (slip. op.) (sobre sanciones económicas desproporcionadas [*excessive fines*]) y *McDonald vs. Chicago*, 561 US 742 (2010) (relativo al derecho de tener y portar armas [*keep and bear arms*]), en los cuales se discutía sobre derechos contemplados en las Enmiendas VIII y II, respectivamente.

(47) *Dobbs*, p. 13.

(48) 521 U. S. 702, 711-719 (1997).

(49) El examen de la historia es un recurso típico del tribunal. Por ejemplo, contemporáneamente al dictado de *Dobbs*, la Suprema Corte recurrió a las consideraciones históricas en un caso relativo a la *Establishment Clause* de la Enmienda I: *Kennedy vs. Bremerton School District*, 597 U. S. ___ (2022) (slip. op.), pp. 23 y ss. En este sentido, Neu rastrea el origen del estándar y concluye que era utilizado tanto por magistrados liberales como por conservadores. Cfr. Neu, J., “The Short History and Checkered Tradition of ‘History and Tradition’”, *Ius & Iustitium*, 8/7/2022. Disponible en: <https://iustitium.com/the-short-history-and-checkered-tradition-of-history-and-tradition/> (fecha de consulta: 22/7/2022).

(50) *Dobbs*, pp. 13-14.

(51) *Dobbs*, pp. 15-30.

(52) *Dobbs*, p. 16.

(53) *Dobbs*, p. 45.

(54) *Roe*, 410 U. S. 113, 129-151 (1973). Blackmun había sido abogado de la Mayo Clinic, antes de desembarcar en la función judicial; está claro que su pasado profesional influyó en los argumentos escogidos. Sobre esto, véase: George, R. P., “Harry Blackmun: Improbable Liberal Icon”, en George R. P., *Conscience and Its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*, Wilmington, Intercollegiate Studies Institute, 2016, pp. 239-243.

(55) En el inicio, la Corte había anticipado que en *Roe* se tomaron en cuenta aspectos “constitucionalmente irrelevantes” o “claramente incorrectos”, *Dobbs*, p. 2.

(56) Por ejemplo, Rilkeman (Centre for Reproductive Rights - Jacksons Women’s Health Organization) quedó en falta ante el juez Alito cuando se le preguntó qué precedente existía antes de que *Roe* reconociera un derecho al aborto; ella evadió la pregunta, con una respuesta abstracta sobre la libertad de la mujer (véanse pp. 74-76 de la transcripción de la audiencia oral). En sentido similar: McLaughlin, D., “The Best Exchanges from the Supreme Court’s Abortion Argument”, *National Review*, 2/12/2012. Disponible en: <https://www.nationalreview.com/2021/12/the-best-exchanges-from-the-supreme-courts-abortion-argument/> (consultado el 22/7/2022).

(57) *Dobbs*, p. 15. Se refiere al trabajo de Lucas, R., “Federal Constitutional Limitations...”.

(58) *Dobbs*, p. 16. La distinción entre el aborto antes y después del primer movimiento del feto [*pre and post quickening abortion*] y su tratamiento legal ocupó varias páginas del voto, aunque luego se aclaró que tal distinción “fue abandonada” en el s. XIX. *Dobbs*, pp. 18-23.

(59) *Dobbs*, p. 16.

(60) *Dobbs*, p. 24.

(61) *Dobbs*, p. 30.

ceptos de la existencia, del significado, del universo, y del misterio de la vida humana⁽⁶²⁾. Ahora bien, los seres humanos, advirtió el tribunal, son “ciertamente libres de pensar y decir lo que quieran sobre la ‘existencia’, ‘significado’, el ‘universo’, y ‘el misterio de la vida humana’”, pero “no siempre son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos⁽⁶³⁾. Semejante “licencia” no puede ser entendida como “libertad ordenada⁽⁶⁴⁾. Es que “[l]a libertad ordenada establece límites y define la frontera [boundary] entre intereses enfrentados [competing interest]”. Roe y Casey traían un “balance entre los derechos de la mujer que quiere un aborto y los intereses de lo que denominaron ‘vida potencial’”. Pero no es el único balanceo posible. La “libertad ordenada” –tal como se la ha comprendido hasta ahora– “no impide que los representantes electos del pueblo digan cómo el aborto debe ser regulado⁽⁶⁵⁾”.

Hasta *Dobbs*, el discurso habitual –al cual la disidencia se aferró⁽⁶⁶⁾– asentaba el “derecho al aborto” dentro de una línea jurisprudencial referida a cuestiones variopintas (en general, vinculadas con la “autonomía” o las decisiones personales)⁽⁶⁷⁾. Con un distingo intelectualmente honesto, *Dobbs* desbarató el argumento según el cual *Casey* (y antes *Roe*) se alineaba con tales precedentes. Se admite, por tanto, una verdad (tantas veces silenciada): la “cuestión moral crítica” del aborto no tiene idéntico correlato en las sentencias mencionadas en *Roe* y *Casey*. La Corte dijo que, si bien ninguno de esos precedentes refiere a un derecho “profundamente enraizado” en la historia de la nación, tampoco conllevan “la destrucción de una ‘vida potencial [potential life]’”. En definitiva, esa es la causa (y no otra) por la cual, tal batería de precedentes son “inapropiados” para fundar una decisión sobre el aborto⁽⁶⁸⁾.

De esta manera, se retomó la cuestión acerca del rol del juez en un tema con tan hondas implicancias: el aborto “no es algo nuevo” y todas las partes proponen “argumentos importantes”. Sin embargo, no se ha demostrado que le corresponda a la Corte “sopesar” dichos argumentos ni “decidir cómo el aborto puede ser regulado por los Estados⁽⁶⁹⁾”.

c. *Dobbs* y el *stare decisis*

Un tercio del voto de la mayoría está dedicado a justificar la derogación de *Roe* y de *Casey*. Para comprender por qué esto es así, es preciso recordar que el sistema jurídico de los Estados Unidos se enmarca en la tradición jurídica del *common law*, en la cual rige el principio o doctrina del *stare decisis*. Este principio brega por “mantener el orden establecido, no alterar lo ya resuelto”. En otras palabras, en el *common law*, el precedente de un tribunal de cierre es vinculante para los tribunales inferiores (obligatoriedad vertical) y, en la mayoría de los casos, también lo es para el propio tribunal que lo dicta (obligatoriedad horizontal)⁽⁷⁰⁾. En lo que nos atañe, ello significa que, al momento de resolver *Dobbs*, la Suprema Corte se encontraba de algún modo ligada a *Roe* y a *Casey*.

Pero en la mayoría de los casos no es siempre: la obligatoriedad horizontal del precedente de la Suprema Corte no es absoluta, ni en los Estados Unidos ni en ningún otro sistema jurídico actual que pertenezca a la tradición del

common law⁽⁷¹⁾. Todos prevén una válvula de escape en virtud de la cual el precedente puede ser, de un modo u otro, abandonado o derogado, a través de la técnica que en aquella tradición se denomina “*overruling*”. En su famosa disidencia en el caso *Burnet vs. Coronado Oil*⁽⁷²⁾ –allá por 1932–, el juez Brandeis explicaba que la regla del *stare decisis* no es inflexible y que seguirla o apartarse de ella es una cuestión enteramente sujeta a la discreción del tribunal. Aún más, como puso de relieve Brandeis en aquella oportunidad (y el tribunal repitió en múltiples precedentes⁽⁷³⁾), en los Estados Unidos, el precedente constitucional es incluso más “flexible⁽⁷⁴⁾” que el resto de los precedentes emitidos por la Suprema Corte, tales como los *statutory precedents* (precedentes interpretativos de un *statute*) o los *common law precedents* (aquellos que abarcan áreas del derecho que no están reguladas normativamente). Eso es así en el entendimiento de que, si el tribunal se equivoca al interpretar una norma infraconstitucional, el Poder Legislativo puede enmendar ese error. En cambio, si el tribunal falla al interpretar la Constitución, ese error solo podría enmendarse a través de una reforma constitucional. Y como tal reforma implica un proceso complejo y excepcional, es necesario que la Suprema Corte tenga alguna vía disponible para enmendar un error de tal magnitud. En otras palabras, es necesario que la Corte pueda abandonar un precedente inconstitucional. Por eso Brandeis reconocía que, en los casos que involucran la Constitución, la Suprema Corte había derogado numerosos precedentes⁽⁷⁵⁾.

Tan es así que, como venía marcando el juez Kavanaugh desde el caso *Ramos vs. Louisiana*⁽⁷⁶⁾ y reiteró en *Dobbs*, todos los miembros que integran actualmente la Suprema Corte han votado en favor de derogar un precedente. Y, desde 1921, absolutamente todos los jueces que pasaron por el tribunal se han pronunciado, en algún caso, por la derogación de un precedente⁽⁷⁷⁾. En la misma línea, el voto de la mayoría en *Dobbs* se preocupó por evidenciar que muchas de las decisiones constitucionales más importantes de los Estados Unidos implicaron la derogación de un precedente y que no ha existido juez de la Corte que sostuviera que el tribunal *nunca* puede derogar un precedente constitucional. El caso más resonante, sin duda, es el de *Brown vs. Board of Education* (que derogó *Plessy vs. Ferguson*, en el que se había convalidado la segregación racial). Pero en *Dobbs* la Corte citó, en nota al pie, más de treinta precedentes en el mismo sentido⁽⁷⁸⁾.

i. Test fuerte vs. test débil

Si nadie discute que, en determinados casos, la Suprema Corte puede abandonar su precedente, el dilema reside en determinar cuándo y por qué. Se han identificado, en la jurisprudencia de la Corte norteamericana, dos tests de *stare decisis* para resolver ese dilema: el “test fuerte” y el “test débil⁽⁷⁹⁾”.

El “test fuerte” de *stare decisis* supone que es necesaria una justificación especial [*special justification*] para el abandono de un precedente, más allá de su categorización como erróneo o mal resuelto⁽⁸⁰⁾. Esto se asienta sobre la

(62) 505 U. S., p. 851.

(63) *Dobbs*, p. 30 (la itálica es del original).

(64) *Dobbs*, p. 30.

(65) *Dobbs*, p. 31.

(66) Alio le reprochó a la disidencia “la ausencia de una discusión seria sobre la legitimidad del interés de los Estados de proteger la vida fetal”. *Dobbs*, pp. 37 y 38.

(67) Para justificar el “derecho al aborto” se recurrió a una serie de casos sobre cuestiones bien diversas: *Loving vs. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967); *Turner vs. Saffley*, 482 U. S. 78 (1987); *Griswold vs. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965); *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U. S. 438 (1972); *Carey vs. Population Services Int’l*, 431 U. S. 678 (1977); *Moore vs. East Cleveland*, 431 U. S. 494 (1977); *Pierce vs. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925); *Meyer vs. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923); *Skinner vs. Oklahoma ex rel. William son*, 316 U. S. 535 (1942); *Winston vs. Lee*, 470 U. S. 753 (1985); *Washington vs. Harper*, 494 U. S. 210 (1990); *Rochin vs. California*, 342 U. S. 165 (1952). También se pretendía asentar a *Casey* precedentes posteriores, como *Lawrence vs. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) y *Obergefell vs. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015). *Dobbs*, pp. 31-32.

(68) Llamativamente, en *Roe* se había reconocido que, por existir un “embrión o feto”, la situación que supone el aborto “es inherentemente diferente de la intimidad marital, o de la posesión de material obsceno en la habitación, o del matrimonio, o procreación, o educación”. 410 U. S. 113, 159 (1973), que son algunas de las cuestiones consideradas en los precedentes utilizados para sostener un “derecho constitucional al aborto”.

(69) *Dobbs*, pp. 34-35.

(70) Sobre esto, ampliase en Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.), “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 2006, pp. 109-124.

(71) Esto es así al menos desde 1966, cuando la House of Lords abandonó la obligatoriedad absoluta que la ataba a sus propios precedentes, a través del *Practice Statement* [1966] 3 All E.R. 77 (H.L.) (U.K.).

(72) *Burnet vs. Coronado Oil and Gas Co.*, 285 U. S. 393, 406, 407 (1932). Disidencia de Brandeis, J.

(73) Por ejemplo, *Mitchell vs. W. T. Grant Co.*, 416 U. S. 600 (1974); *Harmelin vs. Michigan*, 501 U.S. 957, 965 (1991); *Payne vs. Tennessee*, 501 U. S. 808, 827-30 (1991); *Seminole Tribe of Fla. vs. Florida*, 517 U. S. 44, 63 (1996); *Agostini vs. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997), Justice O’ Connor. Esta idea se reafirmó en un caso reciente: *Janus vs. AFSCME*, 585 U. S. ____ (2018) (slip. op.), y en *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. ____, 4-5 (2020) (slip. op.), voto concurrente del juez Kavanaugh. La Corte, ahora, la recupera en *Dobbs*, p. 40.

(74) “En su versión más débil [at its weakest]”, dijo la Corte en *Agostini vs. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997).

(75) *Burnet*, p. 407.

(76) 590 U. S. ____ (2020) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de Kavanaugh.

(77) *Dobbs*, p. 6, voto concurrente de Kavanaugh.

(78) *Dobbs*, p. 39 y ss., esp. nota al pie núm. 48. Con el mismo razonamiento, autorizadas voces habían advertido que la doctrina del precedente no impedía la derogación de *Roe* y *Casey*. Cfr. George, R. P., y Kaczor, C., “Precedents Are No Obstacle to Overturning *Roe* v. *Wade*”, *Newsweek*, 1/4/2022. Disponible en: <https://www.newsweek.com/precedents-are-no-obstacle-overturning-roe-v-wade-opinion-1665023> (fecha de consulta: 17/8/2022).

(79) Starger, C., “The Dialectic of *Stare Decisis* Doctrine”, en Peters, C. J. (ed.), *Precedent on the U. S. Supreme Court*, Baltimore, Springer, 2014, *passim*.

(80) Por ejemplo, en *Allen vs. Cooper*, 589 U. S. ____, p. 9 (2020) (slip. op.), *Dickerson vs. United States*, 530 U. S. 428, 443 (2000); *Ha-*

idea de que el *stare decisis* tiene sentido justamente en los casos en los que el juez considera que el precedente es erróneo o no lo comparte⁽⁸¹⁾. Nadie necesita estar sujeto a un precedente con el que está de acuerdo: la obligatoriedad entra en juego, precisamente, cuando no se coincide con él⁽⁸²⁾.

El “test débil”, en cambio, le reconoce cierto peso argumentativo al hecho de que el precedente sea erróneo o haya sido mal razonado, aunque esto no necesariamente implica que sea la única razón que considerar.

Tradicionalmente, la Suprema Corte parece haber utilizado el test débil⁽⁸³⁾: la retórica de la “justificación especial” –sobre la que se erigió el test fuerte– tiene origen en un voto de la juez O’ Connor de mediados de los años 80⁽⁸⁴⁾. En *Casey*, ambos test se enfrentaron y, como sabemos, prevaleció el fuerte, consagrado en el voto plural de O’ Connor, Souter y Kennedy⁽⁸⁵⁾. En virtud de ello, *Roe* se mantuvo. Así y todo, en el último tiempo, el test débil asumió diversas variantes en ciertos votos de los jueces Thomas y Kavanaugh, algunas de las cuales dejaron su huella en *Dobbs*⁽⁸⁶⁾.

Thomas venía fijando su postura de que el precedente demostrablemente erróneo –es decir, aquel que excede la interpretación razonable⁽⁸⁷⁾– no solo puede, sino que *debe* ser derogado por la Corte⁽⁸⁸⁾. Por su parte, Kavanaugh identificó y sistematizó, a partir de la jurisprudencia de la Suprema Corte⁽⁸⁹⁾, una serie de factores relevantes para decidir si mantener o no un precedente (la calidad de su razonamiento, la consistencia con decisiones anteriores o posteriores, cambios en los hechos y en el derecho, la viabilidad, la confianza depositada en el precedente y su antigüedad). Asimismo, delineó un test de tres pasos para evaluar tales factores, que, entre otras cuestiones, contempla si el precedente es “terriblemente erróneo [*egregiously wrong*]”⁽⁹⁰⁾. Este concepto de precedente “terriblemente erróneo” fue recogido por el voto mayoritario en *Dobbs*. Y si bien no se replicó el esquema de tres pasos propuesto por Kavanaugh, sí fueron tenidos en cuenta aquellos factores que él había identificado. En su voto concurrente, Kavanaugh aplicó el test que él mismo había diseñado, para concluir que tanto *Roe* como *Casey* debían derogarse⁽⁹¹⁾.

El abordaje sobre *stare decisis* que desplegó la Suprema Corte en *Dobbs* respondió, de alguna manera, tanto

al test débil como al test fuerte de *stare decisis*. Porque, por un lado, y como se verá, tomó en consideración el carácter terriblemente erróneo de la decisión. Pero, además, brindó otras razones que configuran esa justificación especial exigida por el test fuerte.

ii. Los cinco factores

Como se mencionó, la Suprema Corte dedicó buena parte de su esfuerzo argumentativo a demostrar por qué los precedentes *Roe* y *Casey* debían ser abandonados. Para ello, identificó cinco factores que exigían su derogación, que serán analizados seguidamente.

1. La naturaleza del error

La referencia a la “naturaleza” del error descarta que cualquier precedente erróneo pueda dar lugar a un *overruling*. Ciertamente, la Corte indicó que el precedente para ser derogado debe provocar serios daños⁽⁹²⁾. *Roe* y *Casey* encuadraban en esa categoría de precedentes “terriblemente erróneos”, porque no se condecían con ninguna interpretación razonable de la Constitución de los Estados Unidos y porque, además, usurparon los poderes democráticos de las legislaturas estatales, que eran las competentes para zanjar la intrincada cuestión moral del aborto⁽⁹³⁾.

2. La calidad del razonamiento

Además de ser erróneo, la mayoría en *Dobbs* agregó que *Roe* se había fundado en un razonamiento débil. Seguidamente, dirigió fuertes críticas a *Roe* y mostró por qué *Casey* no pudo superar esas deficiencias. En este punto, la Corte retomó varios aspectos del razonamiento desarrollado en la primera parte de la sentencia, en cuanto a que *Roe* no era acorde a la Constitución ni a la historia ni a los precedentes. Algunos de los puntos esenciales de esa crítica –primordialmente apuntada hacia *Roe*– fueron:

- Se asentó en una narrativa histórica errónea y selectiva, que excluyó la consideración de elementos relevantes (en especial, cómo se regulaba el aborto al momento de la ratificación de la Enmienda XIV). Efectuó una interpretación equivocada del aborto en el *common law*, sobre la base de artículos académicos de un único doctrinario que, posteriormente, fueron seriamente desacreditados⁽⁹⁴⁾. Ello implicó, además, excluir voces autorizadas como Bracton, Coke, Hale y Blackstone.

- Se apoyó en precedentes inaplicables y distinguibles de un caso de aborto, puesto que no involucraban la eliminación de la “vida potencial”.

- Su esquema trimestral fue “inventado”⁽⁹⁵⁾ por la Corte, sin que las partes lo hubieran pedido o alegado. Este esquema, además, se asimilaba a la labor legislativa de ponderación o balance de intereses, que queda fuera de la competencia de los tribunales.

- El *holding* de la viabilidad –sobre el cual se asentó el esquema trimestral de *Roe*– reposó sobre un “silogismo” falaz. Admitía que los estados regulasen e incluso prohibieran el aborto luego de la viabilidad, “porque en ese momento el feto puede vivir fuera del vientre materno”. Pero tal afirmación solo brinda una definición de “viabilidad”, y no una razón válida por la cual ese momento se transforme en relevante para proteger los intereses del Estado en la vida del feto⁽⁹⁶⁾.

- Recibió una profusa crítica, incluso de parte de quienes se pronunciaron a favor del aborto⁽⁹⁷⁾. Entre otros constitucionalistas notables, aquí la Corte mencionó las punzantes reprobaciones de Ely⁽⁹⁸⁾ y de Tribe⁽⁹⁹⁾.

Por lo demás, la Corte señaló que *Casey* intentó, sin éxito, subsanar estos errores, al deshacerse de gran parte

Illburton Co. vs. Erica P. John Fund, Inc., 573 U. S. 258, 266 (2014); *Kimble vs. Marvel Entertainment, LLC.*, 135 S. Ct. 2401 (2015), p. 2409; *Kisor vs. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400, 2418, 2422 (2019).

(81) Este fue, precisamente, el test empleado en *Casey* por el sorpresivo voto de O’ Connor, Souter y Kennedy, con el objetivo de mantener *Roe*.

(82) Hellman, D., “The Importance of Appearing Principled”, *Arizona Law Review*, vol. 37, 1995, p. 1120, nota al pie núm. 75.

(83) Sin ir más lejos, Brandeis, en la disidencia citada más arriba, ya hablaba de enmendar errores mediante la derogación del precedente constitucional y citaba decenas de casos en ese sentido. *Burnet*, pp. 406-8.

(84) O’ Connor habría usado la expresión por primera vez en *Arizona vs. Rumsey*, 467 U. S. 203, 212 (1984). Cfr. Lee III, E. G., “Overruling Rhetoric: The Court’s New Approach to Stare Decisis in Constitutional Cases”, 33 U. TOL. L. REV. 581, 2001. Aunque el estándar habría cobrado verdadera relevancia a partir del caso *Payne* (1991).

(85) Las disidencias de los jueces Rehnquist y Scalia ponían de resalta que *Roe* había sido mal razonado. Starger, C., “The Dialectic of...”, pp. 19-45. Antes de *Casey* la dialéctica entre ambos test había tenido lugar en *Payne* (1991). Y después de *Casey*, se replicó en *Citizens United vs. Federal Election Comm’n*, 558 U. S. 310, 130 S.Ct. 876 (2010).

(86) En un análisis sobre el caso *Dobbs*, antes del dictado de la sentencia, Glendon y Snead recogieron algunos de los desarrollos relativos al error y al precedente de la Suprema Corte y los aplicaron a *Roe* y *Casey*. En varios aspectos, el estudio resulta premonitorio. Glendon M. A. y Snead O. C., “The Case for Overturning *Roe*”, *National Affairs*, Fall 2021. Disponible en: <https://nationalaffairs.com/publications/detail/the-case-for-overturning-roe> (fecha de consulta: 8/8/2022).

(87) *Gamble vs. US*, 587 U. S. ____ (2019) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de Thomas, *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. ____ (2020) (slip. op.), pp. 2 y 3, voto concurrente de Thomas. En esto sigue al académico Caleb Nelson (en “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents”, *Virginia Law Review*, vol. 87, núm. 1, 2001, pp. 7-8) a quien en ocasiones cita.

(88) *Gamble vs. US*, 587 U. S. ____ (2019) (slip. op.) p. 2, voto concurrente de Thomas, *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. ____ (2020), (slip. op.) pp. 2 y 3, voto concurrente de Thomas, *June Medical Services L. C. vs. Russo*, ____ U. S. ____ (2020) (slip. op.), p. 18, voto concurrente de Thomas.

(89) Por ejemplo, dos precedentes cercanos en el tiempo que habían llevado a cabo el test de *stare decisis* teniendo en cuenta varios de estos factores fueron *Janus*, 585 U. S. ____ (2018) (slip. op.), pp. 34-47 y *Franchise Tax Bd. of Cal. sv. Hyatt*, 587 U. S. ____ (2019) (slip. op.), pp. 16-18.

(90) Además de considerar los efectos reales que el precedente tuvo en la ciudadanía y la confianza que pudo haber generado. Véase *Ramos vs. Louisiana*, 590 U. S. ____ (2020) (slip. op.), pp. 7-10, voto concurrente de Kavanaugh.

(91) *Dobbs*, pp. 5-10, voto concurrente de Kavanaugh.

(92) *Dobbs*, p. 44.

(93) *Dobbs*, pp. 44-45.

(94) La Corte se refirió a dos artículos del activista a favor del aborto C. Means (“The Phoenix of Abortion Freedom: Is a Penumbra or Ninth-Amendment Right About to Arise from the Nineteenth-Century Legislative Ashes of a Fourteenth-Century Common-Law Liberty?” 17 *N. Y. L. Forum* 335, 337-339, 1971 y “The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality”, 14 *N. Y. L. Forum* 411, 1968). El voto de la mayoría enfatizó que estos artículos ni siquiera eran tomados en serio desde el movimiento proaborto. *Dobbs*, pp. 26-27.

(95) La sentencia señaló que ese esquema fue un “*brainchild*” de la propia Corte en *Casey*. *Dobbs*, p. 47.

(96) Esto ya había sido advertido en 1973 por Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf...”, p. 924. *Dobbs* lo retoma (p. 50). En la audiencia oral la arbitrariedad del criterio de la viabilidad también dio lugar a intercambios importantes entre los jueces y las partes (véase, por ejemplo, p. 50 y ss. y 64 y ss. de la transcripción).

(97) *Dobbs*, p. 54.

(98) Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf...”.

(99) Véase: Tribe, L. H., “Foreword: Toward Model of roles in the Due Process of Life and Law”, *Harvard Law Review* 87(1), 1973, pp. 1-3.

del contenido de *Roe*: revisó el derecho sobre el cual se asentaba el aborto, abandonó del esquema trimestral, se deshizo de la narrativa histórica errada e intentó matizar, en cierta medida, el desbalanceo absoluto que había consagrado *Roe* entre el derecho de la madre y el de la vida por nacer⁽¹⁰⁰⁾. Pero dicha empresa no tuvo éxito, justamente, porque *Casey* introdujo un nuevo estándar arbitrario, discrecional e inviable [*unworkable*]. Ello nos lleva al siguiente factor de *stare decisis* considerado por la Corte.

3. Viabilidad [*workability*]

Un precedente es viable o funcional [*workable*] cuando permite identificar un *holding* que puede ser aplicado consistentemente. Al considerar este factor, la Suprema Corte explicó que *Casey* no cumplía con este requisito. En efecto, en dicho precedente se erigieron estos estándares: a) antes de la viabilidad, una ley es inválida si coloca un “obstáculo sustancial” en el camino de la mujer que busca un aborto; b) las medidas estatales que aseguren que la decisión de la mujer sea informada son constitucionales, siempre que no impongan una “carga indebida” y c) las regulaciones de salud innecesarias, que tienen el efecto de presentar un obstáculo sustancial, constituyen una “carga indebida”⁽¹⁰¹⁾.

De allí surgieron dos expresiones –“carga indebida” y “obstáculo sustancial”– que dificultaron enormemente la aplicación de *Casey*. En este sentido, Alito señaló que la inviabilidad quedó demostrada por la ruptura de criterios en las cámaras federales de apelaciones respecto de su aplicación, así como por ciertos fallos de la propia Corte en los que la mayoría y la minoría no pudieron acordar si una regulación determinada constituía o no una carga indebida. Ni siquiera fue posible aplicar ese estándar con éxito en el propio *Casey*: algunos jueces consideraron que la espera de veinticuatro horas, desde que la mujer solicitase el aborto⁽¹⁰²⁾ hasta que accediese a la práctica, no era una carga indebida, mientras otros entendieron que sí. Asimismo, en *June Medical*⁽¹⁰³⁾ el tribunal quedó fracturado en torno al *holding* de *Casey*. En esa oportunidad, el voto de Roberts –que por el modo de fracturarse la mayoría del tribunal terminaría siendo el proveedor del *holding*⁽¹⁰⁴⁾–, implicó el abandono de la interpretación de *Casey*, que había sido consagrada en *Whole Woman’s Health* (2016)⁽¹⁰⁵⁾, como una ponderación entre costos y beneficios de cada medida estatal regulatoria del aborto.

Finalmente, la espinosa aplicación de los estándares creados en *Casey* se complejizaba porque no dependían de la característica intrínseca del feto, sino de factores ajenos, como la calidad de atención médica o la infraestructura clínica de cada estado, así como de las circunstancias particulares de la mujer (pues lo que para una puede constituir un obstáculo insalvable, puede no serlo para otras).

4. Efectos disruptivos en otras áreas del derecho

La Corte sostuvo que *Roe* y *Casey* provocaron “distorsiones” en varias áreas del derecho de los Estados Unidos. Esto quiere decir que todas las normas procesales que se aplican en otras materias son aplicadas *ad hoc* o deformadas cuando se trata de un caso de aborto⁽¹⁰⁶⁾.

Por ejemplo, en los precedentes relativos al aborto se admitió una legitimación muy amplia de las clínicas en representación de sus eventuales pacientes –mujeres embarazadas que quisieran abortar– que no tiene correlato en otros supuestos; en especial, si se tiene en cuenta que, al reclamar la inconstitucionalidad de leyes regulatorias del aborto, podría haber un conflicto de interés entre la clínica y el bienestar de la madre que la norma intenta proteger⁽¹⁰⁷⁾. Del mismo modo, se han declarado inconstitucionalidades de amplio alcance⁽¹⁰⁸⁾ de muchas leyes estatales reguladoras del aborto, cuando, en realidad, ese

tipo de inconstitucionalidades son excepcionales y están sujetas a un escrutinio muy severo.

5. Confianza en el precedente (*reliance*)

Este factor se relaciona con los intereses legítimos que el precedente pudo haber generado en la sociedad. Tradicionalmente, es un factor de *stare decisis* aplicado a casos contractuales o de propiedad, de modo que cuanto mayor sea la confianza depositada en el precedente, menores serán las razones para derogarlo. Apunta a que, si las personas han celebrado negocios jurídicos, inversiones o poseen títulos que fueron conferidos sobre la base de un precedente judicial, no se vean intempestivamente perjudicadas por un cambio de criterio.

En *Dobbs*, la Suprema Corte develó que *Casey* –al evaluar la posible derogación de *Roe*– había asumido una forma intangible y *ad hoc* de *reliance*, que no existía en la jurisprudencia del tribunal y que solo se utilizó para ese caso. En efecto, en *Casey*, el tribunal interpretó que, “por dos décadas, la gente había organizado sus relaciones íntimas y hecho elecciones que definieron su visión de sí mismos y de su lugar en la sociedad” porque confiaban en “la disponibilidad de la práctica del aborto en el caso de que la contracepción hubiera fallado”⁽¹⁰⁹⁾. Ello es absurdo, como explicitó la Corte en *Dobbs*, en primer lugar, porque ni el embarazo inesperado, ni el aborto son algo “planeado” que pueda incidir en el modo de ser ni de relacionarnos. En segundo lugar, aun si lo fuera, se trata de una “confianza” en el precedente que inmediatamente puede adaptarse frente a un cambio de criterio de la Corte: no es un negocio jurídico irrevocable ni una inversión irrecuperable. Será un modo de relacionarse que, en su caso, tendrá que adaptarse a las posibles restricciones que cada estado le imponga al aborto. En tercer lugar, con múltiples argumentos en uno y otro sentido de parte de los *amicus*, en *Dobbs* se evidenció que el impacto del aborto sobre la vida de la mujer, “depende de una cuestión empírica” difícil de valorar en abstracto: “el efecto del derecho al aborto en la sociedad y en particular en la vida de las mujeres”⁽¹¹⁰⁾. Y que no es labor de la Corte llevar adelante dicha valoración.

Es importante detenerse un poco más sobre este asunto. El eje discursivo de la disidencia gravitó, en gran medida, sobre la idea de que la mujer únicamente participa en la vida social y económica, en condiciones de igualdad, gracias al “derecho de abortar”. Parece que se esconde aquí una versión reduccionista y negativa de lo femenino, que merece una reconsideración de cara a la solución de los problemas que afrontan las mujeres actualmente. En este orden, la mayoría en *Dobbs* refutó las afirmaciones sobre la inferioridad de la mujer, por ejemplo, cuando señaló que “no carecen de poder electoral o político” y que pueden influir y participar en el debate legislativo sobre el aborto por distintos medios (de hecho, destaca que en las recientes elecciones hubo más mujeres que hombres registrados para votar)⁽¹¹¹⁾. En efecto, la mujer vota desde 1920 y aun así más de la mitad de los estados mantienen leyes restrictivas del aborto; incluso, en *Dobbs*, veintiséis estados le pidieron a la Corte que derogara *Roe* y *Casey*⁽¹¹²⁾. De allí que no tenga asidero la argumentación que intentó la disidencia para que la Enmienda XIV no se leyera tal como fue ratificada, con el pretexto de que en la época las mujeres no eran consideradas como iguales⁽¹¹³⁾. Cien años después de que la mujer comenzara a emitir su voto, muchos de los estados siguen restringiendo el aborto.

6. Otros factores

A. La respuesta a *Casey*: la persistencia de una sociedad dividida

La mayoría también analizó argumentos que habían sido fundantes en el inesperado voto de O’Connor, Souter y Kennedy (que acabó siendo el voto controlante de *Casey*). Allí, los tres jueces habían propuesto mantener *Roe*, pues temían que la derogación diera lugar a acusaciones de que la Corte actuaba presionada por el poder político o por la opinión pública⁽¹¹⁴⁾. A su vez, en *Casey* se sostuvo que se le ponía punto final a la discusión sobre el aborto, en un intento de blindar el precedente de futuras reconsideraciones⁽¹¹⁵⁾.

(100) En efecto, sostuvo que el estándar de la carga indebida debía ser adoptado “para proteger el derecho reconocido en *Roe* y al mismo tiempo atender el profundo interés del Estado en la vida potencial”. *Casey*, p. 878.

(101) *Casey*, p. 878.

(102) 579 U. S., p. 607.

(103) *June Medical*, 591 U. S. ____ (2020) (slip. op).

(104) Sobre esto, véase Legarre, S., “Mayoría fracturada y precedente horizontal”, *La Ley*, 2020-E. Cita digital: TR LALEY AR/DOC/1942/2020.

(105) 579 U. S. 582 (2016).

(106) *Dobbs*, pp. 62-63.

(107) Muchos de los casos sobre aborto, posteriores a *Roe*, fueron llevados a tribunales por clínicas abortistas. *Dobbs* no es la excepción.

(108) En la clásica distinción americana entre inconstitucionalidad “on its face” (para todos los escenarios de aplicación de la norma) y “as applied” (solo para el escenario concreto que implica la causa), la Corte ha preferido el primer tipo de inconstitucionalidad al evaluar normas regulatorias del aborto.

(109) *Casey*, p. 856.

(110) *Dobbs*, p. 65.

(111) *Dobbs*, pp. 65-66.

(112) *Dobbs*, pp. 4 y 36.

(113) *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 14.

(114) *Casey*, p. 865; *Dobbs*, p. 66.

(115) *Dobbs*, pp. 67-69.

En respuesta, el voto mayoritario de *Dobbs* dejó en claro, por un lado, que ni la decisión de mantener ni la de derogar un precedente debe verse influenciada por la política o la presión social: en ambos casos, el máximo tribunal debe hacer su trabajo, que consiste en evaluar la compatibilidad de las normas con la Constitución y aplicar los consolidados principios de *stare decisis*. El cumplimiento de esa labor, en *Dobbs*, llevó a la Corte a concluir que la regulación del aborto compete al pueblo y a sus representantes, porque la Constitución no confiere un “derecho al aborto”. Por otro lado, se puso de manifiesto que no existe precedente que no pueda ser revisitado ni cuestión que sea zanjada de una vez y para siempre por la Corte Suprema, por más de que ella misma así lo pretenda⁽¹¹⁶⁾. Esto echa por tierra la pretensión de algunos de considerar a *Roe* o a *Casey* “superprecedentes”, “*super-duper precedents*” o “*super-stare decisis*”⁽¹¹⁷⁾.

B. El diálogo con la disidencia: cambios en los hechos y en el derecho

Una de las diferencias sustanciales entre el *draft* que se filtró y la sentencia definitiva consiste en las respuestas que el voto mayoritario dedicó a las principales objeciones de la disidencia. Esta última, en lo que hace al *stare decisis*, le endilgó a la mayoría no haber acreditado uno de los factores que tradicionalmente habilitaron la derogación de precedentes erróneos: los cambios acaecidos en los hechos y en el derecho desde que el precedente hubiera sido dictado hasta que se considerase su abandono. Con acierto, la mayoría remarcó que ese factor solo puede ser relevante en precedentes que no fueran erróneos desde el día en el que se resolvieron. De lo contrario, no es necesario esperar ningún cambio, ni en los hechos, ni en el derecho: hay que derogarlos en la primera oportunidad⁽¹¹⁸⁾. Por si esto no bastase, el voto mayoritario resaltó que efectivamente se habían producido cambios desde 1973 a esta parte: por ejemplo, la aparición de las llamadas *safe haven laws* (que permiten a la madre dejar a su recién nacido en refugios seguros), las reformas en las leyes laborales, que impiden la discriminación o que garantizan licencias por embarazo y posnatales, así como asistencia para los costos del embarazo⁽¹¹⁹⁾.

Pero además la Suprema Corte en *Dobbs* hizo notar que *Casey* no alcanzó el objetivo que se fijó y con el cual había justificado el sostenimiento de *Roe*: no logró saldar la profunda controversia que tenía dividida a la sociedad. El voto mayoritario en *Dobbs* señaló que la Corte de *Casey* inventó este factor de *stare decisis* “a medida”, por cuanto nunca antes se había considerado la existencia de una controversia divisoria de la sociedad como argumento para mantener o derogar un precedente. La Corte de *Dobbs*, aquí, reafirmó con ahínco que la nueva sentencia aplicó los factores tradicionales de *stare decisis*, en lugar de crear un test de *stare decisis* para los casos de aborto (como habría hecho *Casey*)⁽¹²⁰⁾.

Con el diario de tres décadas después, el tribunal adició la persistencia de aquella división social, moral y política como una razón más para destruir los pilares endebles sobre los que *Casey* había reconstruido *Roe*. Esta consideración, que la Corte dejó para el final en la sección sobre *stare decisis*, sintetiza el razonamiento de *Dobbs*: los jueces deben correrse a un lado y dejar la decisión sobre el aborto a los órganos democráticos.

C. El factor ausente: la profunda injusticia de *Roe* y *Casey*

La argumentación de *Dobbs* está atravesada por el modelo del juez restringido, que resuelve dentro de los límites de la norma, la historia, la tradición y los precedentes. Un juez a quien no le corresponde el balanceo de intereses contrapuestos ni la imposición de sus preferencias morales por encima del debate democrático. Con ese criterio –y en el entendimiento de que la Constitución no

confiere un derecho al aborto–, la Corte devolvió a los órganos electivos del gobierno estatal la discusión.

A fin de cuentas, *Dobbs* no versó tanto sobre el aborto, sino sobre la competencia para su regulación. Coherente con ese razonamiento, el tribunal, al momento de evaluar *Roe* y *Casey*, eludió el principal motivo por el que tales precedentes debían ser derogados: la profunda injusticia que representa la eliminación de la vida del ser humano no nacido.

Ya Blackstone reconocía que la injusticia y la absurdidad eran límites al seguimiento del precedente⁽¹²¹⁾. Incluso en *Dobbs* algunos *amicus curiae*, como Finnis y George, mostraron la existencia de un derecho constitucional a la vida del no nacido en la propia Constitución⁽¹²²⁾. No obstante, cuando la mayoría señaló que los precedentes eran erróneos y que producían un profundo daño, la crítica se centró en la inconsistencia de *Roe* y de *Casey* con la Constitución y en el perjuicio democrático que significó que la Corte usurpara la decisión de los órganos electivos. Nada se dijo del *daño real* que dichas decisiones causaron: millones de niños por nacer a los que se privó de su vida (y otro tanto de mujeres que han sufrido las consecuencias del aborto). Solo Thomas apuntó la impresionante cifra de abortos que se realizaron desde 1973, bajo el amparo de *Roe* y *Casey*⁽¹²³⁾. Paradójicamente, fue la disidencia la que reclamó que hay cuestiones que no pueden quedar libradas a la deliberación: “creemos en una Constitución que deja fuera de la regla de la mayoría ciertos asuntos”⁽¹²⁴⁾.

Pero el tribunal no abrazó la línea argumental vinculada con el derecho a la vida de la persona por nacer⁽¹²⁵⁾. La omisión deja, por un lado, sabor a poco⁽¹²⁶⁾, y, por el otro, abre el interrogante acerca de qué sucedería en el futuro si la cuestión se planteara directamente ante la Corte.

Como sostuvimos al principio de este trabajo, la sentencia únicamente puede ser leída –y cabalmente comprendida– desde el prisma del sistema estadounidense. La base jurídico-política contractual y empirista (y un relativo desapego al derecho natural) parecen explicar el andar del tribunal⁽¹²⁷⁾. Es posible intuir que el camino escogido resulte más eficaz, en un mundo cada vez más ideologizado y dividido⁽¹²⁸⁾, en orden a bloquear el debate sobre el aborto de futuras intervenciones judiciales activistas y desmedidas. Al mismo tiempo, la solución de *Dobbs* coloca sobre la mesa del debate legislativo argumentos soslayados (o no suficientemente considerados). Con *Dobbs* reaparece en las discusiones la existencia de una “vida potencial”, que *Roe* y *Casey* apenas mencionaban. Esa “vida potencial” es, nada más y nada menos, que un ser humano en sus primeros estadios de existencia. Como señalan Anderson y DeSanctis: no es solo una “vida potencial”, sino que “es una vida, con potencial, y con un futuro potencial”⁽¹²⁹⁾.

A pesar de que la injusticia del aborto no ha quedado explicitada, desde una perspectiva eminentemente prác-

(121) “La derogación se justifica cuando y solo cuando un precedente es manifiestamente absurdo o injusto [Overruling is warranted when and only when a precedent is manifestly absurd or unjust]”, Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes Selected from the Editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field’s Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes, Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893, vol. 1 - Books I & II, p. 64.* Disponible en: http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf (fecha de consulta: 15/8/2022).

(122) Finnis, J. M. y George, R. P., *Amici Curiae, Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in Support of Petitioners, en Dobbs*, 29/7/2021. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185196/20210729093557582_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf (fecha de consulta: 16/8/2022).

(123) A lo que agrega que el daño causado por la jurisprudencia de la Corte sobre debido proceso en este punto “sigue siendo incommensurable”. *Dobbs*. Voto concurrente de Thomas, p. 7.

(124) *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 7.

(125) Aspecto que también le reprocha la minoría, véase la nota al pie núm. 7 en *Dobbs*. Disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 7.

(126) En este aspecto, el fallo no es “óptimo”, porque no contiene la declaración de “un constitucional derecho a la vida desde la concepción”. Sacristán, E., “Adiós, *Roe*”, *El Derecho*, Tomo 297, 18-08-2022. Cita digital: ED-MMMCCCLIX-664.

(127) Una explicación concisa sobre este punto puede verse en: Vítolo, A. M., “Entendiendo *Dobbs*”, en este suplemento especial: *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, *El Derecho* [en prensa].

(128) En tal sentido, son bien oportunas las reflexiones sobre los discursos imperantes de Basset, U., “Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo *Dobbs* para el jurista de hoy”, en este suplemento especial: *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, *El Derecho* [en prensa].

(129) Anderson, R. T. y DeSanctis, A., *Tearing Us Apart: How Abortion Harms Everything and Solves Nothing...*, p. 17.

(116) *Dobbs*, p. 68.

(117) Hacia el año 2000, comenzó a gestarse la teoría de esa categoría de precedentes, en la cual algunos, como el juez del cuarto circuito Michael Luttig, pretendían encuadrar a *Roe* y a *Casey*. La expresión “*super-duper precedent*” tomó estado público en el interrogante formulado por el senador Specter de Pennsylvania al por entonces juez del circuito de DC, Roberts, durante sus audiencias de confirmación como juez de la Corte Suprema. La pregunta fue, justamente, si consideraba que *Roe* era un “*super-duper precedent*”. Véase Rosen, J., “So, do You Believe in ‘Superprecedent’?”, *The New York Times*, 30/10/2005. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2005/10/30/weekinreview/so-do-you-believe-in-superprecedent.html> (fecha de consulta: 17/8/2022).

(118) *Dobbs*, pp. 69-70.

(119) *Dobbs*, p. 70, con remisión a las pp. 33-34.

(120) *Dobbs*, p. 71.

tica, la decisión de la Corte mejoró el *statu quo*, porque admite la vigencia y futura sanción de leyes restrictivas del aborto en varios estados⁽¹³⁰⁾. Dependerá de cada legislatura el avance en la protección de la mujer y de la vida prenatal⁽¹³¹⁾; ese objetivo, además, exige el fortalecimiento del aspecto cultural⁽¹³²⁾.

D. El estándar de razonabilidad

Junto con *Roe* y *Casey*, cayó también el estándar que, desde 1973, se había utilizado para la valoración de las leyes sobre aborto. Es que, descartada la existencia de un “derecho” de rango constitucional, ya no podía recurrirse a un escrutinio tan elevado [*compelling state interest*]. Por eso, en *Dobbs*, se determinó que en adelante se aplicará el test de razonabilidad [*rational basis review*], que presupone la validez de la norma en cuestión⁽¹³³⁾.

Queda señalar que, al evaluar la ley de Mississippi, *Dobbs* esbozó un listado de razones, referidos tanto a la salud materna como al valor de la vida prenatal, que califican dentro de dicho estándar⁽¹³⁴⁾. Esa enumeración, que no parece ser taxativa, deja entrever que la Corte será deferente con las restricciones que los estados instauren por la vía democrática⁽¹³⁵⁾.

II. Los otros votos

La principal diferencia entre los votos de Kavanaugh, Thomas y el redactado por Alito reside en el estándar de evaluación del *stare decisis*, como oportunamente se explicitó.

En cuanto a Thomas, la consideración de *Dobbs* como precedente demostrablemente erróneo se ancló en su lectura procedimental de la cláusula del debido proceso, que niega cualquier intento de extraer derechos sustantivos de allí⁽¹³⁶⁾. Esto lo llevó a aclarar que, en futuros casos apropiados, todos los precedentes que conceden derechos sustantivos a partir de aquella cláusula deberían ser revisados por la Corte⁽¹³⁷⁾. Kavanaugh, por su parte, fue mucho más enfático acerca de la “neutralidad” de la Constitución en materia de aborto⁽¹³⁸⁾, y se animó a adelantar su opinión sobre ciertas controversias que el caso *Dobbs* podría abrir, como el traslado interestatal de mujeres en busca de un aborto⁽¹³⁹⁾. Al respecto, sostuvo que esas prácticas serían acordes con la Constitución.

El *Chief Justice* Roberts propuso, en su voto, un “curso más medido”⁽¹⁴⁰⁾: desde una concepción minimalista en cuanto al decisorio, pero completamente activista y transformadora en términos de *stare decisis*, sostuvo que el caso no requería pronunciarse sobre la derogación de *Roe* y *Casey*. Para fundar esa postura, ofreció una relectura de *Roe* (y de *Casey*), a partir de la cual pretendió deshacerse del estándar de viabilidad y reemplazarlo por otro según el cual “la mujer tiene derecho a tener una oportunidad razonable de acceder al aborto”⁽¹⁴¹⁾. Bajo este criterio, la ley de Mississippi sería constitucional, por cuanto hasta las quince semanas de embarazo la mujer tendría a disposición esa “oportunidad razonable”. La respuesta de la mayoría al voto de Roberts puede resumirse en una frase, que, con perspicacia, los jueces tomaron prestada del propio Roberts en *Citizens United*⁽¹⁴²⁾:

(130) Sobre las leyes que van restringiendo el aborto, véase: Guttmacher Institute, “Abortion Policy in the Absence of Roe”, 1/8/2022. Disponible en: <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/abortion-policy-absence-roe> (fecha de consulta: 16/8/2022).

(131) Se había dicho ya que, aun derogado *Roe*, era necesaria la intervención legislativa del Congreso Federal en resguardo del niño no nacido. George R. P. y Craddock, J., “Even if Roe is overturned, Congress must act to protect the unborn”, *The Washington Post*, 2/6/2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/06/02/roe-abortion-congress-fourteenth-amendment/> (fecha de consulta: 18/8/2022).

(132) Snead, O. C. y Glendon, M. A., “The Pro-life Movement Can’t Stop at the Unborn”, *The Washington Post*, 29/6/2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/06/29/dobbs-pro-life-women-children/> (fecha de consulta: 10/8/2022).

(133) *Dobbs*, p. 77.

(134) *Dobbs*, p. 78.

(135) Sacristán anota que en *Dobbs* se enumeraron “[...] las herramientas que [la Corte] empleará para controlar la constitucionalidad de las leyes estatales sobre aborto: (i) base racional (menos exigente que el control intermedio, o que el control estricto); (ii) persecución de fines estatales legítimos (concepto más amplio que la legalidad); (iii) fuerte presunción de validez de las leyes sobre salud y bienestar”. Sacristán, E., “Adiós...”.

(136) *Dobbs*. Voto concurrente de Thomas, p. 2.

(137) *Ibidem*, p. 3.

(138) *Dobbs*. Voto concurrente de Kavanaugh, pp. 2-3.

(139) *Ibidem*, p. 10.

(140) *Dobbs*. Voto concurrente de Roberts, p. 1.

(141) *Ibidem*, p. 2.

(142) 558 U. S. 310, 384 (2010). Voto concurrente de Roberts.

“el *stare decisis* es una doctrina de preservación, no de transformación”⁽¹⁴³⁾.

5. Conclusiones

En *Dobbs*, la Suprema Corte de los Estados Unidos deshizo la infundada construcción jurisprudencial sobre el aborto, iniciada cincuenta años atrás. La nueva sentencia remedia, en parte, la tendencia activista de *Roe* y *Casey*, que había creado un derecho sin fundamento en la Constitución, en la historia o en la tradición del país.

La anatomía de *Dobbs* permite ver que, para desarticular esos precedentes, la Suprema Corte se ciñó a criterios clásicos del tribunal y dejó expuestas las inconsistencias que, durante casi medio siglo, múltiples juristas –a favor y en contra del aborto– pusieron de resalto en sus críticas a *Roe* y a los fallos que le siguieron. La sentencia ofreció, además, una estricta aplicación de los principios del *stare decisis*: se recogieron los factores de derogación del precedente diseñados por la propia jurisprudencia del tribunal a lo largo de múltiples casos. Y cada uno de dichos factores fue extensamente justificado en favor de la derogación. En definitiva, se trató del abandono de un precedente mucho más explícito y fundado que aquel que –sin decirlo– *Casey* hizo con *Roe*, a través de criterios *ad hoc* de selección que permitieron tomar arbitrariamente lo que servía del precedente y abandonar lo demás.

El aborto acarrea un dilema moral grave, como bien se reconoció en la sentencia. Pero (otra vez) la Suprema Corte de los Estados Unidos evitó pronunciarse sobre el núcleo central de la cuestión: la protección de la vida del no nacido y la profunda injusticia de su eliminación. Con todo, *Dobbs* logró un rebalanceo en las premisas del debate, recuperó otras miradas y se hizo eco de los cambios sociales y legales de las últimas décadas.

El fallo redefinió los cimientos y los límites de la controversia: si bien reconoció que los intereses de la mujer son relevantes, la presencia de una “vida potencial” no puede obviarse. Reintrodujo así el peso de esa “vida potencial”, inevitablemente involucrada en el aborto, que, tanto en *Roe* y en *Casey* como en el voto disidente de *Dobbs*, tenía un rol únicamente retórico⁽¹⁴⁴⁾. El voto mayoritario señaló, además, que la “línea de la viabilidad [de aquellos precedentes] no tiene sentido” y que, según el criterio de la disidencia, debe estimarse al no nacido “carente incluso del más básico derecho humano –a vivir– al menos hasta un punto arbitrario” del embarazo⁽¹⁴⁵⁾. Finalmente, la Corte ofreció algunas líneas interesantes que deberán explorarse en los próximos debates legislativos: mencionó los avances científicos que permiten conocer, como nunca antes, lo que ocurre en el vientre materno durante los nueve meses de la gestación⁽¹⁴⁶⁾ y la evolución relativa a la condición social de la mujer en general y durante el embarazo⁽¹⁴⁷⁾.

Claro que *Dobbs* es solo el principio⁽¹⁴⁸⁾. El debate sobre el aborto solamente se encauzará si se sustenta en la verdad ontológica, antropológica y ética capaz de desarmar los embates del relativismo. Quintana, en sus reflexiones sobre el derecho a la vida, nos interpela con una pregunta sugestiva: “¿una cultura que renuncia a lo *Absoluto* está en condiciones de respetar *absolutamente* el derecho a una vida que, en cuanto terrenal, es empíricamente infinita?”⁽¹⁴⁹⁾. El interrogante, con *Dobbs*, permanece abierto.

VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - MINISTERIOS - ABORTO - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL

(143) *Dobbs*, p. 73.

(144) *Dobbs*, pp. 37-38.

(145) *Dobbs*, p. 38.

(146) *Dobbs*, pp. 33-35.

(147) *Dobbs*, pp. 33-35 y 65.

(148) Snead, O. C. y Glendon, M. A., “The pro-life movement...”.

(149) Quintana, E. M., *Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo*, Buenos Aires, EDUCA, 2013, p. 64 (el destacado pertenece al original).