



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA
DOBBS, DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL
AMERICANO, SOBRE EL ABORTO**

Presentado por:

Alicia Antón Rodríguez

Tutelado por:

Fernando Rey Martínez

Valladolid, 5 de julio de 2023

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis jurídico sobre las piezas clave que han llevado a la Corte Suprema de los EE.UU. a anular el derecho al aborto en el año 2022. Para ello, se analizará la historia constitucional y jurisprudencial de la Corte Suprema y se compararán los distintos argumentos esgrimidos por la misma en sus decisiones de *Roe v. Wade* (1973), *Planned Parenthood v. Casey* (1992) y *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022). Estos argumentos requieren, en primer lugar, el análisis de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, especialmente el derecho a la privacidad y los que se derivan de él. En segundo lugar, de la doctrina del precedente o *stare decisis* para concluir cuál de las interpretaciones es más correcta a la luz de la jurisprudencia, si la de 1992 o la de 2022. Y, en tercer lugar, de los argumentos añadidos por la Corte de 2022 en relación con el bien jurídico de la “vida potencial” y los derechos de la mujer.

ABSTRACT

The present essay aims to make a legal analysis about the key pieces that lead the U.S. Supreme Court to overrule the right to abortion in the year 2022. To do so, an analysis on the constitutional and case law history of the Supreme Court and a comparison between the arguments of *Roe v. Wade* (1973), *Planned Parenthood v. Casey* (1992) and *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) will be made. These arguments require, first, a case law analysis on fundamental rights, focusing on the right to privacy and those encompassed by it. Second, a doctrinal analysis on *stare decisis* to conclude which of the competing views is more accurate, the one from 1992 or the one from 2022. Third, an analysis on the arguments added by the 2022 Court regarding the “potential life” and women's rights.

KEY WORDS

Estados Unidos, Aborto, Stare Decisis, Debido Proceso Sustantivo, Derecho Fundamental.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO AL ABORTO	8
<i>ROE V. WADE</i> (1973)	8
<i>PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY</i> (1992)	9
<i>DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION</i> (2022)	10
EL ABORTO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL	12
DERECHOS FUNDAMENTALES: SIGNIFICADO E IMPLICACIONES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS EE.UU.	17
VÍAS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	21
<i>La Novena Enmienda</i>	22
<i>La Decimocuarta Enmienda</i>	23
EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO "PURO"	26
LA DOCTRINA DEL STARE DECISIS Y EL DERECHO AL ABORTO	32
EVOLUCIÓN Y SIGNIFICADO HISTÓRICO	32
<i>Common Law Y Era Fundacional (Siglos XI A XIX)</i>	32
<i>Era Moderna (Siglos XX Y XXI)</i>	37
PARÁMETROS Y ESTÁNDARES DE REVISIÓN DEL PRECEDENTE	41
DEFERENCIA DEL STARE DECISIS A CUESTIONES CONSTITUCIONALES	43
<i>RELIANCE INTERESTS</i>	46
STARE DECISIS EN <i>ROE V. WADE</i> Y <i>PLANNED PARENTHOOD V. CASEY</i>	53
LAS PIEZAS CLAVE DE DOBBS	57
EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y EL DERECHO AL ABORTO	57
EL DERECHO AL ABORTO Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES	63

EL BIEN JURÍDICO DE LA “VIDA POTENCIAL” FRENTE A LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA.....	66
CONCLUSIONES.....	72
REFERENCIAS.....	74
BIBLIOGRAFÍA.....	76

Introducción

El 24 de junio de 2022 la Corte Suprema Federal de los EE.UU. dictó la sentencia más controvertida del siglo XXI y una de las más polémicas de su historia. Ese día, por una mayoría de 7-3, la mayor instancia judicial del país anuló sus precedentes *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992), al concluir que el derecho al aborto consagrado en ellos no era digno de protección constitucional.

En la decisión de 1973, la Corte, por una mayoría de 7-2, recordó que la Constitución, por medio de sus Enmiendas, otorgaba protección al derecho a la privacidad, y que, en él, se podía ver comprendido el derecho al aborto. Este derecho al aborto fue considerado un “derecho fundamental” y se le otorgó el mayor grado de protección posible, el escrutinio estricto. Sin embargo, la Corte advirtió que no se trataba de un derecho absoluto, sino que se podía ver limitado por un “interés estatal convincente”. Y para facilitar la regulación en materia de aborto a nivel de los Estados, estableció un rígido, pero claro, esquema trimestral.

Este esquema permitía la división de la regulación en materia de interrupción voluntaria del embarazo en tres trimestres. Durante el primero, la mujer era libre de abortar en base a su libre decisión y la de su médico. Durante el segundo, el Estado podía regular los procedimientos de modo que se intentase proteger de la mejor manera la vida y la salud de la mujer embarazada. Por último, durante el tercer trimestre, a partir del momento en que se podía presumir con suficiente precisión que el feto era “viable”, el Estado, en su interés legítimo de proteger la “vida potencial” podía limitar, e incluso, prohibir, el aborto.

En estos términos se vinculó a los Estados en su respeto hacia el recién consagrado derecho al aborto, hasta el año 1992. En este año, la Corte decidió *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* por una ajustada mayoría de 5-4. La Corte mantuvo y reafirmó la posición del derecho al aborto como uno protegido constitucionalmente, aunque se refirió a él como un “interés de la libertad”. Al margen de la terminología, este derecho seguía dotado de un amplio grado de protección, al crearse el estándar de la carga indebida, análogo al escrutinio estricto. Este estándar permitía ponderar los intereses del Estado y de

la mujer embarazada de modo que una regulación que supusiese una carga indebida o demasiado gravosa al ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, sería considerada inconstitucional. En esta decisión, la Corte también anuló el esquema trimestral por considerar que no se acomodaba a las demandas de cada uno de los intereses involucrados, pero mantuvo la línea de la viabilidad como punto de confluencia de los intereses de ambas partes.

Así, en líneas generales, en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América existió un derecho al aborto o a la interrupción voluntaria del embarazo a nivel federal y dotado de una gran protección durante casi cincuenta años. Durante su vigencia, estas decisiones de la Corte Suprema fueron fervientemente criticadas, aunque también pasionalmente defendidas. Y, si bien los distintos Estados fueron promulgando sus leyes al respecto, y si bien muchas fueron objeto de análisis de constitucionalidad, en general, siguieron de manera correcta las directrices de la Corte Suprema.

Sin embargo y especialmente a lo largo del siglo XXI, el respeto a este derecho se ha visto aminorado y sus términos se han visto erosionados, siendo en estas últimas décadas más común que los Estados dictasen leyes que testaban los límites impuestos a este tipo de regulaciones. En un contexto social y judicial distinto al que fraguó este derecho, la Corte de 2022 llegó a la conclusión de que se había extralimitado en sus sentencias de 1973 y 1992 y que la legitimidad para la regulación en materia de aborto correspondía única e íntegramente a los Estados por separado.

Esta decisión, al igual que sus predecesoras, ha sido muy polémica por las implicaciones sociales que conllevará, y que ya se sienten apenas en su primer aniversario. Ahora bien, cabe analizar el enfoque jurídico y jurisprudencial empleado a fin de entender los motivos de la Corte para tomar una decisión tan controversial, que conlleva la anulación de numerosas sentencias que han ido conformando la jurisprudencia americana en materia de derechos fundamentales desde hace cinco décadas. Pero, sobre todo, cabe responder si esta sentencia supone una correcta aplicación del derecho constitucional de los Estados Unidos de América.

Jurisprudencia Sobre El Derecho Al Aborto

Roe v. Wade (1973)

El 22 de enero de 1973, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América decidió el caso *Roe et. al. v. Wade, District Attorney Of Dallas County* (410 U.S. 113 (1973)), popularmente conocido como *Roe v. Wade*.

Esta demanda fue elaborada por dos jóvenes abogadas que, interesadas en retar la legalidad de las leyes que prohibían el aborto, encontraron en la joven Norma McCorvey (en adelante, Jane Roe¹) la demandante perfecta.

Jane Roe, una joven madre de 22 años, embarazada y soltera, puso en entredicho la legalidad de los preceptos 1191, 1192, 1193, 1194 y 1196 del Código Penal del Estado de Texas². Éstos castigaban a quienes procurasen o participasen en la realización de un aborto en cualquier momento del embarazo. Siendo las únicas excepciones: 1) que se produjese por indicación médica y con el propósito de salvar la vida de la mujer; 2) que, en cualquier caso, la mujer nunca sería considerada cómplice.

La demanda conjunta se presentó ante la Corte del Distrito Norte de Texas (*The United States District Court for the Northern District of Texas*) el 3 de marzo de 1970, alegando la violación de los derechos constitucionales contenidos en las Enmiendas Primera, Segunda, Cuarta, Quinta, Octava, Novena y Decimocuarta de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

¹ El pseudónimo "Jane Roe" se empleó para preservar la verdadera identidad de la demandante. Sin embargo, la popularidad y publicidad que recibió el caso hizo que ésta acabase siendo igualmente conocida.

² Artículo 1191. Aborto: "*Si alguna persona deliberadamente administra a una mujer embarazada [...] cualquier droga o medicina, con su consentimiento, o emplea sobre ella cualquier violencia que [...] provoque un aborto, será condenado a no menos de 2 y no más de 5 años; si se hiciese sin el consentimiento, el castigo será el doble [...].*"

Art. 1192. Suministro de medios. "*Quienquiera que suministre los medios para procurar un aborto, sabiendo el propósito pretendido, es culpable como cómplice.*"

Art. 1193. Tentativa. "*Si los medios empleados fallan en la procuración de un aborto, el criminal será igualmente culpable de tentativa [...] y será multado con no menos de 100 ni más de 1000 dólares.*"

Art. 1194. Asesinato en la procuración del aborto. "*Si la muerte de la madre se produce a causa de un aborto o de su tentativa, será un asesinato.*"

Art. 1196. Por indicación médica. "*Nada en este capítulo se aplicará al aborto procurado por el propósito de salvar la vida de la madre.*"

La Corte emitió el fallo el 17 de junio de ese mismo año⁴ y entendió que “el derecho fundamental de las mujeres solteras y de las personas solteras a decidir tener hijos está protegido” por la Novena y la Decimocuarta Enmiendas⁵. Y que las leyes de Texas atentaban contra ese derecho ya que el demandado no había conseguido probar que existiese un “interés estatal convincente”⁶ y porque estas leyes eran excesivamente amplias y ambiguas en sus términos, de modo que violaban la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Esta resolución fue apelada frente al Quinto Circuito de la Corte Suprema Federal de EE.UU., donde nació el caso que originó todo: *Roe v. Wade* (1973).

El estudio de este caso fue complejo y prolongado en el tiempo: fue discutido por primera vez el 13 de diciembre de 1971, por segunda vez lo fue el 11 de octubre de 1972 y su fallo definitivo llegó el día 22 de enero de 1973.

Este *iter* judicial fue el que también siguió el caso *Doe v. Bolton* (410 U.S. 179 (1973)), ya que ambos trataban de la misma materia y se discutieron conjuntamente. Sin embargo, *Doe v. Bolton* no ha disfrutado de la misma popularidad que *Roe v. Wade*.

***Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)**

Tras casi 20 años de vigencia de la jurisprudencia establecida en *Roe v. Wade* (1973), se discutió en la Corte Suprema de los EE.UU. el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et. al. v. Casey, Governor of Pennsylvania et. al.* (505 U.S. 833 (1992)).

A lo largo de las casi dos décadas que transcurrieron entre ambas sentencias, se discutieron en los tribunales inferiores, e incluso en el propio Supremo, numerosos casos en relación con leyes que regulaban el aborto por la necesidad de clarificación acerca de la doctrina establecida en *Roe* y porque muchas leyes que se promulgaron en los años posteriores a *Roe* trataron de probar sus límites o de buscar subterfugios para evitar su esquema trimestral.

Sin embargo, *Planned Parenthood of Se.Pa. v. Casey*, a diferencia de los anteriores, pasó a la historia por ser el primer caso en el que se discutió directamente la continuidad o la anulación de lo establecido por *Roe v. Wade*.

⁴ *Roe v. Wade*, 314 F. Supp. 1217 (N.D. Tex. 1970).

⁵ “*The fundamental right of single women and married persons to choose whether to have children is protected by the Ninth Amendment, through the Fourteenth Amendment*” (*ibid.*).

⁶ En el inglés original se habla de un “*compelling state interest*”, criterio posteriormente muy relevante en decisiones sobre el aborto, por ser el elemento de ponderación de la legitimidad del Estado para limitar los derechos de la mujer embarazada.

Este caso, discutido el 22 de abril de 1992 y decidido el 29 de junio del mismo año, se inició a raíz de una demanda de cinco clínicas de planificación familiar y un médico, que ponía en cuestión la constitucionalidad de cinco provisiones contenidas en el *Pennsylvania Abortion Act* (1982) incluidas mediante modificaciones en los años 1988 y 1989.⁷ Del otro lado de la controversia se encontraba el Gobernador de Pensilvania y otros.

El caso, tras varios procesos en la primera instancia, se resolvió finalmente el 24 de agosto de 1990, dando lugar al caso *Planned Parenthood v. Casey*, 744 F. Supp. 1323 (E.D. Pa., 1990), concluyendo que todas las provisiones eran inconstitucionales.

Este último fallo fue apelado frente al Tercer Circuito de la Corte Suprema Federal de los EE.UU., que modificó el fallo de la Corte del Distrito y entendió que todas las provisiones, a excepción del consentimiento marital, eran constitucionales.

***Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)**

En 2021, la clínica de planificación familiar *Jackson Women's Health Organization* impugnó la Ley de Edad Gestacional de Misisipi ante la Corte del Distrito, alegando que violaba los precedentes de la Corte Suprema que consagraban el derecho al aborto, en particular, *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey* (1992).

Esta Ley prohibía los abortos a partir de las 15 semanas de edad gestacional del feto, salvo que existiese riesgo para la vida y la salud de la mujer o del feto. La Corte del Distrito estableció que la Ley violaba la jurisprudencia de la Corte Suprema que prohibía las limitaciones al aborto previo a la viabilidad⁸ (aproximadamente 22 semanas).

En su recurso ante la Corte Suprema, los recurrentes alegaron que los precedentes de *Roe* y *Casey* fueron decididos erróneamente y defendieron la constitucionalidad de la Ley en base a que ésta superaba la revisión racional (*rational-basis review*). En este caso, se pide a la Corte mantener la constitucionalidad del precepto de la Ley Gestacional de Misisipi que prohíbe el aborto a partir de las quince semanas (salvo excepciones).

⁷ §3205: Una mujer que pretende abortar debe dar su consentimiento sobre el procedimiento habiendo recibido la información necesaria al menos 24 horas antes del aborto; §3206: En el caso de las menores, es obligatorio el consentimiento informado de uno de los padres, o la obtención de una autorización judicial; §3209: Salvo determinadas excepciones, una mujer casada que pretende abortar debe firmar una declaración de que se lo ha notificado a su marido; §3203: Los requerimientos no serán necesarios en caso de una emergencia médica, §§3207(b), 3214(a), y 3214(f): Imponen ciertos requerimientos en los establecimientos que proporcionan servicios abortivos.

⁸ La viabilidad sitúa el punto en el que la formación del feto es tal que se concluye que podría tener vida independiente fuera del útero materno.

El Aborto Como Derecho Constitucional

Esta calificación es la cuestión final, es la Roma a la que todos los caminos llevan. Esta es una historia de debates, interpretaciones y jurisprudencia.

En *Roe*, Norma McCorvey y su equipo legal alegaron que las leyes de Texas reprimían su derecho (y el de mujeres que se encontraban en situaciones parecidas) a la “privacidad personal”, protegido por las Enmiendas Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta.

La Corte del Distrito concedió la existencia de un “derecho fundamental” de “las personas solteras o casadas a elegir si tener hijos”, que se encontraba protegido por la Novena Enmienda a través, a su vez, de la Decimocuarta. Y señaló que las leyes de Texas eran “demasiado ambiguas y excesivamente amplias” en sus términos como para garantizar el debido respeto a este derecho.

La apelante en *Roe* alegó que las leyes de Texas invadían el supuesto derecho de las mujeres embarazadas a elegir interrumpir su embarazo, que se encontraba:

- 1) en el concepto de “libertad” personal protegido por la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda;
- 2) en la privacidad personal, conyugal, familiar y sexual, que se dice se encuentra protegida por la Carta de Derechos (*Bill of Rights*)⁹.

Y, aunque la Constitución no establece expresamente un derecho a la privacidad, la jurisprudencia de la Corte, desde el caso *Union Pacific R. Co. v. Botsford* (1891) ha venido reconociendo que existe tal derecho o, al menos, una garantía de la existencia de ciertas “áreas o zonas de privacidad”. La referencia que la apelante (y posteriormente la opinión mayoritaria) hace a las mencionadas Enmiendas es porque la Corte, en opiniones

⁹ Y, en este sentido, cita a *Griswold v. Connecticut* (1965); *Eisenstadt v. Baird* (1972).

mayoritarias y votos particulares de diferentes casos, ha establecido la existencia de tal derecho a la privacidad en base en ellas.¹⁰

Y lo que *Roe v. Wade* extrae de esta jurisprudencia es que únicamente pueden incluirse en la garantía de privacidad los derechos que se consideren fundamentales o “implícitos en el concepto de libertad ordenada” (*Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937)), y que el derecho a la privacidad tiene relación con el matrimonio (*Loving v. Virginia*, 1967), la procreación (*Skinner v. Oklahoma*, 1942), la anticoncepción (*Eisenstadt v. Baird.*, 1972), las relaciones familiares (*Prince v. Massachusetts*, 1944) y la crianza y educación de los hijos (*Pierce v. Society of Sisters*, 1925; *Eisenstadt v. Baird*, 1972).

Tras este análisis, *Roe v. Wade* concluye de una manera que ha sido criticada posteriormente, entre ellas en la opinión mayoritaria de la Corte de 2022: el derecho a la privacidad, bien enclavado en el concepto de “libertad” protegido por la Decimocuarta Enmienda (como ellos entendieron) o en la reserva de derechos de la Novena Enmienda (como entendió la Corte del Distrito), es lo suficientemente amplio como para comprender la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo. Y se sitúa a sí mismo como uno de los casos en la línea de las decisiones recién mencionadas que protegen tal garantía de privacidad en el ámbito de las relaciones afectivas y sexuales. La opinión mayoritaria de *Dobbs* criticó de la Corte que “[su] mensaje parecía ser que el derecho al aborto podría

¹⁰ La Primera Enmienda protege la libertad de religión, de expresión, de prensa y de reunión, y en *Stanley v. Georgia* (1969), por unanimidad, se concluyó que el “derecho a la privacidad personal” era fundamental para una sociedad libre. La Cuarta Enmienda protege el derecho a la seguridad, prohibiendo registros e incautaciones arbitrarias, y en *Terry v. Ohio* (1968) se matizó que allá donde el individuo tenga una “expectativa de privacidad”, únicamente debe romperse si existe una “causa probable”. La Quinta Enmienda recoge ciertos derechos y garantías procesales (principio de acusación, derecho a no declararse culpable, derecho a no testificar contra uno mismo, la tutela judicial efectiva...) y el J. Brandeis en su opinión disidente en *Olmstead v. U.S.* (1928) estableció que cualquier “intrusión [gubernamental] injustificada en la privacidad del individuo” es una violación de la Constitución. La Novena Enmienda establece que la enumeración de derechos que hace la Constitución no es óbice para reconocer que existen otros derechos “retenidos por el pueblo”, *Griswold v. Connecticut* (1964) estableció que esta garantía creaba una “zona de privacidad”, al igual que lo hacía la Carta de Derechos. Y en la Decimocuarta Enmienda se contiene la provisión de que el Estado no podrá privar a las personas de “la vida, la libertad o la propiedad” sin el debido procedimiento jurídico, lo que en *Meyer v. Nebraska* (1923) se entendió que incluía el “derecho del individuo de involucrarse en las ocupaciones comunes de la vida [...] de acuerdo a [...] su propia conciencia”.

encontrarse en algún lugar de la Constitución, sin que la localización exacta fuese de gran importancia”.

Ahora bien, tras reconocer la existencia de tal derecho, la Corte de 1973 declaró que no era un derecho absoluto, sino que se había de matizar con los intereses estatales en la salud, los estándares médicos y en la protección de la vida “potencial”.

Planned Parenthood v. Casey estableció que ni la *Carta de Derechos* ni las prácticas de los Estados al momento de adopción de la Decimocuarta Enmienda (1868) formaban los límites a la sustantividad de dicha “libertad”. La delimitación de esta “sustantividad” debe hacerse por medio del “juicio razonado” (*reasoned judgement*) y de la ponderación de las libertades individuales con las demandas de una “sociedad organizada” (*ordered liberty*). Y señaló que *Roe* indicó debidamente el razonamiento y la tradición de los precedentes en los que la Corte había procurado una protección constitucional a ciertas decisiones personales¹¹.

Casey recuerda que, aunque una lectura literal de la Cláusula únicamente hace referencia a la protección de la libertad en el marco procesal, lo cierto es que desde finales del s. XIX, se ha entendido que la Cláusula tiene un “componente sustantivo” también (*Mugler v. Kansas*, 1887), que “excluye ciertas acciones gubernamentales, al margen de la legitimidad de los procedimientos empleados por el Estado” (*Daniels v. Williams*, 1986).

Ya el mencionado Juez Brandeis en su opinión concurrente en el caso *Whitney v. California* (1927) señaló que “se ha establecido que la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda se aplica a materias de derecho sustantivo tanto como a materias de procedimiento. Por lo tanto, todos los derechos fundamentales comprendidos dentro del término ‘libertad’ están protegidos por la Constitución Federal de invasión por los Estados”.

La Corte de 1992 recuerda que la jurisprudencia sostiene que esta cláusula incorpora la mayor parte de la Carta de los Derechos frente a los Estados (*Duncan v. Louisiana*, 1968) y que, aunque es “tentador” limitar dicha protección a los derechos comprendidos en las ocho

¹¹ *Vid.* pág. anterior.

primeras Enmiendas con el propósito de limitar la posible discrecional judicial, “la Corte nunca ha aceptado esta visión”. Por esta misma razón, la Corte reconoce que también puede ser “tentador” suponer que la Cláusula únicamente protege aquellas prácticas especificadas en el momento de ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Pero esta visión “sería inconsistente” con el Derecho americano porque “es una promesa de la Constitución” que existe un ámbito de la libertad personal en el que el Gobierno no puede interferir. Ya cuando se decidió *Roe*, estaba fijado que la Constitución “pone límites en el derecho del Estado a interferir con las decisiones personales más básicas sobre familia y paternidad”, y *Casey* lo reafirmó.

La Corte concluyó que, la invocación de la Cláusula del Debido Proceso sustantivo conlleva, como es costumbre, el empleo del “juicio razonado”. Este juicio ha permitido que las decisiones de la Corte representen el balance de la Nación, compuesto por la libertad del individuo y las demandas de la sociedad organizada. Se trata de un proceso racional, que se basa en la convicción de que la tradición es “una cosa viva”.

Para la Corte, el asunto subyacente es si un Estado puede resolver por sí mismo las cuestiones filosóficas de manera tan tajante que se entienda que la mujer no tiene voz en el asunto. Y, entendiendo que este tipo de decisiones, “centrales a la dignidad personal y a la autonomía”, son también “centrales a la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda”, y que las creencias propias sobre esta materia no podrían conformar la personalidad del individuo si se formasen por “compulsión del Estado”, esa afirmación se pone en duda.

La Corte recuerda que el aborto es un acto único, con consecuencias para la mujer, para los médicos, para el cónyuge, la familia e incluso la sociedad que es testigo de este tipo de prácticas. Y, como resultado de tal singularidad, la libertad de la mujer está en juego de una manera también singular “para la condición humana” y “para el Derecho”. Sin embargo, en algunos casos únicos, el aborto es similar a los métodos contraceptivos, los cuales la Corte

ha establecido que involucran decisiones personales acerca de la procreación y de la responsabilidad humana¹².

Además de todo ello, la opinión mayoritaria consideró que *Roe* tuvo en cuenta que este derecho no era ilimitado, y que el Estado podía actuar en algún grado para proteger la vida prenatal. De modo que, esta base constitucional del derecho contenido en *Roe* “combinada” con la fuerza del *stare decisis*, derivó en que la respuesta de la Corte fuese reafirmar *Roe*.

La Corte de 2022, en el asunto de la constitucionalidad del derecho al aborto, realiza un análisis para “determinar si la referencia a la ‘libertad’ de la Decimocuarta Enmienda hace referencia a un derecho particular” y si el derecho al aborto es realmente parte de un “derecho más amplio” recogido jurisprudencialmente. Entre estas dos, sitúa una parte de análisis para determinar si el derecho al aborto se encuentra “enraizado en la historia y tradición” de los EE.UU.

Dobbs anticipa que la prueba que da *Roe* de la protección constitucional del derecho al aborto es muy débil, puesto que lo apoya sobre la existencia de un derecho más amplio a la privacidad, que tampoco se recoge expresamente en la Constitución. Para la opinión mayoritaria, *Roe* ofreció tres opciones en las que el derecho al aborto se podría entender protegido constitucionalmente:

- 1) por medio de la reserva de derechos realizada en la Novena Enmienda;
- 2) en la Primera, Cuarta o Quinta Enmienda, o en una mezcla de las tres, posteriormente incluida en la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda;
- 3) como un componente de la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso.

La Corte establece que la cuestión de que la Cláusula del Debido Proceso proporcione una protección sustantiva y no sólo procesal, es objeto de debate, aunque la jurisprudencia ha señalado que esta Cláusula protege dos tipos de derechos:

¹² *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstadt v. Baird*; y *Carey v. Population Services International*.

- 1) Los derechos de las ocho primeras Enmiendas, que en principio sólo se aplicaban al Gobierno Federal, pero que la Corte ha entendido que se aplican también a los Estados;
- 2) Una lista de derechos fundamentales que no se mencionan en la Constitución.

Y, para determinar si un derecho se encuentra contenido en alguna de estas dos vías, la opinión mayoritaria, citando a *Timbs v. Indiana* (2019), señala que se debe acudir a si el derecho se encuentra “profundamente arraigado en [la] historia y tradición” y si es esencial para el esquema de “libertad ordenada” de la Nación.

Teniendo las visiones de las tres sentencias en perspectiva, cabe ahora abordar los temas esenciales en este asunto en los siguientes epígrafes.

Derechos fundamentales: significado e implicaciones en el Derecho constitucional de los EE.UU.

Pocas veces un juez ha estado tan equivocado como el Juez Felix Frankfurter en su opinión disidente en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943) cuando estableció que la Corte no podía otorgar mayor garantía o protección a unos derechos de la Carta de Derechos frente a otros. La realidad es que la Corte concede (y venía concediendo desde antes de 1943) una protección especial a ciertos derechos y libertades.

La razón de ser de esta diferencia de trato suele entenderse que se debe a que estos derechos “fundamentales” son aquellos que conforman la base, o los pilares sobre los que se construyen los demás derechos y libertades y, en general, la protección constitucional de los individuos. Si bien, como es común en materia constitucional, el término “derechos fundamentales” no tiene un significado único y preciso.

La tarea de creación de una Carta de Derechos federal fue impulsada por ciertas autoridades de la época, entre ellas, Thomas Jefferson y James Madison. De las 124 Enmiendas que se propusieron por los Estados al Congreso, se ratificaron únicamente diez. La Carta de

Derechos de los EE.UU. está formada, por tanto, por las Diez primeras Enmiendas de la Constitución, todas ellas aprobadas por mayoría cualificada (dos tercios) en la primera legislatura de los EE.UU., el 15 de diciembre de 1791. Sin embargo, la Constitución no divide las Enmiendas en Títulos ni Capítulos, por lo que no establece un orden de preeminencia, siendo esta calificación tarea de la Corte Suprema.

La primera referencia expresa que se encuentra en la jurisprudencia de la Corte a los “derechos fundamentales” se encuentra en el caso *Corfield v. Coryell* (1823), en relación con la Cláusula de Privilegios e Inmidades de la Constitución, que establece que los ciudadanos de un Estado están legitimados para ser sujetos de todos los privilegios y las inmidades en el conjunto de los Estados (*the several States*). El Juez Washington estableció que la cuestión residía en determinar cuáles eran las “expresiones de esos privilegios e inmidades que son, por naturaleza, fundamentales”. Y elaboró una lista, entre las que se incluían: la protección gubernamental y el disfrute de la vida y la libertad¹³. Si bien es cierto que en esta lista faltaban muchos derechos hoy claramente fundamentales, es cierto también que para el momento en que se emitió este fallo, la Corte Suprema aún no había comenzado a aplicar en los Estados los derechos contenidos en la Carta (en su origen, sólo vinculaban a las actuaciones del Congreso y del Gobierno federal)¹⁴. Los términos en los que hizo esta observación son amplios, pero se muestra una clara intención de establecer que existe un elenco de derechos “más privilegiados”.

En *Gitlow v. New York* (1925) la Corte estableció que la libertad de expresión y de prensa se encontraban dentro de “los derechos fundamentales y las libertades protegidas por la

¹³ A la protección del gobierno; “al disfrute de la vida y la libertad, con el derecho de adquirir y poseer propiedad de cualquier tipo, y a perseguir y obtener felicidad y seguridad; el derecho del ciudadano de un Estado de pasar por o residir en cualquier otro Estado a los propósitos de intercambio, agricultura, búsqueda de negocios u otros; a los beneficios del mandato del habeas corpus; a instituir o mantener acciones en las cortes estatales; a tomar, dejar y disponer propiedad; y a la exención de impuestos más elevados que los que pagan otros ciudadanos del Estado.

¹⁴ De hecho, la primera Enmienda que menciona expresamente la responsabilidad de los Estados frente a la lesión de alguna de las garantías de la Carta fue la Decimocuarta Enmienda (1868), que se promulgó con la idea de prohibir a los Estados (individualmente) privar de la vida, la libertad o la propiedad a los ciudadanos sin el debido proceso (como la Quinta Enmienda hacía respecto al Gobierno federal).

Decimocuarta Enmienda”. En *Stromberg v. California* (1931), se declaró inconstitucional por primera vez una ley estatal en base a la violación de la “libertad” protegida por la Decimocuarta.

Y no fue hasta *Palko v. Connecticut* (1937) que la Corte elaboró un estándar para determinar si un derecho o libertad debía ser considerado “fundamental”: que represente “la esencia de un esquema de libertad ordenada, [...] principios de justicia muy arraigados en las tradiciones y en la conciencia del pueblo”. Su calificación de fundamentales deriva de la creencia de que “no existiría ni libertad ni justicia si fuesen sacrificados”, y que por ello deben incluirse en la Cláusula del Debido Proceso, que vincula las acciones de los Estados. De este modo, la mayoría de los derechos contenidos en la Carta se han considerado fundamentales y con ello se han “nacionalizado”.

Si bien no existe acuerdo unánime en qué derechos son fundamentales¹⁵, lo que es doctrina es que, en el Derecho constitucional de los Estados Unidos, existen una serie de derechos “fundamentales” que, por su preeminencia, gozan de una protección especial. La garantía de respeto de estos derechos vincula, no sólo al Congreso y al Gobierno federal, sino también a los Estados.

En el plano legislativo, esta calificación implica que cualquier legislación federal o estatal que involucre a ciertos derechos fundamentales debe ser sometida al “escrutinio estricto” (*strict scrutiny*), que es el estándar más elevado de revisión para determinar la constitucionalidad de una ley. Este estándar implica que la ley debe obedecer a un “interés gubernamental convincente” (*compelling state interest*) y que sus medios deben dirigirse restringidamente a lograr ese particular interés. Otras leyes que puedan incidir en otros derechos fundamentales han de seguir el “escrutinio intermedio” (*intermediate scrutiny*), que hace que la ley deba

¹⁵ A lo largo de los años, hay quienes han entendido que, sin duda, la adopción de la Decimocuarta Enmienda se hizo con el propósito de vincular a los Estados en el respeto a las ocho primeras Enmiendas, y que lo demás es intromisión judicial (opinión disidente del Juez Black en *Adamson v. California*). Otros han entendido que es posible que Decimocuarta Enmienda no se aprobase con la intención de recoger únicamente la Carta de Derechos (opinión disidente de los Jueces Murphy y Ruthledge en *ibid.*).

promover un interés gubernamental importante empleando medios que sean “proporcionales y considerablemente adecuados” para el fin. Para la revisión de leyes que no afecten a derechos fundamentales, se emplea el estándar de la “revisión racional” (*rational basis review*), que establece que la ley debe contener un interés estatal legítimo y debe existir una conexión racional entre los medios y los fines de la regulación.

Teniendo este contexto, *Roe v. Wade* estableció que, en los casos del derecho al aborto, su limitación solo puede justificarse en base a un “interés estatal convincente”¹⁶, y que las leyes deben estar delimitadas a “expresar únicamente los intereses estatales legítimos en juego”, refiriéndose, sin duda, al estándar del escrutinio estricto. Consagró el derecho al aborto como derecho fundamental y los intereses contrapuestos eran: los del Estado en proteger la “vida potencial” y los de la mujer en decidir si continuar o terminar su embarazo.

La Corte de 1973, aplicando este estándar, declaró inconstitucionales aquellos preceptos del Código Penal de Texas que regulaban el aborto por ser demasiado “ambiguos y amplios” en sus términos. Es decir, eran disposiciones muy poco delimitadas y que no estaban dirigidas a proteger de manera precisa los intereses estatales en la materia. La falta de definición y delimitación de los términos de una ley y de la precisión de sus medios, puede suponer la violación de los derechos fundamentales en base al escrutinio estricto.

La Corte de 1992, mantuvo la existencia de un “derecho a abortar” contenido en la libertad de la Decimocuarta Enmienda, pero matizó, citando a *Maher v. Roe* (1977) que no se trataba de un “ilimitado ‘derecho constitucional a abortar’”, sino que era un derecho que protegía a la mujer embarazada “de interferencia estatal excesivamente opresiva” o pesada en su libertad de decidir si interrumpir o continuar con su embarazo. Y en base a este matiz, desechó el esquema trimestral¹⁷, por considerar que era excesivamente rígido y que no cumplía con las

¹⁶ *Kramer v. Union Free School District*, 395 U. S. 621, 627 (1969); *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618, 634 (1969), *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398, 406 (1963).

¹⁷ El esquema trimestral dividía el embarazo en tres estadios. El primero abarcaba el primer trimestre, y en este, la decisión de abortar estaba en manos de la mujer y su médico. El segundo abarcaba el segundo trimestre, y los Estados podían regular (que no prohibir) el aborto en los casos que fuese necesario para preservar la vida o salud de la mujer. A partir del tercer trimestre, cuando el feto se

promesas de conjugar, en su respectiva medida, los intereses de la mujer con a los intereses del Estado.

También, estableció un criterio único de revisión de legislaciones en materia de aborto: el *undue burden estandar* (“estándar de la carga indebida”), según el cual no serían constitucionales aquellas disposiciones que interfiriesen de manera indebida o excesiva con dicha libertad de la mujer. Casey, al desarrollar este nuevo estándar de revisión judicial, intentó darle una versión homogénea que ha sido muy criticada (conjugando las veces que la Corte – esencialmente la J. O’Connor – había mencionado tales términos). La idea del empleo de este “undue burden” era esencialmente análoga a la del “strict scrutiny”, medir ponderadamente los intereses en juego con los medios empleados. Y, si bien su intención era la de dar mayor margen de maniobra a los intereses estatales, su aplicación ha sido controvertida e incoherente, y ha resultado más difícil de aplicar que el propio esquema trimestral.

Vías De Reconocimiento De Derechos Fundamentales

La Novena Enmienda (1791) de la Constitución de los EE.UU. establece que: “la mención de ciertos derechos en la Constitución no se debe interpretar con la denegación o la restricción de otros derechos que el pueblo se haya reservado para sí mismo”.

La Decimocuarta Enmienda (1868) consta de cinco Secciones, de las cuales sólo la primera es relevante a efectos de este trabajo. Y dice: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en el que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona

había vuelto “viable”, el Estado podía regular e incluso prohibir el aborto en base a sus intereses estatales convincentes.

alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad”¹⁸.

Existe también la corriente, aunque minoritaria, de entender que el derecho al aborto se encuentra enclavado en la Cláusula de la Protección Igualitaria. En la propia Corte Suprema, la Juez Ruth Baden Ginsburg abogó por esta visión. Sin embargo, como este argumento no se mantiene ni en *Roe*, ni en *Casey*, ni en *Dobbs*, no procede analizarlo en esta ocasión¹⁹.

La Novena Enmienda

En primer lugar, la Novena Enmienda establece una especie de cláusula de no exhaustividad de los derechos reconocidos por la Constitución, siendo posible que, si se pasa el test correspondiente, se pudiese, por esa vía, dotar a ciertos derechos de protección constitucional. Esta previsión, aunque abierta y potencialmente útil para la protección de nuevos bienes jurídicos e intereses legítimos, no ha tenido tanto éxito en la jurisprudencia como la Cláusula del Debido Proceso. Una de las decisiones hito relacionadas con esta Enmienda fue *Griswold v. Connecticut* (1965), que reconoció que la Constitución protegía el derecho a la privacidad, aun cuando éste no estaba expresamente recogido en el texto de la Constitución, por medio de las garantías que ofrecían las Enmiendas Primera, Tercera, Cuarta y Novena²⁰. Fue el Juez Goldberg, en su opinión concurrente, el que puso el foco en la Novena Enmienda, y ésta es la referencia que hizo la Corte en *Roe* a la vinculación del derecho al aborto con la Novena Enmienda. La Corte de 1973 fijó que, constatando la existencia de un “derecho a la privacidad” que, entre otras Enmiendas, se puede desprender

¹⁸ Traducción oficial que ofrece el Gobierno de los EE.UU. de su Constitución en su página web. Ver <<https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>>.

¹⁹ Tatalovich, R., & Daynes, B. W. (1993). *The Lowi paradigm, moral conflict, and coalition-building: Pro-choice versus pro-life*. *Women & Politics*, 13(1), pp. 39-66.

²⁰ Kadlec, J. F. (2007). Employing the Ninth Amendment to Supplement Substantive Due Process: Recognizing the History of the Ninth Amendment and the Existence of Nonfundamental Unenumerated Rights. *BCL Rev.*, 48, 387.

de la coletilla de la Novena, cabe entender que dentro de aquel amplio derecho se contiene el derecho al aborto.

La Decimocuarta Enmienda

En segundo lugar, existe la vía de la Cláusula del Debido Proceso sustantivo de la Decimocuarta Enmienda, que entiende que ésta protege en materia de vida, libertad y propiedad frente a las acciones estatales no sólo en el aspecto procesal, sino también en el sustantivo. Prohíbe que el gobierno establezca restricciones arbitrarias, innecesarias o poco razonables en la sustancia de la vida, la libertad y la propiedad, independientemente de la legitimidad de los procedimientos empleados²¹. La ley hace referencia a un “procedimiento legal” o *due process of law*, que se ha entendido como un procedimiento acorde a los estándares jurídicos, conforme a Derecho, y no únicamente desde la óptica de las garantías del Derecho procesal.

Esta idea de la existencia de un Debido Proceso sustantivo se remonta muy atrás en el tiempo en la jurisprudencia de la Corte. Y para hablar de él, es necesario mencionar la Quinta Enmienda de la Constitución, que contiene una provisión idéntica a la de la Decimocuarta, siendo que la primera hace referencia a una protección de ámbito federal, y la segunda a una de ámbito estatal.

La Quinta Enmienda fue aprobada como parte de la Carta de Derechos en 1791 y, como se ha dicho, vinculaba a las instancias federales. Cabe mencionar, sin ánimo de exhaustividad, que, en el momento de elaboración de la Quinta Enmienda, cuatro de las cinco propuestas de los Estados contenían la expresión “el Derecho de la tierra” (*the law of the land*) para hacer referencia al sistema jurídico determinado que regía en cada uno de los territorios. Esta era una expresión muy popular entre los diferentes Estados, proveniente del lenguaje de la propia

²¹ Lewis, T. T. (2001). The Ironic History of Substantive Due Process: Three Constitutional Revolutions. *International Social Science Review*, 76, 21-35.

Constitución de 1787. Sin embargo, la propuesta de Enmienda que hizo el Estado de Nueva York sustituyó este término por el de “debido proceso legal” (*due process of law*), que fue el que finalmente se empleó en la versión final de la Enmienda, ratificada en 1791²². Por lo tanto, y a efectos simplificadores, se puede entender que desde 1791 existe una equivalencia terminológica entre *law of the land* y *due process of law* a efectos de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas.

Sobre la existencia del Debido Proceso sustantivo, decisiones de las cortes estatales a finales del siglo XVIII ya entendieron que existía en la provisión de la Quinta Enmienda un componente sustantivo. En Carolina del Sur, el Juez Thomas Waties en los casos *Lindsay v. Commissioners* (1794) y *Zylstra v. Corporation of the City of Charleston* (1796)²³ estableció que las referencias de la constitución estatal al “Derecho de la tierra” equivalían a los “actos del Parlamento” que mencionaba el *Common Law*, y que éstos eran lo suficientemente amplios como para comprender tanto derechos procesales como derechos sustantivos. Por lo tanto, el debido proceso era lo suficientemente amplio como para comprender derechos sustantivos.

Hasta 1838, aunque lo hicieron frecuentemente, únicamente tres de los veintiséis Estados habían tomado esta interpretación en sus Cortes: Carolina del Norte, Carolina del Sur y Tennessee. Para el año 1860 ya habían adoptado esta interpretación, al menos, quince Estados. Y para 1868, año de ratificación de la Decimocuarta Enmienda, era seguida por veinte de los treinta y siete Estados

Cabe mencionar la decisión *Wynehamer v. People* (1856) de la Corte de Apelación de Nueva York, que declaró que: “la causa u ocasión para privar a un ciudadano de sus pretendidos derechos debe encontrarse en la ley, tal y como es, o, al menos, no puede ser creado por un acto legislativo que pretenda su destrucción”.

²² Williams, R. C. (2010). The one and only substantive due process clause. *The Yale Law Journal*, 408-512.

²³ 1 S.C.L. (1 Bay) 832 (Ct. Com. Pl. 1794); 2 S.C.L. (2 Bay) 38 (Ct. App. 1796).

Estos ejemplos representan a grandes rasgos la idea existente en los tribunales estatales de que el Debido Proceso de la Quinta Enmienda tenía un componente sustantivo y no únicamente procesal. Si bien todos ellos fueron emitidos antes de la ratificación de la Decimocuarta Enmienda (1868), la conclusión a la que se puede llegar es que existía un consenso en el momento de elaboración de dicha Enmienda de que el “debido proceso” hacía referencia a algo más que a un aspecto puramente procesal.

Cabe recordar los casos que citó *Casey* a este respecto, uno de ellos siendo *Mugler v. Kansas* (1887), sobre el derecho de los individuos a manufacturar comida o bebida para el propio consumo, que adoptó la visión sustantiva afirmando que “si una ley, pretendiendo haberse promulgado para proteger la salud pública, la moral pública o la seguridad pública, no tiene una relación real o sustancial con esos objetivos o es una invasión palpable de derechos asegurados por el Derecho fundamental, es tarea de las cortes decretarlo”.²⁴

También menciona el caso *Whitney v. California* (1927) en el que los Jueces Brandeis y Holmes, en su opinión concurrente señalaron que “se ha establecido que la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda se aplica a materias de derecho sustantivo tanto como a materias de procedimiento. Por ende, todos los derechos fundamentales comprendidos en el término ‘libertad’ están protegidos por la Constitución Federal de la invasión por los Estados”.

Aun con numerosos detractores a lo largo de los siglos y en la actualidad, se entiende que existe un amplio consenso en la existencia de este componente subjetivo en la Cláusula del Debido Proceso. Y esta es la visión que tomó la Corte en las tres decisiones objeto de estudio en este trabajo.

²⁴ *Casey* se remonta únicamente a 1887 para mostrar una decisión que aboga por la sustantividad de la Cláusula del Debido Proceso, pero en la famosa decisión de *Slaughter House Cases* (1873) los Jueces Bradley y Swayne advirtieron que: “una ley que prohíbe a una amplia parte de los ciudadanos obtener un empleo legítimo [...] les priva de su libertad y propiedad, sin el debido proceso legal”. Y, en relación con la Quinta Enmienda, ya en 1869 la sentencia *Hepburn v. Griswold* observó esta sustantividad.

Habiendo constatado la existencia de una doctrina histórica que aboga por la vertiente sustantiva de la Cláusula, cabe entonces determinar qué derechos, intereses o facultades de los individuos se pueden ver protegidas por la “libertad” que esta Enmienda recoge.

Como menciona *Dobbs*, dentro de esta corriente, hay dos subcategorías principales:

- 1) Que impone los aspectos no procesales de las Ocho Primeras Enmiendas a los Estados;
- 2) Que se aplica una serie de derechos no enumerados explícitamente por la Constitución. Es el denominado debido proceso sustantivo “puro”.

El Debido Proceso Sustantivo “Puro”

Este debido proceso sustantivo “puro”, que entiende que cabe proteger bajo la Decimocuarta Enmienda una serie de derechos no mencionados en la Constitución, requiere un estándar de delimitación.

Durante la denominada “Era de *Lochner*” (*Lochner Era*), que comprende los años 1897-1937, la mayoría de los jueces aplicaron esta doctrina en favor de los empresarios, abogando por la libertad de contrato y de los derechos económicos frente a los derechos de los trabajadores. A partir de 1937, con el país sumido en la Gran Depresión, la Corte abandonó esta tendencia, ante las gravosas consecuencias que acarrea, y se fue orientando hacia la protección de otro tipo de derechos. Desde 1965 hasta el presente, la Corte ha venido empleando el debido proceso sustantivo para proteger el derecho a la privacidad, y con ello a la libertad reproductiva, la libertad en las relaciones íntimas y la autonomía personal, entre otras.

En *Hebert v. Louisiana* (1926), la Corte estableció: “la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda [...] requiere que la acción estatal [...] sea consistente con los principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de nuestras instituciones civiles y políticas”. En *Powell v. Alabama* (1932), la Corte citó lo dicho en *Hebert*, y fue un paso más allá: “el hecho de que el derecho involucrado sea de tal entidad que no

pueda ser negado sin violar aquellos ‘principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de nuestras instituciones civiles y políticas’, es obviamente una de esas consideraciones convincentes que deben prevalecer a la hora de determinar si se encuentra contenido en la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda”. *Snyder v. Massachusetts* (1934) estableció que: “[El Estado de Massachusetts] es libre para regular el procedimiento de sus tribunales [...] salvo que, al hacerlo, ofenda algún principio de justicia tan arraigado en las tradiciones y la conciencia del pueblo como para ser calificado de fundamental”²⁵.

La decisión que citó *Roe v. Wade* en este aspecto fue *Palko v. Connecticut* (1937), que decía: “las inmunidades que son válidas contra el gobierno federal por fuerza de las garantías de enmiendas particulares se han encontrado implícitas en el concepto de ‘libertad ordenada’, y por ello, por medio de la Decimocuarta Enmienda, son válidas contra los Estados”. Esta sentencia, a su vez, citaba a *Hebert v. Louisiana*, a *Brown v. Mississippi* y a *Snyder v. Massachusetts*. Y también a *Twining v. New Jersey* (1908): “si la Decimocuarta Enmienda ha absorbido [un derecho], el proceso de absorción ha tenido su fuente en la creencia de que ni la libertad ni la justicia existirían si éste se sacrificase”.

Como se ve, en las primeras formulaciones de la Corte, se abogaba por que estos derechos debían constituir “la base de la sociedad”, en la base de las instituciones civiles y políticas. Se hablaba de “justicia”, de “conciencia” y de “arraigo”.

Pero realmente no fue hasta *Palko v. Connecticut* (1937) que no se empleó el término “libertad ordenada” en el contexto judicial²⁶. En este sentido, la propia decisión de la Corte no cita ninguna otra decisión que hubiese empleado el mismo estándar y, desde luego, tampoco lo define. Tampoco en los años posteriores ha habido una delimitación del término, lo que

²⁵ Vid. *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 106, pp. 111-112; *Rogers v. Peck*, 199 U.S. 425, p. 434; *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, p. 604; *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516; *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309, p. 326.

²⁶ Sí que había sido un concepto político, especialmente empleado por los Padres Fundadores en sus discursos en el Congreso, pero no se había recogido su empleo a nivel jurisprudencial hasta este momento.

complica enormemente las cosas y produce una situación de confusión. Simplemente fue un término que pretendía aunar una amalgama de terminologías relacionadas con la esencia o la base de la sociedad, la conciencia del pueblo y los derechos e intereses arraigados.

Sin embargo, la Corte, desde 1965, con *Griswold v. Connecticut* ha ido abandonando este estándar²⁷. Desde esta decisión, la Corte ha tendido a observar la Cláusula del Debido Proceso de una manera más amplia, y al igual que esta decisión es un hito en esta doctrina, la realidad es que *Roe* y *Casey* también lo son. Se fue creando una tendencia que abogaba por un “juicio razonado” para ponderar qué derechos eran fundamentales. Esta tendencia se ha ido perfilando con los subsecuentes casos que reconocen y completan la existencia de un derecho fundamental a la privacidad dentro de la “libertad” de la Cláusula del Debido Proceso. Este camino es el que siguen las decisiones de *Roe* y *Casey*, mientras que *Dobbs* volvió a recurrir al primero de los expuestos. Ahora bien, la decisión de 2022, contraria a la tendencia mostrada, se ha ido anticipando en la tendencia que la actual Corte del Presidente Roberts (desde 2005) ha mostrado hacia la limitación de derechos y hacia una visión más restrictiva de la Cláusula del Debido Proceso.

En este sentido, el estándar de la “libertad ordenada” ha experimentado una segunda vida, y ha servido como apoyo para la creación del “test de Glucksberg” de 1997, que la Corte de 2022 ha empleado como hachazo final para el derecho al aborto. En *Glucksberg v. Washington*, la Corte rechazó la protección constitucional del derecho al suicidio asistido, empleando un estricto criterio de “tradición e historia”. Y la Corte citó tanto a *Snyder v. Massachusetts*, al decir que la Corte da especial protección a los derechos y libertades objetivamente “arraigados profundamente en la historia y tradición de la Nación”, como a *Palko v. Connecticut*, al añadir que deben estar “implícitos en el concepto de ‘libertad ordenada’”.

²⁷ Vid. pág. 10.

De nuevo, tampoco la Corte de 1997 dio una definición de lo que esa “libertad ordenada” significa, y basó su análisis en encontrar si el derecho al suicidio asistido se encuentra reconocido por la historia y tradición de la Nación. Concluye que no.

Pero la situación es distinta en ambos casos. El derecho al suicidio asistido no existe en los EE.UU., a diferencia del del aborto. Y, aún sin tener un concepto definido de la “libertad ordenada”, cabe imaginarse que en ella se comprende el derecho al aborto, pues se trata de un derecho vigente desde hace cinco décadas, que se ha arraigado en la sociedad y que, a día de hoy, condiciona las bases para la vida social como se conoce. Forma parte de la “libertad ordenada” la disponibilidad de este procedimiento, que permite a las mujeres desarrollarse de manera más justa en la sociedad, a la par que evita muertes innecesarias, prácticas insanas y la perpetuación desigualdades estructurales. No hay nada que atente más contra la “libertad ordenada” que revocar de manera tajante un derecho consolidado por cincuenta años, cuya jurisprudencia, además, ha cimentado el camino hacia la determinación de otros derechos que consiguen adaptar la Constitución a las demandas de la sociedad moderna.

Abogar por la “historia y la tradición” para anular esta decisión es, en el fondo, elegir la parte más conveniente de la historia. Uno de los mayores fallos de este test es que hace que el análisis del contenido de la Constitución se paralice en un momento determinado²⁸. La delimitación de derechos en base a este estándar se convierte en una incógnita “circular e infructuosa” en la delimitación de los derechos de aquéllos que, históricamente, han estado en una situación de inferioridad²⁹. Como recuerda la opinión disidente de *Dobbs*, “la Corte [de 1973] entonces entendió, a diferencia de la de hoy, que los hombres que ratificaron la Decimocuarta Enmienda [...] no veían a las mujeres como ciudadanos plenos e iguales”. Los

²⁸ “Creer que el ejercicio judicial de juicio puede ser evitado al congelar el “debido proceso legal” en algún estadio fijo del tiempo o del pensamiento es sugerir que el aspecto más importante de la adjudicación constitucional es una función para máquinas inánimes y no para jueces” (*Rochin v. California*, 1952).

²⁹ Watson, K. (2017). When Substantive Due Process Meets Equal Protection: Reconciling Obergefell and Glucksberg. *Lewis & Clark L. Rev.*, 21, 245.

derechos básicos de las mujeres no empezaron a reconocerse hasta inicios del siglo XX, por tanto, no se encuentran arraigados en la historia y tradición de la Corte. Y, es que, por lógica, los derechos de muchos “grupos sociales” (mujeres, homosexuales, personas trans, personas racializadas...) nunca se encontrarán “arraigados en la historia y la tradición” de la Nación, pero no por ello han de ser menos fundamentales. Como recordó *Roe*: “la tradición es una cosa viva”. Lo que hoy es nuevo, al tiempo será tradición. Y, si bien lo más antiguo siempre será “tradicional”, cabe plantearse hasta qué punto puede retrotraerse este argumento para que sea coherente con la realidad social presente en los EE.UU.

Griswold v. Connecticut (2015) ya hizo referencia a este test como forma de delimitar derechos sustantivos, y expresó que, si bien podría haber sido útil para el particular derecho al suicidio asistido, era “inconsistente con el enfoque que la Corte ha usado para debatir sobre otros derechos fundamentales, incluyendo el matrimonio y la intimidad”.

Parece que la Corte de 2022 pretende, en cierta medida, una vuelta a la teoría declarativa, a que el juez se atenga lo escrito y “a lo que es”. Sin embargo, los Jueces de la Corte Suprema de los EE.UU. han demostrado una y otra vez que entre sus funciones está la de interpretación de las leyes y la Constitución. Y esta tarea de interpretación no supone la sustitución de la Constitución por las “propias visiones apasionadas”³⁰ de los jueces, sino que se trata de un ejercicio de búsqueda del “mejor concepto de los principios morales constitucionales [...] que encajen con [...] el amplio registro histórico de América”³¹.

Lo cierto es que, empleando este estándar, la promesa final que hace la Corte de que “nada en esta opinión debería entenderse para dudar sobre precedentes que no tienen que ver con el aborto”³² es vacía. Un enfoque más realista del empleo de este estándar es la opinión concurrente del J. Clarence Thomas, que va hasta el final y advierte que “en casos futuros, deberíamos reconsiderar todos los precedentes de esta Corte sobre el debido proceso

³⁰ En el inglés original: “*own ardent views*” (opinión mayoritaria de *Dobbs*, p. 14).

³¹ Dworkin, R. (1999). *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. OUP Oxford.

³² *Dobbs v. Jackson W.H.O.* (pp. 66 y 71).

sustantivo, incluidos *Griswold*, *Lawrence* y *Obergefell*". Esto porque "cualquier decisión sobre el debido proceso sustantivo es 'demostrablemente errónea'". Desde luego que esta visión del Juez Clarence Thomas es dramática, pero también es sincera.

Por ello, si bien es cierto que este test de *Glucksberg* y la idea de la "tradicición y la historia" pueden encontrar un *iter* jurisprudencial más o menos definido, ese *iter* no pasaba por el derecho al aborto. Desde hace décadas, la Corte, aun con disidencias, ha optado por una visión acogedora de los derechos recogidos por la Cláusula del Debido Proceso sustantivo, y la vuelta al estándar "tradicionalista" en 2022 parece poco convincente. La Corte, con una mera decisión, puede poner en juego la base de la jurisprudencia referida a derechos fundamentales, por medio de la anulación de precedentes que han ordenado la sociedad americana y que pueden denominarse incluso "tradicición". En definitiva, el empleo de este test de 1997, que revive criterios de 1934, en un caso de 2022, sobre derechos reconocidos en 1973, impone un bamboleo histórico difícil de resolver.

La Doctrina Del *Stare Decisis* Y El Derecho Al Aborto

Como en cualquier análisis jurisprudencial del derecho de los Estados Unidos, hay que hablar de precedentes. Y, en esta materia, específicamente, hay que hablar de la importancia de los precedentes.

“*Stare decisis et non quieta movere*” o “estar a lo decidido, y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto” es una doctrina paradigmática de la práctica judicial anglosajona. Simplemente conocida como “*stare decisis*”, esta doctrina permite en la aplicación del Derecho para un caso, tener en cuenta lo aplicado y establecido en un caso previamente decidido cuyos fundamentos de hecho y de Derecho son similares. Es una doctrina especialmente útil por su capacidad de simplificar el procedimiento judicial y por la seguridad jurídica que proporciona a quienes pretenden hacer valer sus derechos. Sin embargo, se trata de una doctrina fracturada, sin reglas establecidas, y sujeta a numerosos debates, lo que genera grandes problemas interpretativos.

Evolución y significado histórico

Common Law Y Era Fundacional (Siglos XI A XIX)

El *stare decisis* hunde sus raíces en el *Common Law*, fuente directa del sistema jurídico y judicial estadounidense. Ahora bien, los términos en los que se planteaba esta práctica en los primeros siglos estaban alejados de la categoría de doctrina, siendo, más bien, una máxima de “buen juicio”, mera retórica. No fue hasta el siglo XVI, por medio de los comentarios de las distintas autoridades del *Common Law*, que la doctrina empezó a formularse en términos equivalentes a los actuales.

Acerca del *stare decisis*, Edward Coke (1552-1634) señaló que las decisiones pasadas eran “las mejores pruebas de lo que la ley es”³³, aunque no constreñían³⁴. Matthew Hale (1609-1676) estableció que “las decisiones de las Cortes de Justicia vinculan, pero no constituyen una Ley”.³⁶ William Blackstone (1723-1780) advirtió en sus *Comentarios*: “es una regla establecida acatar los precedentes, cuando los mismos argumentos vuelvan a ser objeto de litigio”.³⁷ Matizando más adelante que “esta regla admite excepción, cuando la determinación anterior es evidentemente contraria a la razón”.

Cabe mencionar que, hasta entrado s. XIX, el *Common Law* seguía ampliamente la teoría declarativa, aquella que establecía que la ley tenía una existencia apriorística y que los jueces se limitaban a declarar lo que la ley establecía. La tarea del juez era meramente declarar el Derecho, el cual en ningún caso podía crear o modificar. En palabras de E. Coke: “la función de un juez no es hacer, sino declarar la ley”³⁸. En esta línea, W. Blackstone estableció que el rol del juez era determinar el Derecho, no en base a su propio juicio, sino de acuerdo a “las leyes y costumbres del territorio”, siendo “el juez el encargado de mantener y exponer la ley”³⁹.

Esta noción declarativa del *Common Law* impide que los precedentes tengan el rango de ley, pues son meras concreciones de la misma, pero sí que hace necesaria una buena justificación para apartarse de lo establecido. Se debe una explicación de por qué la ley, que siempre es la misma y permanece inalterable durante la acción judicial, es diferente para un caso esencialmente igual. William Blackstone explicó esta excepción en términos armonizadores con la teoría declarativa: “en aquellos casos, los jueces no pretenden crear

³³ 2 Edward Coke, *Coke upon Littleton* 254(a), First American, ed. 1853, citado por Lee, T. R. (1999). *Stare decisis in historical perspective: From the founding era to the Rehnquist Court*. *Vand. L. Rev.*, 52, 645.

³⁴ Plucknett, T. F. T. (2001). *A concise history of the common law*. The Lawbook Exchange, Ltd.

³⁶ Gray, C. M. & Hale, M. (Ed.) (1971). *The history of the common law of England*. Chicago: University of Chicago Press.

³⁷ Sharswood, G. & Blackstone, W. (Ed.) (1893). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. J. B. Lippincott.

³⁸ Milite, J.C. & Coke E. (1797). *The Second Part of The Institutes of The Laws of England*. E&R Brooke.

³⁹ *Ibid. supra*, nota 37.

una nueva ley, sino librar a la anterior de una malinterpretación”. No es que lo anterior fuera mal Derecho, es que no era Derecho.⁴⁰ Por ello, aunque tomó una posición estricta en cuanto a la obligatoriedad del precedente, advirtió que era posible que el juez confundiese la ley.

La teoría declarativa continuó teniendo importancia en las primeras etapas de la formación del Derecho americano, aunque fue desgastándose, especialmente a raíz de las fervientes críticas del jurista John Austin⁴¹ y de otros jueces y juristas posteriores como Lord Reid, Lord Denning o Lord Atkin. Actualmente, está descartada por la vasta mayoría de la doctrina.

Las declaraciones de W. Blackstone coinciden temporalmente con la promulgación de la Constitución de los EE.UU. (1776), e indudablemente tuvieron influencia en los jueces⁴³ y los Padres Fundadores en las primeras décadas de la historia norteamericana⁴⁴. Blackstone se sitúa como la primera autoridad del *Common Law* en dar al *stare decisis* un estatus más vinculante y sus *Comentarios* se tienen como los primeros textos de una autoridad que establecen algún tipo de guía en relación con la aplicación de la doctrina.

Ya en el Derecho americano, los autores de la Constitución publicaron diferentes notas en *El Federalista*⁴⁵, en referencia al carácter vinculante de los precedentes. William Cranch (1789-1855) mantuvo la visión de Alexander Hamilton (1787-1804) de que “reglas estrictas y precedentes de referencia” eran necesarios para evitar la discrecionalidad de los jueces⁴⁶, pero matizó que los éstos mantenían el poder de “decidir un caso similar de manera diferente”⁴⁷, al menos en aquellos en los que existieran razones de peso. James Madison

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Campbell, R., Austin, S & Austin, J. (Eds.) (1880). *Lectures on jurisprudence, or, The philosophy of positive law*. John Murray.

⁴³ Ver, a modo de ejemplo, *Schick v. United States*, 195 U.S. 65, p. 69 (1904).

⁴⁴ Wood, G. S. (1969). *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. Chapel Hill.

⁴⁵ “El Federalista”, publicado en 1788 en forma de libro, es una recopilación de los artículos periodísticos que defendieron la ratificación de la Constitución federal para Estados Unidos escritos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay.

⁴⁶ Rossiter, C. (Ed.) (2002) *The Federalist Papers*. Prentice-Hall.

⁴⁷ Referencia a su Prefacio del Artículo 3, Sección 1 o *Cranch's Preface*, 5 U.S. (1 Cranch), in iii (1804), disponible en < https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_1s28.html>.

(1751-1836) estableció que podía haber casos que sobrepasaran la autoridad del precedente, pero que eran excepciones que debían justificarse de manera evidente⁴⁸. James Kent (1763-1847) observó el *stare decisis* desde la misma doctrina declarativa que W. Blackstone y añadió que los jueces deben seguir una decisión a excepción de que se pruebe que el Derecho fue malentendido o mal aplicado⁴⁹.

Por su parte, las decisiones de las cortes estatales en la Era Fundacional normalmente adoptaban visiones declarativas del Derecho⁵⁰, siendo que los tribunales no estaban vinculados por el juicio de un tribunal anterior a no ser que creyesen que éste era ajustado a Derecho⁵¹.

Hasta este punto, la doctrina se encontraba en un estado de conflicto interno, pues mientras se entendía la necesidad y la importancia de la estabilidad y la certeza en la ley, existían excepciones no delimitadas que permitían la reexaminación de los argumentos judiciales. Se empezó a sentir una dicotomía entre una doctrina rígida que no daba paso al cambio y una doctrina flexible que rompía con el pretendido propósito de estabilidad. Y la historia del *stare decisis* en la Corte Suprema estadounidense desde entonces se puede entender como una historia de la búsqueda del equilibrio entre estos dos intereses contrapuestos.

Hasta ese momento (primera mitad del siglo XVIII), si bien el *stare decisis* había empezado a recogerse en términos concretos, su significado seguía estando muy alejado de lo que hoy en día es, y esto por varias razones que se expondrán más adelante.

En el plano judicial federal (ya no sólo teórico ni estatal), cabe mencionar la época de la Corte del Presidente Marshall (1801-1835). En el caso *Ex parte Bollman* (1807)⁵², el Juez Johnson

⁴⁸ Carta de James Madison a C.E. Haynes (25 de febrero de 1831), republicada en Hunt, G. (1910) *The Writings of James Madison, comprising his Public Papers and his Private Correspondence, including his numerous letters and documents now for the first time printed*. G.P. Putnam's Sons

⁴⁹ Holmes Jr., O.W. (Ed.) (1884) *Commentaries on American Law*. Little Brown & Co.

⁵⁰ Kempin Jr, F. G. (1959). Precedent and stare decisis: The critical years, 1800 to 1850. *Am. J. Legal Hist.*, 3, 28.

⁵¹ *Kerlin's Lessee v. Bull*, 1 U.S. 175 (1786), pp. 175, 178.

⁵² *Ex parte Bollman*, 8 U.S. 75 (1807) (opinión disidente del Juez Johnson).

reflejó la teoría declarativa al decir que “la uniformidad en las decisiones es, a menudo, tan importante como su justicia abstracta”. Para este Juez, la revisión de decisiones previas era una materia de necesidad, y cualquier decisión que no la permitiese, no podría considerarse propiamente Derecho.

Por su parte, el Juez Marshall en *United States v. More* (1805) tomó una decisión aparentemente contraria a los precedentes aplicables al caso, justificando que, el hecho de que se hubiese dado un caso previo similar no instaba a la Corte a seguir el mismo razonamiento si en aquél no se analizaban aspectos particularmente relevantes para éste. En otras palabras, estaba otorgando importancia a la existencia de un precedente, contraviniendo al J. Johnson y a la propia teoría declarativa, preponderante en aquella época. Dos años después, en el mencionado *Ex parte Bollman* (1807) de nuevo se remitió a dos precedentes para resolver un caso. Lo particular fue que ninguno de ellos resolvía el mismo asunto, lo que contradecía lo que el propio Juez había establecido en 1805. Consciente de esta paradoja, en *United States v. Deveaux* (1809) añadió que, si bien las decisiones en las que se había apoyado no podían denominarse como imperativos (pues no resolvían el mismo argumento particular), aun así, tenían “mucho peso”, y por ello los precedentes de la Corte no podían descartarse por completo.

Durante esta formación de la Corte se anularon únicamente dos decisiones previas: *Wilson v. Daniel* y *Foster v. Neilson*. La primera, anulada en *Gordon v. Ogden*, encontró una justificación en que, a lo largo de los casos que mediaban entre ambas, se había ido desarrollando como preeminente la práctica contraria a la defendida en el caso inicial. La segunda, anulada por *United States v. Percheman*, descansó en la conclusión de que, a la hora de juzgar el caso, no se habían mostrado a la Corte ciertos hechos importantes. Estos motivos se mantienen en términos empleados por la Corte actual: que se dé la erosión del

precedente por casos posteriores, o que sus premisas se basen en conocimientos fácticos incompletos.⁵³

Así las cosas, se puede observar que, en las primeras etapas de la Corte Suprema, aunque con evidente influencia de la teoría declarativa, desde el momento en que se fue positivizando la idea de visitar los precedentes, se abogó por la necesidad de una justificación especial, de un error analítico⁵⁴. Y, a lo largo del tiempo, especialmente en la Corte del Presidente Marshall, se fue desarrollando una tendencia de mayor fortaleza del precedente y de mayor necesidad de justificación para su examen. La semilla que plantó W. Blackstone empezó a dar sus frutos, y el *stare decisis* fue construyendo su propia jurisprudencia, desprendiéndose, de a poco, de su carácter intangible.

Era Moderna (Siglos XX Y XXI)

Lo que se extrae del repaso histórico hasta este momento es que, desde sus comienzos, el *stare decisis* ha padecido las mismas tensiones y conflictos que en la actualidad. Ahora bien, como se ha adelantado, no puede hacerse una equivalencia completa entre el significado del *stare decisis* en el pasado y en la actualidad. Y esto por varios motivos.

En primer lugar, las primarias formaciones de la Corte de los EE.UU. basaron su criterio del *stare decisis* en el *Common Law* y las notas y textos de las autoridades. En la actualidad, es la propia doctrina creada por la Corte la que se sigue a la hora de analizar la vinculación del precedente (“precedentes sobre precedentes”)⁵⁵ y las notas originarias sirven como meros apoyos.

⁵³ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1990), p. 863.

⁵⁴ Ya W. Blackstone entendió que la Ley no podía verse alterada por los “sentimientos privados” de los jueces. *Ibid supra*, nota 37.

⁵⁵ Es la denominación que se ha empleado para hacer referencia a aquellas decisiones de la Corte Suprema que versan sobre precedentes anteriores y esgrimen razones de peso en cuanto a su anulación o mantenimiento. Es decir, son aquellas decisiones que generan y afianzan doctrinas en relación a la vinculación de los precedentes.

En segundo lugar, porque el entendimiento del propio Derecho ha cambiado. En la Era Fundacional existía aun una importante influencia del Derecho natural y de la ley divina, normas que se presentaban al juez y lo vinculaban. Esto se evidencia en la teoría declarativa, en la que el juez, de manera intuitiva, debía saber qué norma aplicar, y esta podía provenir del Derecho natural, de las leyes naturales o de la propia ley divina. Cabe recordar que las razones por las que W. Blackstone veía procedente anular un precedente se basaban en la falta de fundamentos basados en la Equidad o la Justicia o por contravenir la Ley Divina⁵⁶. En la actualidad, la Corte Suprema se encarga de interpretar las leyes federales (*statutes*) y otras disposiciones cuya fuerza vinculante deriva de la propia legitimidad del órgano legislativo. Actualmente, por “Derecho” se entiende, en esencia, el Derecho positivizado, más allá de la existencia de los Principios Generales del Derecho o usos y costumbres, cuya fuerza vinculante no va más allá de la de medios de auxilio a la interpretación o cuya aplicación es residual.

En tercer lugar, porque este “cambio de Derecho” ha supuesto un cambio en la propia naturaleza de la función de la Corte. En la Era Fundacional, la Corte no trataba de interpretar leyes escritas, sino de aplicar principios, muchos de ellos no normativizados⁵⁷ que el juez conocía por medio de la intuición. En la Era Fundacional, el propósito de la Corte era aplicar el principio de Derecho abstracto más conveniente al caso. Al contrario, en la Era Moderna, se emplea el Derecho concreto, normativizado, como son las leyes federales o la Constitución, que el juez, indudablemente, debe interpretar y en cuya tarea debe ponderar intereses y perjuicios.

Manteniéndose así las cosas durante los siglos XVIII y XIX, la mayor evolución en doctrina de *stare decisis* se dio a partir del siglo XX, por medio de las interpretaciones jurisprudenciales, y más especialmente, a través de las decisiones que constituyen “precedentes sobre precedentes”. En el camino a dar un significado a esta doctrina, son hitos

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Pollock, F. (1896). *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan.

jurisprudenciales las siguientes sentencias de la Corte Suprema: *Burnet v. Coronado Oil* (1932), *Payne v. Tennessee* (1991) e, inevitablemente, *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey* (1992).

En 1932, el Juez Brandeis, en su opinión disidente en el caso *Burnet v. Coronado Oil*, y referenciando varias decenas de precedentes, realizó un análisis de la práctica de la Corte en materia de anulación de precedentes. En esta opinión, el Juez vertió determinadas opiniones que han adquirido el estatus de aforismos en materia de *stare decisis*. En este sentido, declaró que el *stare decisis* no era un “comando inexorable” (*inexorable command*), sino una política sabia (*wise policy*). Estableció también que, “en la mayoría de materias, es más valioso determinar la regla legal aplicable que determinarla correctamente” (*that the applicable rule of law be settled than that it be settled right*). Y determinó dos criterios básicos de revisión: la existencia de un mejor razonamiento (*better reasoning*) o las lecciones de la experiencia (*lessons of experience*).

A lo largo de la evolución del *stare decisis*, y especialmente en el último siglo, los distintos Jueces han ido aplicando diferentes estándares para determinar la continuidad o la anulación de un precedente. Y en este sentido, gran parte de la doctrina ha entendido que existen, a grandes rasgos, dos líneas de interpretación. Por una parte, aparece el *stare decisis* “débil”, que apoya que una decisión debe anularse si ha sido “mal razonada”⁵⁸. Por otra parte, el *stare decisis* “fuerte”, que establece que debe haber una “justificación especial” para anular un precedente⁵⁹.

⁵⁸ Ejemplos de la doctrina débil son: *Burnet v. Coronado Oil* (opinión disidente del J. Brandeis 1932), *Smith v. Allwright* (1944); *Payne v. Tennessee* (1991) *Pearson v. Callahan* (2009); *Montejo v. Carhart* (2009); *Citizens United v. FEC* (2010). En todos ellos, la defensa del *stare decisis* débil formó parte de la opinión mayoritaria, a excepción de la primera. Cabe decir que el “mal razonamiento” es un concepto jurídico indeterminado, lo que supone una nueva frontera de interpretaciones.

⁵⁹ Ejemplos de la doctrina fuerte son: *Burnet v. Coronado Oil* (opinión disidente del J. Brandeis 1932); *Swift & Co. v. Wickham* (1965); *Rumsey v. Arizona* (1984); *Payne v. Tennessee* (opinión disidente del J. Marshall, 1991); *Planned Parenthood v. Casey* (1992), *Citizens United v. FEC* (opinión disidente del J. Stevens, 2010).

La opinión disidente del J. Brandeis ha servido para apoyar ambos caminos, pues, de una parte, estableció una lista de casos en los que se probaba que la Corte había anulado precedentes constitucionales por discrepancias con la argumentación de fondo (débil). Y, de otra parte, cuando aseveró que, en la mayoría de materias, era más valioso establecer el Derecho que establecerlo correctamente, hay quienes entienden que es una forma de expresar que es necesario algo más que una discrepancia para poder anular un precedente (fuerte).

Esta dialéctica unió sus caminos en *Payne v. Tennessee* (1991), donde se produjo la primera discusión jurisprudencial sobre el asunto, discusión que se reprodujo ampliamente en la más reciente *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010).

En *Payne v. Tennessee*, el Presidente de la Corte, el J. Rehnquist, habló expresamente del *stare decisis* y declaró que, mientras el cénit de la vinculación del *stare decisis* se encuentra en casos de en los que hay *reliance interests* comerciales en juego, esta vinculación debía ser menos estricta en casos decididos por una mayoría ajustada. El juez, en la opinión mayoritaria, adoptó una visión débil del *stare decisis*. Por el contrario, el J. Marshall, en su opinión disidente, advirtió que el Juez estaba creando una nueva versión del *stare decisis* y abogó por la tendencia fuerte, estableciendo que “la Corte nunca se ha separado de un precedente sin una justificación especial”, citando a O’Connor en *Rumsey v. Arizona*, lo que puso en el foco la idea de la “justificación especial”, posteriormente rebatida y apoyada por otros jueces.

Otro caso paradigmático en el debate del *stare decisis* es el propio *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey* (1992), en el que la opinión mayoritaria se aferró a una visión fuerte del *stare decisis*. En su opinión mayoritaria, el J. Stevens defendió que la anulación de un precedente debe responder a una razón especial (*special reason*) más allá de la creencia de que una decisión fue decidida erróneamente e, incluso, de las propias reservas de los jueces. Por su parte, las opiniones disidentes del Presidente Rehnquist y del J. Scalia se aferraron a

argumentos acerca del *stare decisis* débil, lo que evidenció la persistente dualidad entre ambas posturas.

Parámetros y estándares de revisión del precedente

Por si todo lo anterior fuese poco confuso, se da la circunstancia de que, como se ha podido intuir, dentro de ambas posturas no existe unanimidad acerca de los criterios a seguir en la decisión de anular o mantener un precedente.

El Profesor Randy J. Kozel, de la Universidad de Notre Dame (Indiana) distingue los diferentes estándares en tres grupos: lógicos, temporales y técnicos⁶⁰. Dentro de los estándares lógicos o causales, se encuentra la congruencia (*soundness*), que hace referencia a los argumentos, a la calidad del razonamiento (*e.g.*: *Citizens United v. F.E.C.*, 2010) y se emplean términos como “*badly reasoned*”, “*manifestly erroneous*”, “*egregiously wrong*” o “*egregiously incorrect*”. Otro es la practicabilidad (*workability*), en referencia a las complicaciones que la decisión ha generado a nivel aplicativo para tribunales, abogados y juristas (*e.g.*: *Casey* o *Dobbs*) o la ineffectividad de la norma por su simplicidad (*e.g.*: *Swift & Co. v. Wickham*). En cuanto a los temporales o doctrinales, se encuentran: la evolución de la comprensión, que se refiere al cambio de los hechos o al cambio de percepción de los mismos con el paso del tiempo (*e.g.*: *Atkins v. Virginia* o *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*); la antigüedad de la decisión, esto es, los años que lleva vigente (*e.g.*: *Harmelin v. Michigan*), y la anacronicidad, aquella cualidad de los precedentes cuyos pilares han sido erosionados por decisiones subsecuentes (*e.g.*: *Patterson v. McLean Credit Union*). Por último, los estándares técnicos, que son, en esencia; la naturaleza de la regla de decisión, si ésta es sustantiva o procesal (*e.g.*: *Pearson v. Callahan*), y el número de votos a favor o en contra (*e.g.*: *Payne v. Tennessee*).

⁶⁰ Kozel, R. J. (2010). *Stare decisis* as judicial doctrine. *Wash. & Lee L. Rev.*, 67, p. 411.

Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, de creación jurisprudencial, a los que cada juez da su toque personal. Esto, como es de esperar, genera, a nivel de cada estándar, debates, contradicciones y dudas. Por ejemplo, la congruencia del razonamiento debe atemperarse con los intereses de los terceros. La practicabilidad no es un estándar fijo, pues hay quienes, aun con reservas, han podido confiar en una regla o, quienes han desconfiado de ella por la convicción de que se anularía. Por su parte, el anacronismo es relativo, pues puede ser que una regla, única en su ámbito, se mantenga porque sea absolutamente adecuada para el caso en concreto. En cuanto a la antigüedad, es ambivalente, pues en unas ocasiones se emplea para otorgar más deferencia a las decisiones más vetustas (*U.S. v. Morrison*) y en otras para otorgársela a las más nuevas (opinión del J. Alito en *Montejo v. Louisiana*). Sobre el número de votos concurrentes o disidentes, hay quienes han abogado por la debilidad de los casos decididos por un pequeño margen (opinión mayoritaria en *Payne v. Tennessee*), pero también puede entenderse que, cuando un asunto divide a la Corte, es cuando más extensamente se ha debatido (opinión disidente del Juez Marshall en *ibid.*).

Además, esta falta de rigidez se manifiesta incluso en la ambivalencia de las propias posturas de los jueces, como se ha visto con el J. Marshall y como se puede observar en el más reciente J. Scalia (1936-2016).

El Juez Scalia, en su opinión disidente en *Casey*, el Juez señaló que los autores de la opinión conjunta, aunque “no sostuvieron que *Roe v. Wade* fuese una aplicación del ‘juicio razonado’”, indicaron que debía seguirse meramente a causa del *stare decisis*. Y que, en el análisis que la Corte hace, en ningún momento se pregunta “¿cómo de errónea fue la decisión a simple vista? (*on its face*)”. Para el Juez, *Roe* era “claramente errónea” siguiendo el juicio razonado e incluso el criterio del texto y la tradición. Sin embargo, cabe destacar la observación que realizó, tres años después, en 1995, en *Hubbard v. United States* (514 U.S. 695, en 716) el Juez Scalia estableció que la decisión de anular un precedente debe “dar razones más allá” de demostrar que la opinión estaba equivocada. Y dos años después de ésta señaló que: la “amplia aceptación de una resolución en la cultura legal... es una razón adecuada para no

anularla” (*Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314, 331 (1999)). Por lo tanto, pese a dar enorme importancia a la necesidad de indagar en si una decisión es claramente incorrecta en *Casey*, el Juez le restó importancia en otros casos en los que consideró conveniente ponderar aspectos más allá del propio error.

Deferencia del *stare decisis* a cuestiones constitucionales

Además de toda la contradicción expuesta en materia de *stare decisis*, cabe mencionar otro debate que se ha suscitado en la doctrina: ¿tiene el *stare decisis* la misma fuerza en todas las áreas del Derecho?

En primer lugar, aparece una corriente doctrinal que entiende que el *stare decisis* adquiere su máxima importancia en la interpretación de las leyes federales (*statutory construction o interpretation*) y su menor fuerza en casos constitucionales. Realmente, el inicio de esta divergencia surgió *ex novo*, de nuevo, de la mano del J. Brandeis en *Burnet v. Coronado Oil*. Y es que, aunque elaborada con pretendida base histórica, la opinión disidente de 1932 fue la primera defensa contundente de esta idea. Al establecer que “en la mayoría de materias, es más valioso determinar la regla legal aplicable que determinarla correctamente”, advirtió que, en materia constitucional, “la Corte se debe a las lecciones de la experiencia y a la fuerza de un mejor razonamiento”. Para ello, ofreció como principal justificación el hecho de que la única manera de resolver un error interpretativo en materia constitucional es por medio de la enmienda de la Constitución, esto es, no puede lograrse por medio de reformas legislativas⁶¹. A ésta se le puede añadir la prevalencia moral de mantener el juramento de respetar la Constitución, pues debe anteponerse el juramento a la Constitución frente a las propias ideas u opiniones. En este sentido, advirtió el Juez Douglas que un juez puede tener impulsos de “venerar” la historia y aceptar lo que una vez se estableció, pero recuerda que, ante todo, se

⁶¹ Argumento recuperado por otros Jueces, entre ellos el C.J. Rehnquist en su opinión en *Payne v. Tennessee*.

sitúa la Constitución, aquella que juró apoyar y proteger.⁶² Para más *inrri*, años después, la opinión del Juez Reed en *Smith v. Allwright* estableció que esta diferencia de trato era una práctica largamente aceptada por la Corte⁶³. Sin embargo, pese al pretendido bagaje histórico que sendas decisiones atribuían a esta idea, lo cierto es que en la Era Fundacional y a lo largo del siglo XIX no se hicieron referencias a la existencia de tal diferencia.

Ahora bien, esta tesis fue intensamente defendida durante la época de la Corte del Presidente Rehnquist (1986-2005)⁶⁴. En este sentido, la Corte se mostró reticente a anular precedentes acerca de derecho federal o estatutario, entendiendo que la tarea de revisión legislativa corresponde “al propio Congreso” y no a la Corte Suprema⁶⁵, respetando como principio de la Nación la separación de poderes. Sin embargo, algunos miembros de la Corte han expresado reticencias frente a esta diferencia de trato⁶⁶, y los demás simplemente han puesto poco esfuerzo en corroborar que existe una base histórica para esta tesis que vaya más allá de 1932. La falta de base histórica, aun así, no ha sido óbice para que, repetidamente se haya sentenciado que, en materia constitucional, el *stare decisis* se encuentra en su punto más bajo (*at its weakest*)⁶⁷.

La cuestión que surge es si realmente esta deferencia hacia el derecho constitucional supone una diferencia frente a la igualdad de la Era Fundacional.

⁶² Douglas, W. O. (1949). *Stare decisis*. *Columbia Law Review*, 49(6), 735-758; *Neal v. United States*, 516 U.S. 284 (1996), p. 295; *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997), p. 235.

⁶³ “*This Court throughout its history has freely exercised its power to reexamine the basis of its constitutional decisions. This has long been accepted practice, and this practice has continued to this day.*” Cabe destacar que ya en su función de Procurador General, el Juez Reed había manifestado la necesidad de optar por una aplicación más liberal del *stare decisis* en materia constitucional y en la necesidad de examinar sus conclusiones a la luz del documento más que a la del precedente.

⁶⁴ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991) p. 965; *Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U.S. 530 (1962), p. 543.

⁶⁵ *Neal v. United States*, 516 U.S. 284 (1996), p. 296.

⁶⁶ J. Thurgood Marshall en *Payne v. Tennessee* (1991), o J. Scalia en *Johnson v. Transportation Agency* (1987).

⁶⁷ “*Is at its weakest when [the Court] interpret[s] the Constitution,*” *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, p. 235. *E.g.*, *South Dakota v. Wayfair, Inc.*, p. 2098 (2018); *Hubbard v. United States*, p. 713 (1995); *Monell v. Dep’t of Soc. Servs.*, p. 663 (1978); *id.* en pp. 711–12 (opinion concurrente del J. Powell).

Lo cierto es que, como establece el Profesor Lee, esta diferencia de trato sólo tendría sentido en aquellos casos que se encuentren indemnes de erosión y que presenten *reliance interests* muy fuertes (lo que, se verá, es difícil de determinar en materia constitucional). De lo contrario, por medio de cualquier argumento de aplicación general, se podría llegar a la anulación del precedente. Y, desde luego se ha comprobado (precisamente en *Dobbs v. Jackson W.H.O.*) que la Corte exige algo más que el carácter constitucional de un precedente para derogarlo, normalmente entendiendo que no existen *reliance interests* o que los precedentes se han visto minados.

Otra diferencia de trato aparente fue manifestada ya en la Era Fundacional por J. Kent, que señaló que el *stare decisis* tenía especial fuerza en casos relacionados con la propiedad y el Derecho de contratos, en los que el término *reliance interests* hacía referencia explícita a intereses determinados o determinables de terceros de buena fe⁶⁸. Esta misma idea ha sido replicada con mayor contundencia por otros jueces, en *Jackson v. Chew* (1827), *M'Keen v. Delaney's Lessee* (1809) o *Payne v. Tennessee* (opinión del J. Rehnquist). Y se ha ido concretando que su punto fuerte se encuentra en los casos que involucran *reliance interests* de carácter comercial.

En ambos casos, lo que se observa es una cierta tendencia a la “debilitación” de la fuerza del *stare decisis* en materia constitucional, de modo que sus estándares sean más rígidos que en otras áreas del Derecho a fin de suplir la falta de otro medio de modificación. Sin embargo, a nivel normativo, el aminorar el efecto de precedente habitual en casos constitucionales, es cuestionable. Lo que el Juez Brandeis señaló en 1932, la Corte de 2022 lo repite en otras palabras, que es conveniente “acordar correctamente” las libertades constitucionales. Sin embargo, esto es difícil de llevar a cabo si estas se van a ver susceptibles de modificación aun incluso cuando han generado cambios legislativos, políticos y sociales.

⁶⁸ Carta de James Madison a Charles Jared Ingersoll (25 de junio de 1831), republicada en Hunt, G. (1910) *The Writings of James Madison, comprising his Public Papers and his Private Correspondence, including his numerous letters and documents now for the first time printed*. G.P. Putnam's Sons.

El sistema de *stare decisis* permite e impulsa a las personas a confiar en las decisiones judiciales para formar expectativas sobre sus derechos y deberes, y para estructurar sus vidas y mentalidades en base a esas expectativas⁶⁹.

Reliance interests

Es interesante en este punto resaltar el hecho de que, en la práctica judicial de interpretación constitucional, se haya introducido el término de los *reliance interests*. Los *reliance interests* tradicionalmente entendidos tienen su ámbito de existencia especialmente en el Derecho privado, y hacen referencia a las expectativas legítimas de aquellos terceros de buena fe que han actuado confiando en los actos o declaraciones de otra persona. Y, en esta materia, los *reliance interests* se han empleado como mecanismo de contrapeso a la hora de decidir anular decisiones judiciales, contratos u otros actos, haciendo necesario tomar en cuenta el perjuicio que se causaría a los terceros de buena fe.

Esta idea se ha traspasado al ámbito de la interpretación del Derecho público, en concreto, el constitucional, como una forma de referirse a las expectativas de los terceros de buena fe que han actuado en base a la confianza de que un principio, regla o derecho de ámbito constitucional se mantendría vigente en el tiempo.

Lo que sucede en este particular es que, si bien los *reliance interests* del derecho privado (especialmente, Derecho de propiedad y de contratos) son determinados o fácilmente determinables, los del derecho constitucional tienen una dimensión más abstracta. Aquí, de nuevo, se apila un problema sobre otro, pues no existe una definición uniforme de lo que estos intereses son en materia de constitucional, ni mucho menos la manera de medirlos, su alcance o su importancia. Una vez más, se abre la veda para cualquier posible interpretación.

⁶⁹ Varsava, N. (2023). Precedent, Reliance, and Dobbs. *Harv. L. Rev.*, 136, pp. 1845-1867.

Por ello, y aun si se venciesen todos los obstáculos anteriores y se lograra establecer un estándar de aplicación general del *stare decisis*, éste no sería completamente adecuado, pues se deben ponderar los concretos *reliance interests* del caso particular y del precedente discutido, que, además, no tienen por qué coincidir.

Los *reliance interests* influyen y matizan la aplicación del Derecho y permiten la adecuación del Derecho a nuevas situaciones, pues estos intereses no son estáticos⁷⁰. La Corte ha ido estableciendo indicios de las cualidades que han de tener los *reliance interests* para condicionar la aplicación del Derecho. Así, por ejemplo, Casey menciona a *United States v. Title Ins. & Trust* (1924) cuando dice que se debe estar a si la regla está sujeta a un tipo de confianza que supusiese una “adversidad importante” y “añadiese inequidad” a las consecuencias de anular.⁷¹ O en *Payne v. Tennessee*, donde se advirtió que los *reliance interests* atraen el mantenimiento de una decisión porque es donde es necesaria “una planificación anticipada de gran precisión”.

Una vez *Roe v. Wade* consolidó el derecho al aborto como un derecho constitucional, Casey y *Dobbs* expusieron sendos *reliance interests*. Como es evidente, en ambos, estos intereses no son los “tradicionales” (entendiendo así los del Derecho privado), pero la aproximación que se toma en cada caso es diferente.

Cuando Casey reexaminó *Roe* diecinueve años después de decidirse, tuvo claro que había *reliance interests* en juego, y se refirió a ellos como tal. La Corte de 1992, además, fue consciente de la relación conflictiva existente relativa a su importancia en el Derecho privado y en el Derecho constitucional, reconociendo que es fácil imaginar un “argumento que enfatice la diferencia entre este caso y otro que involucre propiedad o contratos” y recordando que es en el primero donde se emplea típicamente la confianza como argumento de peso para mantener una decisión.

⁷⁰ Brinig, M. F., & Carbone, J. (1987). Reliance Interest in Marriage and Divorce. *Tul. L. Rev.*, 62, 855.

⁷¹ En el inglés original: “*whether the rule is subject to a kind of reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add inequity to the cost of repudiation*”.

Sin embargo, esto no fue óbice para que *Casey* tuviese claro que la revocación del límite a la interferencia estatal establecido por *Roe* supondría una “grave inequidad” a aquellas personas que “por dos décadas de desarrollo económico y social, han organizado sus relaciones íntimas y han tomado decisiones que definen su forma de verse a sí mismos y a sus lugares en la sociedad, en confianza en la disponibilidad del aborto para el caso de que los anticonceptivos fallen”. Y recordó que la capacidad de las mujeres para participar en la sociedad de manera igual a los hombres se ha visto potenciada por la capacidad de controlar sus vidas reproductivas. Para *Casey* estaba claro: no pueden dejarse de lado los costes que anular *Roe* conllevaría para las personas que han organizado su pensamiento y su forma de vivir alrededor de su vigencia.

En su opinión disidente, el entonces Presidente de la Corte, el Juez Rehnquist, advirtió que “cualquier concepto tradicional de ‘confianza’ no es aplicable aquí”. Y, si bien esto es lógico, lo que viene después no lo es tanto. El Presidente señaló la aparente hipocresía de la Corte, que aboga por los intereses de una parte, pero deja de lado los de aquellas personas afectadas por el esquema trimestral que la opinión mayoritaria revocó. Además, advirtió que la opinión conjunta había creado una noción de “confianza” poco “convencional” y poco “convinciente”, basada únicamente en “afirmaciones generalizadas sobre la psique de la Nación”. Y aseveró que esta visión era poco desarrollada y prematuramente conclusiva.

Por su parte, *Dobbs* dedica una parte de su análisis del *stare decisis* a los *reliance interests*. Y en ella toma un rumbo divergente al que tomó *Casey*. En primer lugar, la opinión mayoritaria sostiene que la anulación de *Roe* y *Casey* no comprometerá a los *reliance interests* “muy concretos” como los que surgen en “casos relacionados con derechos de propiedad y de contratos”, citando a *Payne v. Tennessee*. Cierra cualquier debate sobre este extremo, estableciendo que el propio *Casey* reconoció que estos *reliance interests* no estaban en juego porque el aborto es normalmente una “actividad no planeada”, y que la planificación reproductiva podría tener en cuenta “prácticamente de manera inmediata” cualquier “restablecimiento del poder estatal para prohibir el aborto”. Si bien lo entrecomillado son citas

literales de *Casey*, adquieren otro tono en su contexto, y merece la pena detenerse en este extremo.

Casey, al reconocer, como ya se ha dicho, la diferencia de los *reliance interests* en materia privada y constitucional, concuerda en que los “tradicionales” son aquellos presentes en la primera de las materias. Ahora bien, cuando reconoce que el aborto es típicamente una opción tomada como “respuesta no planeada” ante una “actividad no planeada”, afirma que tal comportamiento parecería justificar que no hay ningún “*reliance interest*”. Y esto para decir que es fácil concluir que no están en juego los *reliance interests* “tradicionales” porque se trata de una relación sexual que no se ha realizado con la idea planificada de optar por un aborto, sino que tal decisión ha sido tomada sin premeditación ante la eventualidad de que los anticonceptivos tradicionales fallasen. Y es en este contexto que *Casey* matiza: “este argumento se basaría en la hipótesis de que la planificación reproductiva podría tener en cuenta ‘prácticamente de manera inmediata’ cualquier restablecimiento del poder estatal para prohibir el aborto”.⁷²

Casey no estaba asumiendo que la planificación reproductiva o familiar pueda adaptarse de manera casi inmediata a un cambio en la legislación del aborto, sino que, para considerar que no hay ningún *reliance interest* involucrado, habría que partir de la hipótesis, suposición o conjetura de que lo pueda hacer. Esto no es así, pues si bien no es el objetivo con el que se tienen relaciones sexuales (no se planifican con el fin de obtener un aborto), las mujeres, especialmente las que han vivido y crecido con la vigencia de la disponibilidad del aborto, son conscientes de que tal decisión existe. Cabe pensar, por ejemplo, en aquellas personas propensas a un embarazo de riesgo, o aquellas con antecedentes familiares de enfermedades muy graves o incompatibles con la vida, o en aquellas personas transgénero cuyo reemplazo hormonal falle o cuya falta de acceso a él pueda producir un desajuste

⁷² *Planned Parenthood v. Casey* (p. 856).

hormonal que mantenga o reestablezca la fertilidad. En definitiva, la adaptación de la planificación reproductiva a tal cambio sería, cuanto menos, abrupta.

Además, Casey, a renglón seguido apunta que, “eliminar tan simplemente la cuestión de los *reliance interests*” supondría reducir su existencia a “una determinada fase de la actividad sexual”, pues la planificación reproductiva y familiar puede iniciar en el momento en que dos personas formalizan su relación y puede, además, variar por circunstancias sobrevenidas.

Hasta este punto, la interpretación que da Dobbs de lo que Casey expresa es incompleta y sesgada, dando una prevalencia inédita a los *reliance interests* “tradicionales” o “del derecho privado” en un caso de derecho constitucional, ignorando el hecho de que la Corte sí ha venido teniendo en cuenta otros *reliance interests* más allá de los primeros. Esta ignorancia se infiere del lenguaje empleado por la Corte, que señala que Casey “percibió” una forma “novel” y “más intangible” de confianza. En realidad, no es una percepción de Casey, sino una realidad en la jurisprudencia de la Corte.

Si bien es cierto que cuando se presenta un *reliance interest* “concreto”, la Corte puede evaluarlo, no es cierto que un interés “intangible” siempre sea “inconcreto”. En este sentido, Rachel Bayefsky, Profesora Asociada de la *University of Virginia School of Law*, advierte que en Dobbs la opinión mayoritaria se refiere a “muy concreto” (*very concrete*) e “intangible” (*intangible*), como términos antagónicos, cuando, en la terminología de la Corte Suprema, “concreto” e “intangible” no son términos excluyentes entre sí⁷³.

Por ejemplo, en *Spokeo Inc. v. Robins* (2016), un caso referente al *Article III Standing Doctrine*, sobre la legitimidad para impugnar una ley, estableció que un daño “concreto” debe ser *de facto*, debe “existir realmente”. Y dice: “cuando hemos empleado el adjetivo ‘concreto’, hemos pretendido expresar el significado usual del término – ‘real’ y no ‘abstracto’”. Además, la Corte distingue que, entre estos daños concretos pueden ser “tangibles” e “intangibles”. En

⁷³ Bayefsky, R. (2023). Tangibility and Tainted Reliance in Dobbs. *Harv. L. Rev.*, 136, F. 384.

TransUnion LLC v. Ramirez (2021) la Corte de nuevo confirmó que los daños intangibles podían ser “concretos”.

Si bien estos casos versan sobre otro ámbito del Derecho, evidencian que la Corte no identifica ambos términos, y que un interés, un daño o un beneficio pueden ser “concretos” e igualmente “intangibles”. Un daño tangible, por ejemplo, puede ser económico o físico, y concretamente, puede ser la sustracción de mil euros o la fractura de un brazo, respectivamente. Del mismo modo, un daño intangible puede ser una situación de estrés, concretamente un trastorno de estrés post-traumático. En fin, que estos intereses no sean físicos o tangibles no significa que no sean reales o cognoscibles. Que no se puedan medir de manera tan absoluta como en el derecho de la propiedad no supone que no se puedan medir en absoluto.

Por esto, la opinión se mayoritaria está siendo poco honesta consigo misma cuando afirma que, aunque se encuentra “equipado” cuando se trata de un *reliance interest* “concreto”, el caso de los *reliance interests* intangibles es “otro asunto” (*another matter*).

Aun así, la propia Corte señala en *Dobbs*, que este tipo de *reliance interests* dependen de una “pregunta empírica”: ¿cuál es el efecto del derecho al aborto, tanto en la sociedad como en la vida de las mujeres? Se trata, en el fondo, de una falacia *ad ignorantiam*: como X no se puede probar, X es falso. Pero, más aún, X se puede probar. Es una pregunta empírica, que puede resolverse acudiendo a estadísticas, informes o reportes que, aunque se refieran a relativos y no a absolutos, pueden indicar si existe o no algún tipo de confianza o dependencia en la disponibilidad del aborto.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar al Profesor William Eskridge Jr., que entiende que los *reliance interests* en materia constitucional pueden separarse en tres grupos: públicos, sociales y privados.⁷⁴ Los *reliance interests* privados hacen referencia a la confianza que depositan los individuos y las instituciones en la continuidad de una regla o sistema legal

⁷⁴ Eskridge, W. N. (2023). *Reliance Interests in Statutory and Constitutional Interpretation*.

cuando toman ciertas decisiones. Estos intereses son los que la opinión disidente en *Dobbs* menciona, respecto a las vidas de las mujeres, su posición en la sociedad y su igualdad con los hombres. Los *reliance interests* sociales⁷⁵, que tienen un ámbito más amplio y hacen referencia a los intereses de la sociedad como conjunto en que una determinada norma se mantenga. En este sentido, la Corte ha hablado de una “confianza cultural” y del “interés que todos compartimos en la preservación de nuestras prometidas libertades constitucionales”⁷⁶. Este interés social también puede entenderse como un “interés individual agregado”⁷⁷, cuando la confianza individual se mantiene en un gran grupo de personas. Los *reliance interests* públicos hacen referencia a la confianza depositada en el ámbito de política pública, esto es, en la legitimidad de las instituciones, en la democracia y en las instancias de poder, entre ellas, la Corte Suprema.

En definitiva, parece que, pretendiendo apoyarse en *Casey*, la opinión mayoritaria de *Dobbs* descarta sin mucha preocupación (en cuatro párrafos) el asunto de los *reliance interests*, al cual *Roe* y *Casey* trataron con mayor delicadeza, aun cuando estas decisiones tienen cinco y tres décadas.

Por último, cabe señalar que la Corte recrimina que el intento de pesar los efectos en las mujeres y en los fetos se distancia de la “proposición constitucional original” de que “los tribunales no sustituyen sus creencias sociales y económicas por el criterio de los cuerpos legislativos” *Ferguson v. Skrupa*, (1963), y si bien esto es cierto, la teoría declarativa ha sido ampliamente descartada, y es entendimiento general que el juez, a la hora de “declarar” el Derecho, debe ponderar, interpretar y tener en cuenta aspectos que se van más allá del papel. Y a este respecto, cabe que los jueces, en su tarea, contemplen la existencia de *reliance*

⁷⁵ Han sido también reconocidos por la propia Corte Suprema en casos como *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003): “*In Casey we noted that when a court is asked to overrule a precedent recognizing a constitutional liberty interest, individual or societal reliance on the existence of that liberty cautions with particular strength against reversing course.*”

⁷⁶ *Ramos v. Louisiana* (2020) 140 S. Ct. 1390, pp.1406, 1408 (2020); *Dickerson v. United States* (2000), 530 U.S. 428, 443.

⁷⁷ *Ibid. supra*, nota 69.

interests, en cualquiera de los matices que la Corte toma y considerando que, en cinco décadas de vigencia de un Derecho, es prácticamente ineludible que dichos intereses se hayan desarrollado.

Stare decisis en Roe v. Wade y Planned Parenthood v. Casey

Una vez establecido lo anterior, cabe recordar los puntos en los que se apoyó *Planned Parenthood v. Casey* para examinar la doctrina del *stare decisis* en *Roe v. Wade*. Y fueron: 1) la practicabilidad de la regla; 2) las consecuencias negativas de la anulación; 3) la evolución legal o doctrina que convierta al precedente en un anacronismo; 4) la evolución fáctica que deje el argumento central como irrelevante o injustificable.

Sobre el primer extremo, *Casey* sentenció que, pese a la oposición que *Roe* generó, no ha sido probado como impracticable. Sobre el segundo, advierte de la necesidad de poner el foco en las personas afectadas y en la confianza que éstas han depositado en la disponibilidad del aborto. Como se ha mencionado anteriormente, *Casey* relaciona una serie de intereses en juego y aboga por la protección de los Derechos reproductivos de la mujer y su habilidad de participar de manera igualitaria en la sociedad. Sobre el tercero, la opinión mayoritaria entendió que no existe ninguna evolución que haya dejado obsoleto lo establecido en *Roe*. *Casey* señala que *Roe* puede ser interpretado de tres maneras: 1) como una decisión más en la línea de casos relacionados con la libertad o la privacidad, como es *Griswold v. Connecticut*, *Skinner v. Oklahoma*, *Loving v. Virginia*, entre otros (así se clasificó la propia Corte); 2) como un caso sobre la necesidad de justificación del interés estatal en la vida para poder interferir en ciertas materias individuales; 3) como un caso *sui generis*. En ninguno de los tres casos se encontraría obsoleta, pues, en el primer caso, responde a una evolución del Derecho en orden a la protección de derechos reproductivos, sexuales y familiares; en el segundo caso, este mismo criterio ha sido continuado por otras decisiones de la Corte

después de 1973⁷⁸; en el tercer caso, porque la decisión de *Roe* ha sido confirmada expresamente en varias ocasiones⁷⁹. Entiende la Corte que, por ello, en caso de que se considerase que el argumento central de *Roe* es erróneo, eso sólo alcanzaría a la fuerza del interés estatal en proteger al feto, pero no en la garantía de respeto a la libertad de la mujer. Sobre la cuarta, si bien en los años entre *Roe* y *Casey* hubo numerosos avances en cuidado maternal y neonatal, esto fue una circunstancia prevista por *Roe* y que, en cualquier caso, únicamente afectaría a la cuestión de los límites temporales.

Recordando la clasificación tripartita empleada por el Profesor R. Kozel, la opinión mayoritaria de *Casey* aplicó estándares temporales o doctrinales (anacronismo, evolución legal y evolución fáctica) y técnicos (practicabilidad). E indagó también, en los *reliance interest* y las consecuencias negativas que se derivarían de la anulación de *Roe v. Wade*. *Casey*, además, evidenció la complejidad y particularidad del derecho al aborto y de *Roe v. Wade*, que han sido (y siguen siendo) objeto de un intenso debate social, moral y filosófico.

Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey hizo un análisis breve pero contundente sobre la conveniencia de mantener el precedente. Para ello empleó varios de los estándares mencionados con anterioridad y, siguiendo la tendencia fuerte, concluyó que el “argumento más fuerte” (*stronger argument*) estaba en favor de mantener *Roe v. Wade*. Y señaló que “una decisión sin una justificación ejemplar no sería un acto judicial en absoluto”, y la necesidad de que las decisiones se expresen “de maneras que” impidan que las personas lo vean como “compromisos con las presiones políticas y sociales existentes”.

Sin embargo, la Corte de 1992 consideró que era conveniente descartar el esquema trimestral y, en su lugar, adoptar el estándar de la carga indebida. Si bien aceptaron la línea de la viabilidad como punto relevante en base al *stare decisis* y a que es el momento en el que “la

⁷⁸ *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U. S. 261, p. 278 (1990); *Riggins v. Nevada*, 504 U. S. 127, p. 135 (1992); *Washington v. Harper*, 494 U. S. 210 (1990).

⁷⁹ *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., (Akron I)*; *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (1986); *Webster v. Reproductive Health Services* (1989), entre otros.

existencia independiente de una segunda vida” puede ser objeto de protección estatal, consideraron que el esquema trimestral “no era necesario”.

Y lo rechazan en base a que no forma parte del “argumento central” de Roe y en base a que la propia jurisprudencia del *stare decisis* ha permitido la “anulación parcial” del precedente. En este sentido, la Corte desde el inicio de la sentencia sostiene que el “argumento central” es el derecho a la mujer a tomar la decisión de abortar sin interferencia indebida del Estado hasta un determinado punto del embarazo. Y los motivos para rechazar el esquema trimestral son: que, en su formulación, malinterpreta la naturaleza del interés de la mujer embarazada; y en su práctica, infravalora el interés estatal en la vida potencial.

Por su parte, *Dobbs v. Jackson W.H.O.* analiza: 1) la naturaleza del error de la Corte; 2) la calidad del razonamiento; 3) practicabilidad; 4) el efecto en otras áreas del Derecho; 5) los *reliance interests*.

Sobre la naturaleza del error de la Corte, la opinión mayoritaria advierte que una interpretación errónea de la Constitución siempre tiene peso, pero tiene más en algunos casos problemáticos. En este caso, la Corte entiende que *Roe* sobrepasó todos los límites y ejerció un “poder judicial bruto” (*raw judicial power*) que desplazó el proceso democrático. Sobre la calidad del razonamiento, la Corte señala que los argumentos de *Roe* eran excepcionalmente débiles, sin lograr justificar su decisión ni sus límites. En cuanto al efecto en otras áreas del Derecho, la Corte en *Dobbs* considera que *Roe* y *Casey* han distorsionado reglas legales como el escrutinio estricto o los principios de la *res judicata*. Sobre los *reliance interests*, habla de los tradicionales y de los abstractos, señalando que los primeros no existen y que los segundos responden a creencias sociales y económicas que son tarea del legislador y no del poder judicial.

Siguiendo, de nuevo, el esquema del Profesor R. Kozel, la Corte de 2022 emplea estándares: técnicos (congruencia, naturaleza del error de la Corte y practicabilidad) y matiza con la ponderación de los *reliance interests*.

Kozel apunta que en el análisis del *stare decisis*, la Corte “debería indagar en los *reliance interests* relevantes”, y debería preguntarse cuántas personas verían sus expectativas afectadas por la anulación de un precedente; cuánto sufrirían; cuánto trabajo legal y jurisprudencial debería rehacerse; y si profundos y amplios entendimientos sobre reglas legales fundamentales se verían perturbadas⁸⁰.

Lo que se extrae de todo lo anterior es que, si bien el *stare decisis* es una doctrina judicial importantísima que se sigue en todos los ámbitos del Derecho, no es una doctrina uniforme. Lo que se ha podido observar es que, en ocasiones, analizando bajo el mismo estándar se han llegado a conclusiones antagónicas, que los propios jueces abandonan criterios y que, muchas veces, el examen del *stare decisis* se dirige a una conclusión predeterminada. En materia del derecho constitucional al aborto, uno de los aspectos que más se han repetido es la fuerza del *stare decisis* para mantener una decisión errónea o anularla. La cuestión es que, lo que es “erróneo” es un concepto jurídico indeterminado, y los criterios para mantener o anular son varios, variados y dispersos. De este modo, podría entenderse que, tanto la argumentación proporcionada en *Casey*, como la proporcionada en *Dobbs* tienen su calado histórico y su congruencia lógica.

En cualquier caso, parece indudable que, para poder completar el análisis de cualquier precedente, se emplee el estándar que se emplee, lo que no se puede olvidar es que existen *reliance interests* involucrados, tanto en el caso particular como en otros relacionados. Y sin duda, el examen que hizo *Casey* es más realista y tiene más en cuenta estos intereses que el que ha realizado *Dobbs*.

⁸⁰ *Ibid. supra.*, nota 60.

Las Piezas Clave De *Dobbs*

Esta última parte analítica del trabajo tiene como objetivo mencionar otros aspectos relevantes en la sentencia de *Dobbs* que, junto con las visiones de la Corte sobre el *stare decisis* y la Decimocuarta Enmienda, ayudan a entender esta polémica sentencia y a perfilar las conclusiones.

Y es que, la aproximación de la Corte a la cuestión del aborto sólo tendría sentido si se cumplen las tres “ideas clave” de *Dobbs*. En primer lugar, que el derecho al aborto no tiene nada que ver con la jurisprudencia en materia de privacidad. En segundo lugar, que tampoco tiene relación alguna con los derechos que se han derivado de esa garantía de privacidad que ha venido desarrollando la jurisprudencia. En tercer lugar, que esta diferencia se debe a que es el único que implica el bien jurídico de la “vida potencial”.

El derecho a la privacidad y el derecho al aborto

Bien adoptando la calificación inicial de *Roe v. Wade* de que el derecho al aborto es “fundamental” y con ello sujeto al escrutinio estricto, o a la posterior de *Planned Parenthood v. Casey* que lo reformula como un “interés de la libertad” sujeto al estándar de la carga indebida, es imprescindible relacionarlo con la “privacidad” y la “libertad” de la Cláusula del Debido Proceso. Habiendo entendido que, en efecto, existe un debido proceso sustantivo, cabe ahora analizar si este pretendido “derecho más amplio a la privacidad” tiene razón de ser.

Y en este contexto, hay que analizar las afirmaciones y críticas más relevantes que la Corte de 2022 hace con referencia a la relación entre el derecho a la privacidad y el derecho al aborto. Cabe también, anticipar, que *Dobbs* no declara expresamente que no exista un derecho a la privacidad, pero en su lenguaje se muestra escéptico.

En primer lugar, *Dobbs* critica de *Roe* que fue “notablemente flojo” (*remarkably loose*) en el “tratamiento del texto constitucional”. Señala que sostuvo que el derecho al aborto “no

mencionado en la Constitución”, es parte de un derecho a la privacidad “tampoco mencionado”.

Esto es innegable. En el momento de ratificación de la Constitución (mejor dicho, de la Carta de Derechos), se contemplaron una serie de previsiones que han ido siendo perfiladas por la Corte Suprema en su tarea de interpretación. Los criterios de interpretación judicial son varios y la discusión de sus características daría para tema de otro trabajo. Sin embargo, cabe señalar que *Dobbs* se inclina por una interpretación textualista de la Constitución, que, como cabe deducir, no es compatible con el entendimiento de que la Cláusula del Debido Proceso tiene un componente sustantivo que permite la incorporación de otros derechos. Ni tampoco con la propia existencia de derechos fundamentales dotados de mayor protección constitucional. De hecho, esta visión entraría en una situación de caos absoluto en si entra en contacto con la Novena Enmienda, que implícitamente recoge que pueden reconocerse otros derechos a los ciudadanos.

Continúa la Corte señalando que ese derecho a la privacidad se había encontrado en “nada menos que” cinco Enmiendas diferentes (Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta). Este lenguaje que emplea la Corte parece querer indicar que *Roe* fue quien estableció que tal derecho nacía de esas Enmiendas, cuando, lo cierto es que para cada una de ellas, la Corte citó, al menos, un precedente⁸¹.

Por ejemplo, *Stanley v. Georgia* (1969) sitúa la existencia de “[el] derecho a ser libre, excepto en ocasiones muy limitadas, de intromisiones gubernamentales indeseadas, en el derecho a la privacidad” (p. 564) en la Primera Enmienda.

En *Terry v. Ohio* (1968), la Corte señaló que “allá donde un individuo pueda albergar una ‘expectativa de privacidad’ razonable, está legitimado para ser libre de intromisión gubernamental irrazonable” (p. 9), en relación con la Cuarta Enmienda.

⁸¹ Ver página 152 de *Roe v. Wade* para obtener la lista completa de precedentes.

También *Katz v. United States* (1967) menciona que: hasta cierto punto, la Quinta Enmienda también “refleja la preocupación de la Constitución por [...] el derecho de cada individuo a ‘un enclave privado donde pueda llevar una vida privada’” (citando a *Tehan v. Shott*, 382 U. S. 406, p. 416). También que se sitúan aspectos de la privacidad protegidos por la Primera (*NAACP v. Alabama*, 1958) y la Tercera Enmiendas.

Griswold v. Connecticut (1965) encontró que de la Carta de Derechos protege ciertas garantías en sus “penumbras” (entendidas como ciertas zonas de protección constitucional no tajantemente delimitadas), y que, de estas, “varias garantías crean zonas de privacidad”. De nuevo, cita casos en los que estas garantías se sitúan en la Primera, la Tercera, la Cuarta y la Quinta Enmiendas (p. 484). Y ya en 1965 (57 años antes de *Dobbs*) la Corte estableció que se habían tenido “numerosas controversias sobre estos derechos de “privacidad y calma”⁸², y que estos casos “atestiguan que el derecho a la privacidad [...] es legítimo” (p. 485). El J. Goldberg, en su opinión concurrente, establece que “el concepto de libertad protege aquellos derechos personales fundamentales” y que “no se restringe a los específicos términos de la Carta de Derechos”. Y concluyó que: “el concepto de libertad [...] acoge el derecho a la privacidad marital, aunque tal derecho no esté mencionado explícitamente en la Constitución, [y es] apoyado por numerosas decisiones de esta Corte” (p. 486).

Meyer v. Nebraska (1923) afirmó que “la Corte no ha intentado definir con exactitud la libertad protegida [de la Decimocuarta Enmienda]”, pero recuerda que el término “sin duda, denota [...] el derecho del individuo a [...] casarse, establecer un hogar y criar hijos”, en definitiva, libertades relacionadas esenciales para “la persecución de la felicidad por el hombre libre”⁸³ (p. 399).

⁸² *Breard v. Alexandria*, 341 U. S. 622 (1951), pp. 626, 644; *Public Utilities Commission v. Pollak*, 343 U. S. 451 (1952); *Monroe v. Pape*, 365 U. S. 167(1961); *Lanza v. New York*, 370 U. S. 139 (1962); *Frank v. Maryland*, 359 U. S. 360 (1959); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942), p. 541.

⁸³ La Corte cita, a este respecto un tren de decisiones que la Corte ha entendido que contienen algún aspecto de la libertad que ha de ser protegido constitucionalmente.

Roe, tras citar esta gran cantidad de precedentes, concluye que estos casos establecen que hay “derechos fundamentales” que están incluidos en esta garantía de privacidad personal, así como dejan claro que estos casos tienen que ver con el matrimonio, la procreación, la creación de un hogar, la crianza de los hijos, etc. (p. 152).

Sin haber referenciado la totalidad de las decisiones recogidas en *Roe*, se puede observar la acusación que hace la Corte de 2022 de que la decisión de 1973 está “poco justificada” es poco creíble. *Roe* se apoya en una gran cantidad de decisiones que, a su vez, se apoyan en otras, que se remontan hasta 1891, con *Union Pacific Railroad Co. v. Botsford*, que estableció que “no hay derecho más sagrado, o más protegido, por el *Common Law*, que el derecho de cada individuo a la posesión y el control de su propia persona, libre de toda restricción e interferencia de otros, salvo por clara e incuestionable autoridad de la ley”.

Y, es que, cabe recordar algo que ya se ha expuesto en este trabajo, que el recurso a precedentes es “especialmente útil por su capacidad de simplificar el procedimiento judicial”⁸⁴. Más aún, en la tarea de interpretación de los Jueces, muchas doctrinas (como la propia del *stare decisis*) se van creando “a golpe de precedente”.

Desde luego, todas estas afirmaciones tienen sentido si se parte de las premisas de que: 1) la tarea de los Jueces es interpretativa; 2) que la Constitución no se limita a lo que se estableció en su ratificación ni a lo que sus ratificadores pretendían; y 3) que existe un debido proceso sustantivo que incluye una serie de derechos que van más allá de las ocho primeras Enmiendas. Estas son las premisas de las que viene partiendo la Corte desde hace décadas. Y, hasta donde la Corte llega en *Dobbs*, no rechaza (salvo el Juez Clarence Thomas), que esto sea así, es más, se toman la molestia de asegurar que el examen realizado únicamente se refiere al aborto y que no debe tomarse como incentivo para cuestionar otras decisiones que no tienen que ver con él.

⁸⁴ *Vid. supra.*, p. 32.

Otra frase remarcable de la sentencia de 2022 es que menciona que *Roe* "deja abiertas al menos tres vías" en las que se puede encontrar el derecho al aborto. Una, que se encontrase en la Novena Enmienda; otra, en las Enmiendas Primera, Cuarta o Quinta; o en una combinación de ellas, incorporada a la Cláusula del Debido Proceso.

Esto no es así, la Corte establece claramente que su visión es que se encuentra subsumido en el derecho a la privacidad, que se encuentra dentro de la "libertad" contenida en la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Aunque apunta que es posible ubicar este derecho a la privacidad en la Novena Enmienda (porque, como se ha visto, se ha hecho en algunas decisiones previas), como lo hizo la Corte del Distrito (p. 153).

La cuestión es que, como se ha expuesto, el derecho a la privacidad emana de muchas disposiciones de la Constitución precisamente porque emana de muchos aspectos de la vida del individuo, tanto en su relación consigo mismo, como con los demás. Además, la Corte de 1973 sitúa este derecho a la privacidad en la Decimocuarta Enmienda, como ya han hecho otras decisiones que vinculan esta privacidad con la libertad protegida por la Constitución frente a la acción estatal. Que las zonas de privacidad emanen de diferentes Enmiendas, no es lo mismo que el derecho al aborto emane de esas Enmiendas también. Esto no es lo que la Corte de 1973 dijo.

Por ejemplo, la conclusión de *Stanley v. Georgia* es que la intromisión reconocida en el caso "viola la Primera Enmienda, aplicable a los Estados por la Decimocuarta Enmienda" (p. 559).

En *Terry v. Ohio*: "[confirmamos que la acción en cuestión] violó los derechos del recurrente bajo la Cuarta Enmienda, aplicable a los Estados por medio de la Decimocuarta"⁸⁵ (p. 8).

Por lo tanto, la exposición de *Roe* muestra que inequívocamente la Corte ha venido protegiendo un derecho a la privacidad, a su vez amplio porque recoge "garantías" o "zonas" de privacidad que, en el fondo y en esencia, han venido suponiendo y significando lo mismo.

⁸⁵ Esta cita, a su vez, proviene de una decisión tomada siete años antes, *Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643 (1961). También, *Terry v. Ohio* citó a *Katz v. United States* (1967).

Por su formulación jurisprudencial se muestra que el derecho a la privacidad es amplio y abarca muchos ámbitos. Y por su entendimiento lógico, esto es así. Y, sin duda, el derecho a decidir interrumpir o continuar con el embarazo viene incluido en la propia privacidad de la mujer, así como en la de la pareja, e incluso en la de la familia. Es innegable que una decisión así afecta a la privacidad de las personas, especialmente de la mujer embarazada.

Pero *Dobbs* no se queda aquí, porque además de referirse a todos estos precedentes como “un amplio despliegue de casos” (*a broad array of cases*), advierte que lo que éstos ofrecen, en realidad, son dos visiones distintas del término: “el derecho a la prevención de revelación de información” y el “derecho a tomar e implementar importantes decisiones personales sin interferencia gubernamental”. Y precisa que, únicamente los de este segundo grupo “podrían tener alguna posible relevancia” con el asunto del aborto, pero que muchas de esas decisiones relacionadas con las decisiones personales eran “muy lejanas”.

Esta divergencia es fácil de explicar. Como se ha visto en las otras áreas del derecho constitucional examinadas, como sucede con el *stare decisis* o el concepto de “libertad ordenada”, las doctrinas parten de un punto concreto y se van desarrollando en términos que no son los originales. Y lo que luego la Corte emplea como estándar de lo que la doctrina ha de ser, es su propia jurisprudencia. Si en el caso del *stare decisis* se estuviese al “texto y la tradición”, bien podría entenderse que no es más que una máxima de buen juicio. La evolución jurisprudencial se cuece a fuego lento, pues aunque algunos precedentes suponen importantes saltos y son hitos en el camino, lo que la consolida es la consagración de esos principios y su evolución decisión a decisión.

Lo que se pretende hacer ver es que reglas, principios o calificaciones pueden provenir de ciertas declaraciones que, en un primer momento, no establecían explícitamente lo que, al paso del tiempo, han acabado llegando a significar. Y aquí, lo que se ha mostrado (y concluido) a través de los casos presentados, es que el “derecho a la privacidad” es una terminología que hace referencia a una serie de “garantías” o “zonas de protección” de la privacidad cuya esencia subyacente es la misma. Bien se trate de privacidad documental,

familiar, afectiva o de decisiones corporales, la privacidad es amplia y afecta a la gran mayoría de aspectos de un individuo. Y por ello, “prácticamente cualquier acción gubernamental interfiere con la privacidad personal en algún grado” (*Katz v. United States*, p. 350).

Y la crítica de que la relación del derecho al aborto con el derecho a la privacidad es exagerada, se podría extrapolar a la propia relación que hace *Dobbs* con *Glucksberg*. La Corte de 2022 recuerda el test de *Glucksberg*, creado *ex novo* para el análisis jurisprudencial del derecho al suicidio asistido y lo aplica en los casos del derecho al aborto, que la propia Corte reconoce que son “distintivas” de todas las demás decisiones en materia de privacidad y libertad porque involucran la “vida potencial”.

El derecho al aborto y otros derechos fundamentales

Aunque lo anterior valga para establecer que existe un derecho a la privacidad y que, por sus términos, se puede entender que abarca el derecho al aborto, cabe hacer una crítica más para aquellos que se muestran igual de escépticos que la Corte de 2022.

La Corte, a renglón seguido de la crítica anterior, establece que “lo restante” son un “puñado de casos” que “[tienen] algo que ver con el matrimonio” y “la procreación”⁸⁶. Pero que, ninguna de estas decisiones involucra “lo que es distintivo del aborto: su efecto en [...] la ‘vida potencial’”.

En un único párrafo, las alegaciones que hace la Corte son apabullantes. Sobre la primera, este apartado, y sobre la segunda, el siguiente.

Esta primera frase hay que relacionarla con otra: “en vez de hacer presión seriamente sobre el argumento de que el derecho al aborto tiene ‘profundas raíces’”, *Roe* y *Casey* “sostienen

⁸⁶ En el inglés original: “what remained was a handful of cases having something to do with marriage, Loving, 388 U. S. 1 (right to marry a person of a different race), or procreation, Skinner, 316 U. S. 535 (right not to be sterilized); Griswold, 381 U. S. 479 (right of married persons to obtain contraceptives); Eisenstadt, 405 U. S. 438 (same, for unmarried persons)” (p. 49 *Dobbs*).

que el derecho al aborto es parte integral de un derecho arraigado y más amplio” a la privacidad.

Roe no pretendía con su análisis histórico establecer la existencia de un derecho al aborto histórico, sino mostrar que su prohibición es fruto de las distintas leyes coloniales y estatales que se fueron desde el siglo XIX. Estas leyes eran mucho menos permisivas con el aborto que las propias del *Common Law*, e incluso, de épocas anteriores. *Roe* y *Casey* nunca afirmaron que el derecho al aborto tenga una historia en el Derecho y la jurisprudencia de los EE.UU., simplemente que la historia ha dado un diferente tratamiento al aborto según la época.

Obviar este propósito es evidencia del interés que la Corte de 2022 ha tenido en escoger la parte de la historia más conveniente. Pues, empleando el criterio de “historia y tradición”, bien podría entenderse que el derecho al aborto es más amplio de lo que muchas leyes estatales permitían, incluso cuando el derecho al aborto era considerado fundamental. La propia ley de Mississippi sitúa la prohibición del aborto a las 15 semanas, mientras que en el *Common Law* se imponía post-vivificación⁸⁷ (16 o 18 semanas)⁸⁸, o la reciente “Ley del Latido” de Texas, que prohíbe los abortos posteriores a la detección de actividad cardíaca del embrión, que comienza entorno a las 6 semanas.

Por ello, y como se ha repetido, la justificación que la Corte ha dado a la existencia del derecho al aborto nunca ha sido que esté “arraigado” en la tradición del país, sino que forma parte de la “privacidad”, y con ello de la “libertad” de la Decimocuarta Enmienda. Y, más aún, la Corte nunca ha tenido que justificar esto porque, por décadas, la Corte había abandonado en este ámbito el criterio histórico y textual. Si esto no hubiese sido así, todas las decisiones

⁸⁷ La vivificación o “quickening” hace referencia al momento del embarazo en que el feto comienza a moverse en el útero materno, y era el punto empleado para penar el aborto durante los siglos del *Common Law*. Se trataba de un punto no determinado, pero sí determinable.

⁸⁸ *Roe v. Wade*, p. 132.

en materia de matrimonio interracial, homosexual, anticonceptivos, o libertad de crianza de los hijos serían, simplemente, imposibles.

Volviendo al “puñado de casos” de matrimonio y procreación, además de los que recolecta la Corte de 2022, Casey había añadido otros. Casey lo relacionó con “decisiones que han concedido protección constitucional a decisiones personales” relacionadas con el matrimonio (*Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1); la procreación (*Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535); las relaciones familiares (*Prince v. Massachusetts*, 321 U. S. 158); la crianza y educación de los hijos (*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510); y la contracepción (*Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479), así como la decisión de dar a luz o engendrar un hijo (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453).

Además del hecho de que todas estas situaciones involucran ámbitos de la privacidad de las personas, y que todos ellos, lo que en el fondo han consagrado, es la imposibilidad del Estado de comprimir o restringir estos ámbitos de privacidad y libertad individual, es evidente que estos casos guardan relación entre sí y con el derecho al aborto.

Desde luego que el aborto es digno de esa “protección constitucional a decisiones personales” relacionadas con esos ámbitos. En relación con el matrimonio, porque tener hijos involucra no sólo a la mujer, sino también al marido (o mujer), que va a ser responsable de criar a un hijo, y se va a ver afectado por ello. La decisión de tener o no hijos está profundamente arraigada en la propia relación matrimonial, lo que se evidencia en la cantidad de relaciones que rompen por no estar de acuerdo en este extremo. Sobre la procreación, imponer la continuación de un embarazo, está obligando a una mujer a procrear (del mismo modo que la esterilización la impide). Sobre las relaciones familiares, además de lo que se ha dicho sobre el matrimonio, la concepción de un hijo repercute en otros miembros familiares, como son los otros hermanos o los abuelos, que, en caso de embarazo de una persona dependiente intelectual, física o económicamente, va a repercutir en ellos. También la tenencia de un hijo más (cuando ya se tienen otros) puede conllevar la necesidad de cambiar la dinámica familiar para obtener más recursos, para acceder a una casa más

grande, o para cambiar el estilo de vida ante la llegada de un miembro más. Sobre la crianza y educación de los hijos, también, pues tener un hijo en un contexto “no idóneo” o “no querido” deriva en que las posibilidades de crianza y educación de un hijo estén limitadas o determinadas (p.ej.: madre soltera, barrio marginal, bajos recursos y sus consecuencias, un entorno de drogadicción o adicciones o, simplemente, un nivel de atención limitado por las circunstancias particulares de la familia, entre otros). Sobre la anticoncepción, si bien el aborto no puede considerarse un método anticonceptivo, porque no lo es, desde luego su efecto final es el mismo en ambos casos: prevenir la concepción de un hijo; y la decisión esencial que subyace también: decidir si concebir o no.

Pero hay un caso que está aún más evidentemente relacionado que todos los demás, y este es *Eisenstadt v. Baird* (1972): “si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a ser libre de intrusión gubernamental no querida en materias que afectan tan fundamentalmente a la persona como la decisión de dar a luz y engendrar un hijo” (p. 453). No hay decisión que más afecte a esta, que la de decidir o no pasar por un embarazo. Por todo lo expuesto, la manera en la que una Corte en 2022 es incapaz de observar estas relaciones, que ya en 1973 eran claras y que con el tiempo se han ido evidenciando más lo que muestra es simplemente una desvinculación de la realidad social y familiar de la Nación.

El bien jurídico de la “vida potencial” frente a los derechos de la mujer embarazada

Por último, cabe hablar de un aspecto en el que la Corte de 2022 pone un especial énfasis y que sirve como escudo protector frente a la comparación del derecho al aborto con cualquier otro derecho fundamental.

Dice *Dobbs* que “lo que distingue intensamente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que *Roe* y *Casey* se apoyan es algo que ambas decisiones reconocieron: el aborto destruye lo que aquellas decisiones llaman ‘vida potencial’”.

Dobbs dice que “ninguna de las demás decisiones citadas [...] imponen la cuestión moral crítica planteada por el aborto” pero, a su vez, tampoco *Dobbs* plantea realmente la cuestión moral. Es decir, la menciona, pero no hace una disertación sobre cuáles son los términos de esta cuestión y sus implicaciones. No muestra los intereses contradictorios en juego y, desde luego, no incluye en la ecuación los derechos de la mujer.

La Corte pone el foco en este bien jurídico, pero no explica por qué. Entiende que *Roe* ha sido una decisión muy controversial y que ambas partes presentan unos argumentos que son igualmente respetables.

Y en esta llamada de atención hacia el bien jurídico de la vida potencial, ni lo valoran, ni lo comparan. Como ya *Roe* mostró, *Casey* reafirmó, y *Dobbs* no rebate: a ojos de la Constitución, el uso de la palabra “persona” (*person*) tiene sólo efectos “postnatales”⁸⁹. La “vida potencial”, la “vida prenatal”, el “niño no nato”, el “ser humano no nato” y otros términos similares no constituyen una “persona” a la que la Constitución otorgue protección. En cualquier caso, la única protección que puede recibir es en su condición de *nasciturus* con respecto a posibles derechos civiles. Esto significa que el aborto no es “la terminación de una vida legitimada para la protección de la Decimocuarta Enmienda” (p. 159).

Esto simplemente para mostrar que, desde el punto de vista jurídico, no se puede establecer que el feto sea una persona. Pero la Corte ni siquiera menciona este argumento, porque lo único que dice es que el aborto supone una decisión moral muy grave y que la Corte no es la encargada de hacerla, por lo que “dev[uelven] el poder de pesar los argumentos al pueblo y sus representantes elegidos”⁹⁰.

En esto, la Corte muestra su ceguera parcial, pues sin acudir siquiera a la cuestión moral ni científica, el aborto involucra los intereses y los derechos tanto del Estado como de la mujer embarazada. Estos son los términos en los que se ha formulado y entendido el derecho al

⁸⁹ *Roe v. Wade* (pp. 156-157).

⁹⁰ *Dobbs v. Jackson W.H.O.* (p. 35).

aborto. Estos son los términos que justificaron la adopción del esquema trimestral y del estándar de la carga indebida, que ambos situaban sendos puntos en los que prevalecían los intereses de uno u otra. Incluir la “vida potencial” como parte central de este argumento no tiene razón de ser. La “vida potencial” se ha tratado siempre como parte del interés estatal en regular el aborto. Debe ponderarse el interés del Estado en protegerla, pero no de la propia vida fetal como interesada, pues no es una persona dotada de protección constitucional, ni muestra unos intereses que hayan de ser contrapesados con los de la mujer o el Estado.

Si la Corte quisiese hablar de la “vida potencial” como argumento de peso, tendría que hacerlo en esos términos, en relación con el interés estatal convincente que ha de contenerla. Como ya se ha mencionado, en aquellos derechos dotados de gran protección, el estándar de *revisión* aplicable es el del escrutinio estricto (en materia del aborto el análogo *undue burden*). Roe ya mostró que existe, sin duda, un legítimo interés en que el Estado proteja la “potencialidad de la vida” y Casey añadió que la promoción del embarazo y el parto no era una carga indebida.

Ahora bien, al tratarse de intereses competitivos, se debe establecer un balance entre ambos. La Corte lo venía situando en el punto o la línea de la viabilidad, que era aquel momento en que el feto tenía tal formación que se presumía su supervivencia fuera del útero materno (de modo que fuesen “dos vidas”). Y esta línea, si bien puede variar en sus límites temporales a causa de desarrollos tecnológicos, sitúa un criterio lógico de división de intereses.

La línea de la viabilidad ha sido criticada también por la doctrina y la jurisprudencia, pero la Corte en 2022 no ha ofrecido ningún estándar sustitutivo. Ha ignorado la cuestión. Ha establecido la preponderancia de la “vida potencial”, pero ha abandonado el asunto en ese punto. Para *Dobbs*, no hay debate.

Sin embargo, cabe recordar lo que dijo el Juez Stevens en su voto particular en *Planned Parenthood v. Casey*: “no es una contradicción reconocer un interés estatal legítimo en la vida potencial y, al mismo tiempo, concluir que ese interés no justifica la regulación del aborto antes de la viabilidad (aunque otros, como la salud de la madre, puedan).”

Por lo tanto, lo que la Corte hace es advertir de que existe un profundo debate moral, pero no lo conceptúa, y tampoco lo desarrolla. Ya *Roe*, al inicio de su opinión estableció que “las actitudes de cada uno hacia la vida y la familia y sus valores, y los estándares morales que cada uno establece [...] tienden a influenciar [...] el pensamiento y las conclusiones de cada uno sobre el aborto”. Pero, ante todo, dejó claro que “[su] tarea, desde luego, es resolver el asunto por medio de la medición constitucional, libre de emoción y predilección”⁹¹. En su lugar, lo que hace en vez de indagar en el bien de la vida potencial o en los derechos de la mujer embarazada es acudir a que existe un mayor valor por la vida fetal y a las leyes de refugio seguro.

La Corte menciona brevemente los argumentos de una parte, que resume en que “sin la disponibilidad del aborto”, “las personas se verán inhibidas de ejercitar su libertad a elegir qué tipo de relaciones desean, y las mujeres serán incapaces de competir con los hombres en el entorno laboral”. Sobre los argumento de la otra parte, se centra en los “desarrollos modernos”, como son: que la actitud hacia el embarazo de mujeres solteras ha cambiado drásticamente; que los Estados prohíben la discriminación por razón de embarazo; que existen pagas y subvenciones para mujeres embarazadas; que los costes médicos del embarazo se cubren por seguros médicos o por el Gobierno”; que muchas personas tienen nueva apreciación de la vida fetal gracias a las tecnologías de ecografías sonográficas; y que los Estados han ratificado leyes protectoras del “refugio seguro” (*safe haven laws*) (pp. 32-34). Como menciona la opinión disidente, ninguna de estas circunstancias reduce los riesgos de salud, ni los costes financieros del embarazo y el parto.

Las del refugio seguro son leyes estatales que permiten a las madres dejar a sus recién nacidos en lugares seguros cuando consideren que es la mejor opción para el futuro del bebé y sin miedo ser perseguidas criminalmente por ello (siempre que el niño esté ileso). Se recogen mecanismos que permiten dejar de manera segura y rápida a los bebés en

⁹¹ *Roe v. Wade* (p. 116).

hospitales, salas de urgencias, comisarías o estaciones de bomberos, bien directamente en manos de los responsables, bien por medio de “cajas” designadas al efecto (*boxes or drawers*).

Y la comparación con leyes acerca del refugio seguro está simplemente fuera de lugar. Comparar estas leyes con el derecho al aborto es obviar el hecho de que, en la decisión de abortar o no, influye enormemente lo que sucede a nivel interno y externo en la mujer durante los nueve meses de embarazo. Así lo expresó *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health* (1990): “antes del parto, [...] el asunto adquiere un tono muy diferente”. “El Estado interfiere no solo en la esfera privada de la familia, sino en la propia integridad corporal de la mujer embarazada” (p. 281).

Y como ya reconoció el J. Blackmun en su opinión concurrente en *Casey*: “la continuación obligatoria de un embarazo infiere en el derecho de la mujer a la integridad corporal al imponer intrusiones físicas sustanciales y riesgos significativos de daños físicos”. “Durante el embarazo, las mujeres experimentan cambios físicos dramáticos y un gran rango de consecuencias en la salud”, “y el parto impone riesgos de salud adicionales y demandas físicas”⁹².

No se pueden comparar estas dos tipologías de leyes, porque su razón de ser no es la misma. Las leyes de refugio seguro tienen el objeto de permitir a los padres dejar a los recién nacidos en lugares designados que aseguran, de una parte, la protección del niño y, de otra, la exención de responsabilidad penal de los padres. Además, se vienen promulgando únicamente desde 1999 y al objeto de reducir el infanticidio, no el aborto.

En esta comparación, la Corte desatiende completamente los derechos de la mujer y los efectos reales del embarazo en su vida, en *pro* de la vida fetal, a la que simplemente menciona. Y deja en manos de los estados una cuestión que afecta a la vida de miles y

⁹² *Planned Parenthood v. Casey*, opinión concurrente del Juez Blackmun (p. 927).

millones de personas (mujeres, hombres, hijos, padres...) por un bien jurídico no dotado de protección constitucional.

El objeto de este trabajo es una revisión jurídica, por lo que no pretendo entrar en la cuestión moral del aborto más allá de destacar la profunda marginación que hace la Corte a la mujer en este asunto, la falta de conexión con la realidad social, y falta de honestidad a la hora de determinar los efectos que tiene el embarazo (y el propio aborto) en el cuerpo, la mente y la vida de la mujer. No se menciona realmente la cuestión moral que supone dejar en manos de los Estados la regulación del aborto en todos los casos. En casos que involucran a menores, a violaciones, a incestos, a riesgos de complicación, a enfermedades congénitas, a personas con enfermedades mentales, etc.

Es cierto que la controversia jurisprudencial en materia de aborto es única, pero no lo es tanto por el bien jurídico protegido, como indica *Dobbs*, sino porque esta decisión ha supuesto hitos en el propio camino de la definición del debido proceso sustantivo, del derecho a la privacidad y de la doctrina del *stare decisis*. La decisión de 2022 va mucho más allá que una mera “devolución” a los Estados para que promulguen sus leyes acerca del aborto. Y, por todo ello, sus consecuencias en los ámbitos legislativo, judicial y social pueden ser muy gravosas.

Conclusiones

1. El derecho al aborto ha supuesto una gran controversia a nivel jurídico y social desde su reconocimiento en 1973.
2. Esta controversia se suscita respecto a muchos de los argumentos empleados por la Corte en las decisiones de 1973 y 1992, siendo los de más peso los referentes al Debido Proceso Sustantivo, la doctrina del *stare decisis* y el bien jurídico protegido.
3. Existe un Debido Proceso sustantivo contenido en la Decimocuarta Enmienda, y en sus términos se encuentra recogido un “derecho a la privacidad”, que protege de intromisión federal y estatal numerosas “áreas o zonas de privacidad” de los individuos.
4. Este derecho a la privacidad, por los términos en los que se ha ido desarrollando jurisprudencialmente, es suficientemente amplio como para contener el derecho al aborto, tanto por su carácter privado, como por su relación con otros derechos consagrados por este mismo esquema.
5. El *stare decisis* es una doctrina consolidada en la práctica judicial pero ambigua en muchos de sus términos, lo que no permite que sea completamente fiable para la revisión completa y final de un precedente.
6. En la ponderación de precedentes ha sido doctrina analizar los *reliance interests*, y en este ámbito, el análisis de la Corte de 2022 es muy pobre.
7. El bien jurídico de la “vida potencial” nunca ha sido criterio definitivo en la ponderación de intereses relacionados con el derecho al aborto, y la Corte de 2022, aunque pone el foco en él, no lo analiza en profundidad.
8. La Corte de 2022 deja de lado el papel de la mujer en el aborto y durante el embarazo, dejando la regulación en manos de los Estados.
9. La decisión de 2022 está sesgada y emplea los criterios jurisprudenciales disponibles para lograr un resultado que no sería el mismo que si se siguiese la lógica y la tendencia jurisprudencial de las últimas décadas.

10. La anulación del derecho constitucional al aborto tendrá importantes consecuencias normativas, sociales y judiciales que son difíciles de prever, pero con potencial para revertir el rumbo de lo que hasta ahora se ha venido consolidando.

Referencias

- Bayefsky, R. (2023). Tangibility and Tainted Reliance in Dobbs. *Harv. L. Rev.*, 136, F. 384.
- Brinig, M. F., & Carbone, J. (1987). Reliance Interest in Marriage and Divorce. *Tul. L. Rev.*, 62, 855.
- Campbell, R., Austin, S & Austin, J. (Eds.) (1880). *Lectures on jurisprudence, or, The philosophy of positive law*. John Murray.
- Dworkin, R. (1999). *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. OUP Oxford.
- Eskridge, W. N. (2023). Reliance Interests in Statutory and Constitutional Interpretation. *Vand. L. Rev.*, 76, 3, 681.
- Gray, C. M. (1971). *The history of the common law of England*. Chicago: University of Chicago Press.
- Holmes Jr., O.W. (Ed.) (1884) *Commentaries on American Law*. Little Brown & Co.
- Hunt, G. (1910) *The Writings of James Madison, comprising his Public Papers and his Private Correspondence, including his numerous letters and documents now for the first time printed*. G.P. Putnam's Sons
- Kadlec, J. F. (2007). Employing the Ninth Amendment to Supplement Substantive Due Process: Recognizing the History of the Ninth Amendment and the Existence of Nonfundamental Unenumerated Rights. *BCL Rev.*, 48, 387.
- Kempin Jr, F. G. (1959). Precedent and stare decisis: The critical years, 1800 to 1850. *Am. J. Legal Hist.*, 3, 28.
- Kozel, R. J. (2010). Stare decisis as judicial doctrine. *Wash. & Lee L. Rev.*, 67, 411.
- Lee, T. R. (1999). Stare decisis in historical perspective: From the founding era to the Rehnquist Court. *Vand. L. Rev.*, 52, 3, 645.

- Lewis, T. T. (2001). The Ironic History of Substantive Due Process: Three Constitutional Revolutions. *International Social Science Review*, 76, 21-35.
- Milite, J.C. & Coke E. (1797). *The Second Part of The Institutes of The Laws of England*. E&R Brooke.
- Plucknett, T. F. T. (2001). *A concise history of the common law*. The Lawbook Exchange, Ltd.
- Pollock, F. (1896). *A first book of jurisprudence for students of the common law*. Londres: MacMillan.
- Rossiter, C. (Ed.) (2002) *The Federalist Papers*. Prentice-Hall.
- Sharswood, G. & Blackstone, W. (Ed.) (1893). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. J. B. Lippincott.
- Tatalovich, R., & Daynes, B. W. (1993). The Lowi paradigm, moral conflict, and coalition-building: Pro-choice versus pro-life. *Women & Politics*, 13(1), 39-66.
- Varsava, N. (2023). Precedent, Reliance, and Dobbs. *Harv. L. Rev.*, 136, 1845-1867.
- Watson, K. (2017). When Substantive Due Process Meets Equal Protection: Reconciling Obergefell and Glucksberg. *Lewis & Clark L. Rev.*, 21, 245.
- Williams, R. C. (2010). The one and only substantive due process clause. *The Yale Law Journal*, 120, 3, 408-512.
- Wood, G. S. (1969). *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. Chapel Hill

Bibliografía

- Beever, A. (2013). The declaratory theory of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(3), 421-444.
- Center for Reproductive Rights (2003). *Roe v. Wade and the Right to Privacy*.
https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/roeprivacy_0.pdf
- Dixon Jr, R. G. (1976). The New Substantive Due Process and the Democratic Ethic: A Prolegomenon. *BYU L. Rev.*, 1, 43.
- Douglas, W. O. (1949). Stare decisis. *Columbia Law Review*, 49(6), 735-758.
- Driscoll de Alvarado, B. (2005). *La controversia del aborto en Estados Unidos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Epstein, R. A. (1973). Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases. *The Supreme Court Review*, 1973, 159-185.
- Gilles, S. G. (2022). What Does Dobbs Mean for the Constitutional Right to a Life-or-Health-Preserving Abortion?. *Miss. LJ*, 92, 271.
- Kadlec, J. F. (2007). Employing the Ninth Amendment to Supplement Substantive Due Process: Recognizing the History of the Ninth Amendment and the Existence of Nonfundamental Unenumerated Rights. *BCL Rev.*, 48, 387.
- Mendoza, J. A. T. (2023). El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva. *Revista de Derecho Político*, (116), 135-165.
- Perry, M. J. (1975). Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process. *UCLA L. Rev.*, 23, 689.
- Peters, C. J. (Ed.). (2013). *Precedent in the United States Supreme Court*. Springer.

