



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

***DOBBS* COMO FORMA DE INTERPRETAR LA
CONSTITUCIÓN Y SUS DERECHOS: ¿LA MUERTE
DE LA CONSTITUCIÓN VIVA?**

Autor: Fernando Gortázar Diez de Rivera
5º E-5, Derecho y RR.II.

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Madrid
Abril 2022

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. EL CONSTITUCIONALISMO VIVO: <i>ROE V. WADE</i> (1973) Y <i>PLANNED PARENTHOOD V. CASEY</i> (1992).....	4
1. EL CONSTITUCIONALISMO VIVO	5
1.1. El constitucionalismo vivo: concepto.....	5
1.2. Implantación y desarrollo en Estados Unidos	6
2. LA DOCTRINA DEL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO	7
2.1. Derechos recogidos en el texto constitucional: la doctrina de la incorporación selectiva	8
2.2. Derechos no expresamente recogidos en la Constitución	9
3. EL DERECHO AL ABORTO: <i>ROE V. WADE</i> (1973) Y <i>PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY</i> (1992)	15
3.1. <i>Roe v. Wade</i> (1973)	15
3.2. <i>Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey</i> (1992)	16
III. EL ORIGINALISMO: <i>DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION</i> (2022)	18
3.1. El originalismo: concepto e implantación en Estados Unidos	19
3.2. <i>Dobbs v. Jackson Women's Health Organization</i> (2022)	21
IV. LAS IMPLICACIONES DE <i>DOBBS</i> ¿LA MUERTE DE LA CONSTITUCIÓN VIVA?	34
1. PARA DERECHO AL ABORTO.....	35
2. PARA LOS DERECHOS YA RECONOCIDOS AL AMPARO DE LA CLÁUSULA DEL DEBIDO PROCESO	36
3. PARA EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS AL AMPARO DE LA CLÁUSULA DEL DEBIDO PROCESO	38
4. PARA EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	40
V. CONCLUSIÓN	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45

RESUMEN

Durante varias décadas la interpretación de la Constitución estuvo inspirada por la doctrina del constitucionalismo vivo. En este contexto, la Corte empezó a usar la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda como cláusula de apertura del texto constitucional, lo que permitió al Tribunal reconocer la existencia de distintos derechos no recogidos explícitamente en la carta magna. Sobre la base de estos, la Corte declaró la existencia de un derecho constitucional al aborto en *Roe v. Wade* (1973), el cual confirmó posteriormente en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992). Sin embargo, *Roe* y *Casey* siempre resultaron cuestionados y en cuanto los conservadores tuvieron una mayoría suficiente en la Corte fueron derogados por *Dobbs v. Women's Health Organization* (2022). En estas líneas analizaremos las principales implicaciones de *Dobbs* y determinaremos en qué medida su forma de interpretar la Constitución y sus derechos pueden suponer la muerte de la Constitución viva.

Palabras clave: constitucionalismo vivo, Constitución viva, Cláusula del Debido Proceso, aborto, originalismo, *Dobbs v. Women's Health Organization*.

ABSTRACT

*For several decades the interpretation of the Constitution was inspired by living constitutionalism. In this context, the Court began to use the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment as an opening clause of the constitutional text, which allowed the Court to recognize the existence of various rights not explicitly contained in the Constitution. Based on these rights, the Court declared the existence of a constitutional right to abortion in *Roe v. Wade* (1973), which it subsequently upheld in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992). However, *Roe* and *Casey* were always challenged and as soon as conservatives had a sufficient majority on the Court, they were overturned by *Dobbs v. Women's Health Organization* (2022). In this paper we will seek to analyze the main consequences of *Dobbs* and to determine to what extent its interpretation of the Constitution and its rights may spell the death of the living Constitution.*

Keywords: *living constitutionalism, living Constitution, Due Process Clause, abortion, originalism, Dobbs v. Women's Health Organization.*

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de junio de 2022, en su sonadísima sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* la Corte revocó el derecho constitucional al aborto que había reconocido desde *Roe v. Wade* (1973). Además de simbolizar la perpetuación de un debate que ni *Roe* ni su posterior confirmación en *Planned Parenthood v. Casey* (1992) consiguieron resolver, *Dobbs* refleja un profundo conflicto entre dos formas de interpretación constitucional enfrentadas: el constitucionalismo vivo y el originalismo. Como veremos, la opción por una u otra doctrina presenta implicaciones muy diversas, que alcanzan tanto a la parte dogmática de la Constitución, la garantía de los derechos fundamentales contenidos en la *Bill of Rights* y el resto de enmiendas, como a la parte orgánica, la relativa a la división de poderes.

Así, en las siguientes líneas buscaremos dar respuesta a la siguiente pregunta: **¿Supone *Dobbs* como forma de interpretar la Constitución y sus derechos la muerte de la Constitución viva?** Con ese fin, comenzaremos desarrollando la doctrina del constitucionalismo vivo, para lo que, después de una aproximación teórica a la misma, prestaremos especial atención al reconocimiento de derechos sustantivos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso y, en particular, el derecho al aborto. Así, terminaremos el apartado con el análisis de *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992). A continuación, nos centraremos en el originalismo, realizaremos una aproximación conceptual a la doctrina y efectuaremos un análisis detallado de *Dobbs v. Women's Health Organization* (2022). Para terminar, estudiaremos en detalle las distintas implicaciones de *Dobbs* con el fin de concluir si puede suponer la muerte de la Constitución viva.

II. EL CONSTITUCIONALISMO VIVO: *ROE V. WADE* (1973) Y *PLANNED PARENTHOOD V. CASEY* (1992)

Durante mucho tiempo la interpretación de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda y del conjunto de la Constitución estuvieron inspiradas por el constitucionalismo vivo. Allá por los años del *New Deal* comenzó a implantarse una interpretación evolutiva de la Constitución y, en concreto, la Corte empezó a usar el Debido Proceso como cláusula de apertura del texto constitucional. Esto permitió al Tribunal ir reconociendo la existencia de distintos derechos no recogidos explícitamente en la carta magna, entre los que destaca el derecho al aborto, reconocido en la famosa sentencia *Roe v. Wade*

(1973) y confirmado en *Planned Parenthood v. Casey* (1992). Por ello comenzaremos con una primera aproximación más teórica a la noción de constitucionalismo vivo, para después detallar los distintos derechos que han sido reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso y, en particular, el derecho al aborto.

1. EL CONSTITUCIONALISMO VIVO

1.1. El constitucionalismo vivo: concepto

De acuerdo con Strauss (2010), una Constitución viva es aquella que se adapta a las nuevas circunstancias sin ser modificada formalmente por un proceso de reforma constitucional. Así, su significado se entiende dinámico y dependiente del momento en que se interpreta: sin reformarse formalmente, la Constitución debe amoldarse a la sociedad, a sus valores y sus avances (Sokalska, 2019). En el fondo, para muchos autores, son las características más esenciales de una Constitución hacen necesario el constitucionalismo vivo. En concreto, la vocación de permanencia de la Constitución y su carácter de marco básico para la vida política exigen su constante adaptación a la realidad social, lo que, en virtud del difícil proceso de reforma constitucional, solo puede llevarse a cabo según los mecanismos de la Constitución viva (Montalvo, 2011, p.51). De lo contrario, como apunta Strauss (2010), correría el riesgo de convertirse en un instrumento irrelevante o tan inflexible que fuera perjudicial para la sociedad.

Como veremos, parte de la doctrina, entre los que destacan los originalistas, argumentarán que la Constitución debe adaptarse siguiendo los cauces formales de reforma constitucional. Sin embargo, las constituciones suelen incluir cláusulas de reforma extraordinariamente severas y, en ocasiones, incluso excluyen la reforma en parte de su articulado. Por ejemplo, el art. 5 de la Constitución de los Estados Unidos exige el asentimiento de dos tercios de cada Cámara y tres cuartos de los estados, mayoría que, lógicamente, se ha obtenido en muy unas pocas ocasiones (Constitution of the United States, 1788, art. 5). Es por esto que, para los defensores de la Constitución viva, el tortuoso proceso de reforma es demasiado difícil como para ser considerado un medio de adaptación de la Constitución a los

cambios sociales (Strauss, 2010). Por ello, el constitucionalismo vivo se plantea como la única alternativa razonable¹.

En el fondo, la apuesta por el constitucionalismo vivo frente a teorías como el originalismo no es más que una manifestación de la tensión entre la democracia y el propio constitucionalismo. Así, por un lado, los partidarios de la Constitución viva, que defienden un mayor margen de interpretación del Tribunal Supremo que permita ir adaptando la carta magna a las necesidades de la sociedad, en el fondo apoyan la existencia de un poder contra-mayoritario amplio que controle al poder legislativo e impida que la mayoría pueda convertirse en un peligro para la minoría. Por otro lado, las teorías que defienden la limitación del margen de interpretación del Tribunal y, por tanto, la restricción de su capacidad de control, en el fondo defienden la primacía de la regla de la mayoría por encima del poder contra-mayoritario. De acuerdo con Montalvo, este conflicto entre constitucionalismo y democracia sigue siendo el principal debate del Derecho Constitucional (2011, p. 60).

1.2. Implantación y desarrollo en Estados Unidos

En general, los historiadores del Derecho atribuyen los primeros esfuerzos por adoptar una Constitución “viva” a pensadores de la Era Progresista como Oliver Wendell Holmes, Christopher Tiedeman, Louis D. Brandeis y Woodrow Wilson (Winkler, 2001). Sin embargo, la expresión “constitucionalismo vivo” se deriva originalmente de la obra *The Living Constitution*², de Howard Lee McBain, publicada en 1927, y se fue consolidando gracias a otras como el ensayo que publicó Charles Beard nueve años después con el mismo título³ o *Mr. Justice Black and the Living Constitution*⁴ de Charles Reich (Solum, 2017). De hecho, autores como Gillman (1997) o Winkler (2001) han entendido que el consenso sobre la interpretación originalista de la Constitución se mantuvo hasta principios del siglo XX. De acuerdo con Gillman (1997), la ampliación de la autoridad legislativa federal y el

¹ De hecho, siguiendo a Strauss (2010), la Constitución viva es el medio principal por el que la Constitución de Estados Unidos ha cambiado en la práctica. Por ejemplo, muchas veces las cuestiones abordadas en la Constitución han cambiado, aunque el texto no se haya modificado; los cambios constitucionales se han producido, aunque se haya rechazado explícitamente una enmienda que los preveía o a menudo las enmiendas que se han adoptado no han hecho más que reflejar cambios que ya se habían producido en la Constitución viva (Strauss, 2010).

² McBain, H. (1927). *The Living Constitution, a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. The Workers Education Bureau Press.

³ Beard, C. A. (1936). The living constitution. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 185 (1), 29-34.

⁴ Reich, C. A. (1963). Mr. Justice Black and the Living Constitution. *Harvard Law Review*, 76 (4), 673-754.

establecimiento de un ejecutivo moderno y regulador exigían esa desviación del significado original.

Así, aunque algunos han identificado precedentes anteriores, como *McCulloch v. Maryland* (1819), con el constitucionalismo vivo, podemos decir que la doctrina no es dominante hasta los años del *New Deal*. De hecho, como apunta Marietta (2023), desde 1937 hasta 1969, con la excepción de un periodo de cinco años, la Corte solo produjo decisiones liberales. En esta etapa no podemos dejar de destacar la extensa labor de la Corte del Juez Warren (1953-1969), generalmente considerada como la más liberal de la historia de los Estados Unidos y la que debemos buena parte del desarrollo jurisprudencial que desarrollaremos en estas líneas.

2. LA DOCTRINA DEL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO

Durante muchos años el mecanismo principal a través del cual se ha articulado la Constitución viva ha sido la Cláusula del Debido Proceso. A diferencia del derecho al debido proceso en su vertiente formal –*procedural due process*–, que garantiza que el Estado no pueda privar a las personas de su vida libertad o propiedad sin seguir el procedimiento debido, la doctrina del debido proceso sustantivo defiende la necesidad de una finalidad, justificación material suficiente para llevar a cabo dicha privación. Esta interpretación del Debido Proceso ha permitido su uso como cláusula de apertura del texto constitucional, es decir, ha posibilitado el reconocimiento de derechos sustantivos al amparo de la misma. En la medida en que este reconocimiento de derechos ha permitido ir adaptando la Constitución a las nuevas circunstancias políticas y sociales la Cláusula del Debido Proceso ha sido una perfecta manifestación de constitucionalismo vivo.

Históricamente, la doctrina del debido proceso sustantivo comenzó utilizándose para proteger libertades económicas. El caso más paradigmático es el de *Lochner v. New York* (1905) en el que el Tribunal derogó una ley de Nueva York que limitaba el número de horas de trabajo de los panaderos por considerar que la libertad de contratación era un derecho fundamental albergado en el concepto de libertad de la Cláusula del Debido Proceso (Chemerinsky, 1999). Bajo esta misma lógica se derogaron más de 200 leyes de contenido económico, hasta que, en 1937, en *West Coast Hotel v. Parish*, el Tribunal abandonó la doctrina del debido proceso económico hasta nuestros días (Chemerinsky, 1999).

Sin embargo, la doctrina del debido proceso sustantivo también se ha utilizado para proteger derechos fundamentales no relacionados con aspectos económicos. De hecho, al amparo de la Cláusula del Debido proceso se han protegido tanto derechos recogidos la Constitución, a través de la incorporación selectiva de la *Bill of Rights*, como otros derechos no recogidos expresamente en el texto constitucional.

2.1. Derechos recogidos en el texto constitucional: la doctrina de la incorporación selectiva

Como confirmó el Tribunal en *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore* (1833), en origen la *Bill of Rights* se aplicaba solo al Gobierno federal, no se aplicaba ni a los estados ni a los Gobiernos locales. Sin embargo, los debates sobre la posible aplicación de la *Bill of Rights* a los estados no cesaron. De hecho, en el momento de la publicación de la Decimocuarta Enmienda algunos defendieron que los derechos debían hacerse aplicables a través de la Cláusula de Privilegios e Inmunidades –*Privileges and Immunities Clause*– (Bybee, 2022). Sin embargo, esta opción fue rápidamente desechada tras la decisión de la Corte en *Slaughterhouse Cases* (1872), que restringió la Cláusula a la protección de derechos asociados con la ciudadanía federal, excluyendo los asociados con la estatal⁵. Con el transcurso del tiempo, comenzó a producirse la incorporación del propio texto de la *Bill of Rights*, pero no a través de la Cláusula de Privilegios e Inmunidades, sino de la Cláusula del Debido Proceso⁶. Aunque algunos defendieron la incorporación total, terminó por imponerse la “incorporación selectiva”, por la que el Tribunal iría incorporando las disposiciones que garantizaran la “libertad ordenada” –*ordered liberty*–, manteniéndose las disposiciones contra los estados exactamente congruentes con aquellas contra el Gobierno federal⁷ (Bybee, 2022).

⁵ Como comentaremos más adelante, algunos autores críticos con la doctrina del debido proceso sustantivo, como el juez Thomas, siguen defendiendo la incorporación de la *Bill of Rights* y el reconocimiento de derechos no explícitamente reconocidos a través de la Cláusula de Privilegios e Inmunidades.

⁶ En un primer momento, el Tribunal comenzó un proceso de “absorción”, de manera que no incorporaba como tales las garantías de la *Bill of Rights*, sino solo aquellas que suponían una “negación de la equidad fundamental que choca con el sentido universal de la justicia” (Bybee, 2022). Esto llevó a la implementación de una teoría de “doble vía” por la que los derechos del debido proceso impuestos a los estados no se considerarían idénticos a las restricciones impuestas al Gobierno federal que se encuentran en la *Bill of Rights* (Bybee, 2022). Sin embargo, la Corte pronto empezó a apostar por la estrategia actual, la incorporación del propio texto de la *Bill of Rights* a través de la Cláusula del Debido Proceso (Bybee, 2022).

⁷ La realidad es que el debate entre la incorporación total o selectiva ha perdido pertinencia, pues la gran mayoría de derechos han sido incorporados contra los estados. De hecho, a día de hoy las únicas excepciones son la restricción de la Tercera Enmienda de acuartelar soldados en domicilios privados, el derecho de la Quinta Enmienda a un juicio con jurado y el derecho de la Séptima Enmienda a un juicio con jurado en casos civiles.

2.2. Derechos no expresamente recogidos en la Constitución

Sin embargo, la Cláusula del Debido Proceso no se ha utilizado solo para proteger derechos contenidos en la *Bill of Rights*, sino también para reconocer ciertos derechos sustantivos no enumerados en la Constitución. Durante mucho tiempo la Cláusula se interpretó de manera flexible, se entendió que su contenido no había sido reducido a ninguna fórmula (*Poe v. Ullman*, 1961) (Harlan, J., dissenting) y que debía ser delimitado por el Tribunal caso por caso en ejercicio de un juicio razonado (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992; *Obergefell v. Hodges*, 2015). Además, se consideraba que la historia y la tradición debían guiar y disciplinar esta investigación, pero en ningún caso delimitar sus límites exteriores (*Loving v. Virginia*, 1967; *Planned Parenthood v. Casey*, 1992; *Lawrence v. Texas*, 2003; *Obergefell v. Hodges*, 2015).

Esta interpretación flexible del Debido Proceso permitió a la Corte reconocer distintos derechos de acuerdo con una realidad histórica, política y social cambiante. En concreto, se reconocieron el derecho a tomar decisiones sobre la educación de los hijos; el derecho a la integridad física; el derecho a usar anticonceptivos; el derecho a contraer matrimonio; el derecho a vivir con familiares; el derecho a participar en actos sexuales consentidos privados y el derecho al aborto. En las siguientes líneas haremos un breve recorrido por estos derechos con el fin de comprender el contexto en el que la Corte declaró la existencia del derecho constitucional al aborto.

2.2.1. Derecho a tomar decisiones sobre la educación de los hijos: *Meyer v. Nebraska* (1923) y *Pierce v. Society of Sisters* (1925)

El primer derecho no recogido en la Constitución reconocido al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, a excepción de los de carácter económico, fue el derecho a tomar decisiones sobre la educación de los hijos en *Meyer v. Nebraska* (1923). Para muchos se trata del verdadero origen de la doctrina del debido proceso sustantivo. *Meyer* declaró que la Cláusula del Debido Proceso impedía a los estados prohibir la enseñanza de lenguas extranjeras a los niños. En concreto, declaró inconstitucional una ley del estado de Nebraska que prohibía enseñar alemán a los niños que no hubieran superado satisfactoriamente el octavo curso (*Meyer v. Nebraska*, 1923). En su argumentación, *Meyer* estableció que el concepto de libertad

garantizada por la Cláusula del Debido Proceso implicaba el derecho a disfrutar “those privileges long recognized at *common law* as essential to the orderly pursuit of happiness by free men” [aquellos privilegios reconocidos desde hace mucho tiempo por el *common law* como esenciales para la búsqueda ordenada de la felicidad por parte de los hombres libres] (*Meyer v. Nebraska*, 1923). La Corte confirmó el derecho en *Pierce v. Society of Sisters* (1925), en la que se declaró la inconstitucionalidad de una ley de Oregón que imponía que la educación de los niños se llevara a cabo en la escuela pública. La sentencia estableció que la ley suponía una injerencia no razonable en la libertad de los padres y tutores para dirigir la educación de los hijos y, por tanto, violaba la Decimocuarta Enmienda (*Pierce v. Society of Sisters*, 1925).

2.2.2. *Derecho a la integridad física y el uso excesivo de la fuerza por agentes de la autoridad: Rochin v. California (1952)*

El recurso a la Cláusula del Debido Proceso como forma de prevenir los excesos policiales puede remontarse a *Rochin v. California* (1952), donde el Tribunal estableció que, dado que los agentes de policía eran funcionarios del Gobierno, sus acciones también estaban limitadas por el Debido Proceso. En el caso concreto, la policía había entrado ilegalmente en el domicilio del acusado, forcejeado con este para abrirle la boca y extraído por la fuerza unas pastillas de morfina de su estómago (*Rochin v. California*, 1952). La Corte determinó que la conducta de la policía “sacudía la conciencia” y, por tanto, suponía la violación de la Cláusula Debido Proceso⁸ (*Rochin v. California*, 1952).

2.2.3. *Derecho a usar anticonceptivos: Griswold v. Connecticut (1965), Eisenstadt v. Baird (1972) y Carey v. Population Services International (1977). Origen del right of privacy*

Después de 1937, además de renunciar definitivamente a la aplicación del debido proceso sustantivo en su vertiente económica, el Tribunal se hizo durante unos años reticente la doctrina en general. Esta reticencia se hizo manifiesta en *Griswold v. Connecticut* (1965), en el que el Tribunal estableció que el derecho de las personas casadas a comprar y usar

⁸ Sin embargo, *Rochin* fue decidido antes de la incorporación de las Enmiendas Cuarta y Octava (Levinson, 2017). Así, dado que cualquier reclamación de debido proceso sustantivo que esté amparada por una garantía constitucional más explícita debe ser rechazada (Levinson, 2017), en la actualidad solo los presos en prisión preventiva pueden denunciar en virtud de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda (Lambroza, 2021).

anticonceptivos sin injerencia del Gobierno se fundamentaba en el derecho a la privacidad – *right of privacy*–, que no estaba presente en la Cláusula del Debido Proceso, sino en las distintas enmiendas de la *Bill of Rights*. De esta manera, la sentencia reconoció expresamente el importantísimo *right of privacy*, que, como desarrollaremos a continuación, sirvió, entre otras cosas, para fundamentar la existencia del derecho constitucional al aborto. En concreto, *Griswold* (1965) estableció que las garantías específicas de la *Bill of Rights* tenían “penumbras”, “zonas de privacidad” que debían quedar protegidas de la intrusión del Gobierno (*Griswold v. Connecticut*, 1965, p. 484).

Así, el Tribunal comenzó estableciendo que varias de las enmiendas de la *Bill of Rights* creaban un *right of privacy*, para después declarar que la ley de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos era una violación flagrante del mismo. Concretamente, el Tribunal declaró que la mera idea de que la policía tuviera hacer registros en busca de anticonceptivos era “repulsiva” para la noción de privacidad que rodeaba la relación matrimonial (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Por tanto, el Tribunal declaró inconstitucional la ley del estado y reconoció el derecho de las personas casadas a comprar y usar anticonceptivos sin injerencia del Gobierno. A pesar del afán del Tribunal por evitar la doctrina del debido proceso sustantivo, *Griswold* es considerado por muchos como un ejemplo paradigmático de la misma. Así, aunque la sentencia fundamenta el *right of privacy* en las enmiendas de la *Bill of Rights*, como parte de la doctrina ha puesto de manifiesto y comentábamos *supra*, la propia *Bill of Rights* se hace aplicable a los estados a través de la Cláusula del Debido Proceso (Chemerinsky, 1999). Así, como argumenta Chemerinsky (1999), el juez Douglas estaba usando la doctrina del debido proceso sustantivo, aunque hiciera esfuerzo por negarlo en la sentencia.

Poco después, en *Eisenstadt v. Baird* (1972), el Tribunal reconoció el derecho a usar anticonceptivos también a las personas no casadas sobre la base de la Cláusula de Igualdad de Protección y el *right of privacy*. Así, dado que, según *Griswold*, no se puede prohibir la distribución de anticonceptivos a personas casadas, también sería inaceptable prohibir su distribución a personas no casadas (*Eisenstadt v. Baird*, 1972). Pues, aunque es cierto que el *Griswold* la privacidad era inherente a la relación matrimonial, el matrimonio no es sino una asociación de individuos, en la que ambos deben ser titulares del mencionado derecho (*Eisenstadt v. Baird*, 1972). Así, como afirmó la Corte:

If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child. [Si el *right of privacy* significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de intromisiones gubernamentales injustificadas en asuntos que afectan tan fundamentalmente a la persona como la decisión de tener o engendrar un hijo] (*Eisenstadt v. Baird*, 1972).

Muy poco después, el Tribunal siguió expandiendo el derecho en *Carey v. Population Services International* (1977), donde declaró inconstitucional que los estados restringieran la distribución, venta y publicidad de anticonceptivos a individuos de cualquier edad (*Carey v. Population Services International*, 1977). Como veremos, el derecho a usar anticonceptivos constituyó uno de los fundamentos esenciales en la construcción del derecho al aborto. Al fin y al cabo, este derecho supuso la revitalización y desarrollo de la doctrina del debido proceso sustantivo, el origen del *right of privacy* y la consagración del derecho a estar libre de intromisiones gubernamentales en la decisión de engendrar un hijo.

2.2.4. Derecho a contraer matrimonio: *Loving v. Virginia*, (1967), *Stanley v. Illinois* (1972) y *Obergefell v. Hodges* (2015)

La evolución jurisprudencial del derecho a contraer matrimonio es otra de las claves del desarrollo de la doctrina del debido proceso sustantivo y de la construcción del derecho constitucional al aborto. La primera sentencia, *Loving v. Virginia*, (1967), histórica en el contexto del Movimiento de los derechos civiles, anuló las leyes estatales que prohibían el matrimonio entre personas de distinta raza, argumentando que vulneraban la Cláusula del Debido Proceso y la de Igualdad de Protección (*Loving v. Virginia*, 1967).

Así, por un lado, *Loving* falló por unanimidad que la restricción de la libertad de contraer matrimonio solo por motivos de raza suponía una violación flagrante de la Cláusula de Igualdad de Protección (*Loving v. Virginia*, 1967). De acuerdo con la Corte, es evidente que no existía ningún fin legítimo superior que pudiera justificar la prohibición de matrimonio interracial, más allá de la pura discriminación. Entre otras cosas, el hecho de que Virginia prohibiera únicamente los matrimonios interraciales en los que intervenían personas blancas,

era una prueba irrefutable de que el único fin de la ley era mantener la supremacía racial (*Loving v. Virginia*, 1967). Por otro lado, de acuerdo con *Loving* la prohibición de contraer matrimonio por motivos de raza supone un atentado injustificable contra la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso. Al fin y al cabo, la libertad de casarse, o no hacerlo, con una persona de distinta raza reside en el individuo y no puede ser infringida por el Estado (*Loving v. Virginia*, 1967).

Unos años después, en *Stanley v. Illinois* (1972), el Tribunal ofreció protección constitucional a las unidades familiares no tradicionales. En concreto, determinó que la Cláusula del Debido Proceso daba derecho a los padres con hijos nacidos fuera del matrimonio a una audiencia sobre su idoneidad antes de verse privados de sus hijos, en caso de que la madre no pudiera hacerse cargo de ellos (*Stanley v. Illinois*, 1972). Además, la negación de la audiencia a los padres no casados suponía una diferencia de trato injustificable y, por tanto, una clara vulneración, de la Cláusula de Igualdad de Protección (*Stanley v. Illinois*, 1972).

Por último, en su reciente sentencia *Obergefell v. Hodges* (2015) la Corte estableció que las cláusulas del Debido Proceso y de Igualdad de Protección de la Decimocuarta Enmienda exigen a los estados que autoricen los matrimonios entre personas del mismo sexo o los reconozcan, en el caso de se hubieran autorizado y celebrado en otro estado. Así, en primer lugar, la Corte estableció que la Cláusula del Debido Proceso requiere a los estados que autoricen el matrimonio entre personas del mismo sexo. La decisión comienza por recordar los fundamentos del Debido Proceso, estableciendo, como comentábamos, que la Cláusula protege la mayoría de los Derechos contenidos en la *Bill of Rights*, así como aquellas decisiones centrales para la dignidad y autonomía individuales. En esta línea, partiendo de la protección constitucional otorgada por el Tribunal al derecho al matrimonio, *Obergefell* (2015) enumera cuatro principios que exigen la extensión de esta protección constitucional a matrimonios entre personas del mismo sexo.

2.2.5. Derecho a vivir con familiares: *Moore v. East Cleveland* (1977)

El derecho a vivir con familiares también ha sido reconocido al amparo de la Cláusula del Debido Proceso. En concreto, en *Moore v. East Cleveland* (1977) el Tribunal concluyó que una Ordenanza de zonificación que impedía a una señora vivir con su hijo y sus dos nietos

vulneraba su derecho a un debido proceso sustantivo, pues las leyes no pueden impedir que hermanos, primos y otros miembros de la familia vivan juntos (*Moore v. East Cleveland*, 1977). *Moore* recordó que el Tribunal ha reconocido desde hace tiempo que la libertad de elección personal en materia de matrimonio y vida familiar es una de las libertades protegidas por la Cláusula del Debido Proceso (*Moore v. East Cleveland*, 1977). En concreto estableció: “our decisions establish that the Constitution protects the sanctity of the family precisely because the institution of the family is deeply rooted in this Nation's history and tradition” [Nuestras decisiones establecen que la Constitución protege la inviolabilidad de la familia precisamente porque la institución de la familia está profundamente arraigada en la historia y la tradición de esta nación”]⁹ (*Moore v. East Cleveland*, 1977).

2.2.6. *Derecho a participar en actos sexuales consentidos privados: Lawrence v. Texas (2003)*

Ya a principios de este siglo, el Tribunal publicó *Lawrence v. Texas* (2003), sentencia de grandísima relevancia que estableció que la penalización de la conducta sexual consentida entre dos adultos del mismo sexo atenta contra la Cláusula del Debido Proceso (*Lawrence v. Texas*, 2003). Por medio de este caso fue derogado el precedente de *Bowers v. Hardwick* (1986), que afirmaba justamente lo contrario, que la Decimocuarta Enmienda no impedía que los estados penalizaran la conducta sexual privada entre individuos del mismo sexo.

En concreto, la Corte basó su fallo en el *right of privacy* reconocido en *Griswold*, la extensión del derecho a tomar decisiones sobre la conducta sexual más allá del matrimonio en *Eisenstadt v. Baird* y el desarrollo del derecho en *Roe v. Wade* y *Carey v. Population Services International*. De esta manera, el Tribunal llegó a dos conclusiones fundamentales, tomadas de la opinión disidente del juez Stevens en el propio *Bowers*. Por un lado, la Corte confirmó que el hecho de que la mayoría gobernante de un Estado haya considerado tradicionalmente práctica concreta como inmoral no es razón suficiente para defender una ley que prohíba dicha práctica (*Lawrence v. Texas*, 2003). Así, por ejemplo, ni la

⁹ Como veremos, esta referencia será tomada, entre otras, por *Washington v. Glucksberg* (1997, pp. 703, 710, 720, 727) para afirmar que la Cláusula del debido proceso protege *especialmente* aquellos derechos que están “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” [profundamente arraigado en la historia y tradición de la nación] (*Washington v. Glucksberg*, 1997) y por *Dobbs v. Women’s Health Organization* (2022) para argumentar que *solo* podrán reconocerse al amparo de la Cláusula aquellos derechos que cumplan con dicho paradigma.

historia ni la tradición podrían dar amparo constitucional una ley que prohibiera el mestizaje (*Lawrence v. Texas*, 2003). Por otro lado, como decíamos, las decisiones individuales de las personas relativas a las intimidades de sus relaciones físicas son una forma de “libertad” protegida por la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda (*Lawrence v. Texas*, 2003).

3. EL DERECHO AL ABORTO: *ROE V. WADE* (1973) Y *PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY* (1992)

Como sabemos, siguiendo con esta noción expansiva del Debido Proceso y sobre la base de los precedentes anteriores la Corte reconoció la existencia de un derecho constitucional al aborto. Así, *Roe v. Wade* (1973) reconoció el derecho a la interrupción del embarazo antes de la viabilidad, el cual fue posteriormente confirmado, con alguna ligera modificación, en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1997).

3.1. *Roe v. Wade* (1973)

Roe nos plantea el caso de Norma McCorvey, bajo el seudónimo legal de Jane Roe, que quedó embarazada y quiso abortar, pero las leyes de Texas, donde residía, prohibían el aborto salvo en caso de riesgo para la vida de la madre. Como sabemos, el caso terminó en el Tribunal Supremo que concluyó que la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda confería un *right of privacy* que protege el derecho al aborto de una mujer embarazada (*Roe v. Wade*, 1973). La sentencia comienza desarrollando la historia del aborto en Estados Unidos con el fin de demostrar que las leyes que criminalizan y restringen el derecho son razonablemente recientes en el tiempo, en su mayoría de finales del siglo XIX (*Roe v. Wade*, 1973). De acuerdo con *Roe*, la promulgación y continuidad de estas leyes se debe tres razones fundamentales: la preocupación social victoriana por desincentivar conductas sexuales ilícitas, el interés del Estado en proteger la vida prenatal y el interés por proteger la vida de la madre (*Roe v. Wade*, 1973). Además, de acuerdo con *Roe* (1973) los pocos Tribunales que se pronunciaron centraron su justificación de la prohibición o restricción del aborto en esta última.

Aunque no está expresamente recogido en la Constitución, continúa *Roe* (1973), la Corte ha reconocido la existencia de un *right of privacy*. Históricamente, la Corte han

encontrado sus raíces en la Primera Enmienda, la Cuarta, la Quinta, la Novena, la Decimocuarta o incluso, como comentábamos *supra*, en las “penumbras” de la *Bill of Rights*, pero, de acuerdo con los últimos pronunciamientos, su origen no debe de ser otro que la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda (*Roe v. Wade*, 1973). Además, distintos precedentes han extendido el *right of privacy* a actividades relacionadas con el matrimonio, la procreación, la contracepción, las relaciones familiares y la crianza y educación de los hijos (*Roe v. Wade*, 1973). Por todo ello, resulta claro que el *right of privacy* debe extenderse a la decisión de una mujer de poner, o no, fin a su embarazo (*Roe v. Wade*, 1973).

Sin embargo, el *right of privacy* no es un derecho absoluto, sino que debe contrapesarse con “intereses apremiantes de los estados” –*compelling state interests*– (*Roe v. Wade*, 1973). En concreto, el interés del estado en la vida y salud de la madre se hace “apremiante” a final del primer trimestre, pues hasta ese momento la mortalidad del aborto es inferior a la del parto convencional (*Roe v. Wade*, 1973). Con respecto al interés del estado en la vida potencial, el punto apremiante es la viabilidad, pues es el momento en el que el feto tiene capacidad de desarrollarse fuera del útero materno (*Roe v. Wade*, 1973). Por todo ello, de acuerdo con *Roe* (1973), el necesario equilibrio de intereses nos lleva a un marco de regulación trimestral. Así, el aborto será totalmente libre durante el primer trimestre; en el segundo los estados podrán regularlo, pero solo con el fin de proteger la salud de la madre, y en el tercero, después de la viabilidad, podrían restringirlo o prohibirlo, excepto en caso de riesgo para la salud de la misma (*Roe v. Wade*, 1973).

En definitiva, *Roe* reconoce la existencia de un derecho constitucional al aborto, que, por tanto, limita la capacidad de regulación de los estados. Basándose en los precedentes anteriores, lo hace al amparo del *right of privacy*, reconocido bajo una interpretación flexible de la Cláusula del Debido Proceso. Por todo ello, *Roe* se considera un ejemplo paradigmático del constitucionalismo vivo.

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

Roe resultó tremendamente controvertido, tanto que una parte importante del país se propuso derribarlo, en especial el movimiento pro-vida. Sin embargo, estos esfuerzos fallaron y la Corte terminó por confirmar el precedente en *Planned Parenthood v. Casey* (1992). Por

un lado, estableció que la decisión de una mujer de abortar deriva de la Cláusula del Debido Proceso y, por otro, que mantener vivo *Roe* es necesario para cumplir con el principio de *stare decisis*. Sin embargo, a diferencia de *Roe*, no construyó el derecho sobre el *right of privacy* e introdujo cambios relevantes como la sustitución del marco trimestral por “criterio de la carga indebida” –*undue burden standard*–.

En primer lugar, *Casey* (1992) estableció que el “postulado central” de *Roe* debía “mantenerse” y “reafirmarse” en sus tres partes fundamentales. Así, *Casey* confirmó el derecho de la mujer a abortar antes de la viabilidad sin injerencia indebida del estado, el derecho de los estados a restringir los abortos después de la viabilidad y el principio de que el estado tiene interés desde el inicio del embarazo en proteger la salud de la mujer y la vida del feto (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

Como decíamos, *Casey* confirmó la postura de *Roe*, pues, como este, entendió que la decisión de la mujer de terminar su embarazo goza de protección constitucional en virtud de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Volviendo sobre los fundamentos de la doctrina del debido proceso, el Tribunal recordó que ni la *Bill of Rights* ni las prácticas específicas de los estados en el momento de la adopción de la Decimocuarta Enmienda marcan los límites exteriores de la esfera sustantiva de la libertad que protege la Cláusula del Debido Proceso (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992). Al contrario, en la resolución de reclamaciones sobre debido proceso sustantivo el Tribunal deberá recurrir al “juicio razonado”, pues sus límites no son susceptibles de expresión por una simple regla (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992). Prueba de ello es que la Corte ha otorgado protección constitucional a decisiones personales relacionadas con el matrimonio, la procreación, la contracepción, las relaciones familiares y la crianza y educación de los hijos (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992). Como afirma *Casey*: “[t]hese matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment” [Estas cuestiones, que afectan a las decisiones más íntimas y personales que una persona puede tomar a lo largo de su vida, decisiones fundamentales para la dignidad y la autonomía personales, son esenciales para la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda] (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992, p. 851). Así, debemos anotar que, aunque *Casey* defiende que la Cláusula del Debido Proceso protege las decisiones más “íntimas” y “personales”, argumentación muy similar a la de *Roe*, no menciona expresamente el *right of privacy*, lo cual sí supone una diferencia sustancial.

Además de coincidir en la interpretación de la Cláusula del Debido Proceso, *Casey* confirma la decisión de *Roe* en base al principio de *stare decisis*, doctrina por la cual el respeto al precedente se hace indispensable (*Planned Parenthood*, 1992). Sin embargo, no se trata de un “mandato inexorable”, por lo que existen una serie de consideraciones destinadas a comprobar la coherencia de la anulación de una decisión anterior con el ideal del Estado de Derecho, y a calibrar los costes respectivos de reafirmar o anular un caso anterior (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992). En concreto, *Casey* determina que (i) la operatividad de la norma, (ii) los intereses dependientes que ha depositado en los ciudadanos y (iii) la ausencia de cambios en la ley o (iv) en los hechos hacen incompatible la derogación de *Roe* con el principio de *stare decisis* (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

Asimismo, ante la relevancia del caso, *Casey* extiende el análisis del *stare decisis* para realizar una comparación de *Roe v. Wade* y dos casos de análoga relevancia en la historia constitucional de los Estados Unidos: *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), referido *supra*, y *Brown v. Board of Education* (1954). Dado que, a diferencia de lo que ocurría en estos casos, no ha habido alteración de las premisas fácticas o legales de *Roe*, la Corte no puede pretender derogar el precedente sin más justificación que un cambio en la disposición doctrinal de la Corte (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

Sin embargo, *Casey* modifica ligeramente el mandato de *Roe* pues deroga su característico marco trimestral, no considerado parte de su “postulado central”. Al prohibir estrictamente cualquier regulación previa a la viabilidad dirigida a proteger la vida potencial, *Casey* entiende que el marco trimestral ignora la naturaleza de los intereses de la mujer embarazada e infravalora el interés del estado en la vida potencial (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992). Por todo ello, *Casey* sustituye el marco trimestral por el “criterio de la carga indebida”, por el que las regulaciones estatales previas a la viabilidad estarán permitidas siempre que no supongan una “carga indebida” en la decisión de abortar de la mujer (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

III. EL ORIGINALISMO: *DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION* (2022)

Aunque, como veíamos, el derecho constitucional al aborto fue confirmado en *Planned Parenthood v. Casey*, tanto *Roe* como *Casey* siguieron estando fuertemente cuestionados. Parte

de la sociedad estadounidense siguió apostando por su derogación y multitud de estados introdujeron prohibiciones a las seis, ocho, diez semanas u otros momentos previos a la viabilidad (Marietta, 2023, p. 30). Tanto es así que, en cuanto la Corte logró una mayoría suficiente de jueces conservadores publicó *Dobbs v. Women's Health Organization*, donde derogó ambos precedentes y abandonó la noción flexible del Debido Proceso que había permitido la evolución de los derechos de acuerdo con los postulados del constitucionalismo vivo. Como desarrollaremos en los siguientes apartados, este cambio de paradigma se debe al auge de otra teoría de interpretación constitucional: el originalismo.

3.1. El originalismo: concepto e implantación en Estados Unidos

3.1.1. Originalismo: concepto

El originalismo es la teoría que defiende que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con su significado original. Aunque se trata de un concepto amplio y hay mucha discrepancia sobre el mismo, de acuerdo con Solum (2019) podemos decir que su núcleo hay dos ideas fundamentales. Todos los originalistas coinciden en que el significado original del texto constitucional se fijó en el momento en el que la Constitución fue redactada y ratificada –principio de fijación– y en que la labor de los jueces se debe restringir a este significado original fijo –principio de restricción– (Solum, 2019). Por ello, como afirma Strauss (2010), el originalismo es la antítesis del constitucionalismo vivo.

Hay muchos aspectos en los que difieren los originalistas, pero, sin duda, el más destacado es la distinta concepción de significado original. Por un lado, el Originalismo intencional –*Original Intentions Originalism*– defiende que el significado original debe entenderse como la intención de los redactores del texto constitucional (Boykin, 2021). De acuerdo con esta teoría, el significado de la Constitución no se puede obtener solo a través de sus palabras, sino que debemos atender a la intención, intención entendida como aquello que sus redactores y ratificadores querían hacer a través de sus disposiciones, las acciones y resultados que pretendían obtener (Boykin, 2021). Así, para determinar el significado de la Constitución debemos recurrir, entre otros instrumentos, a lo que sus partidarios dijeron sobre ella en los debates sobre su ratificación (Boykin, 2021). Por otro lado, el Originalismo del significado público –*Public meaning originalism*– o Textualismo, predominante hoy en día, establece que el significado original debe entenderse como significado público. Así, siguiendo

a Solum (2021), la mejor interpretación del significado original es el contenido comunicativo del texto constitucional que era accesible al público en el momento en que se redactó y ratificó cada disposición. Es decir, el significado invariable de una disposición constitucional debe entenderse como aquel que le hubiera atribuido una persona razonable en el momento de su adopción (Fallon, 2021).

Para algunos autores, el originalismo, en claro contraste con constitucionalismo vivo, es la única doctrina de interpretación constitucional que garantiza el Estado de Derecho, la separación de poderes y a la soberanía popular. En concreto, Barnett y Solum (2023) entienden que el originalismo sirve al Estado de Derecho al exigir a los jueces que se adhieran al significado original del texto constitucional, garantiza la separación de poderes al confinar a los jueces a su función legítima de decidir casos sobre la base de normas jurídicas preexistentes y consagra la soberanía popular al subordinar a los jueces a la voluntad del pueblo expresada en una Constitución que ha sido ratificada por los representantes del pueblo en convenciones constitucionales o por una mayoría absoluta del Congreso y de los estados. Es decir, el originalismo critica que el poder contra-mayoritario del Tribunal puede ser una amenaza para la democracia.

3.1.2. *Originalismo en Estados Unidos*

De acuerdo con Solum (2011) los debates contemporáneos sobre el originalismo se remontan a principios de la década de 1970. En 1971, Robert Bork escribió *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*¹⁰, un artículo que es considerado por muchos como el movimiento inicial en el desarrollo de la teoría originalista contemporánea (Solum, 2011). Solo cinco años después el juez Rehnquist escribía *The Notion of a Living Constitution*¹¹, donde basándose en escritos de los constituyentes criticaba el constitucionalismo vivo y apoyaba implícitamente el originalismo (Solum, 2011). Además, en 1976, Raoul Berger publicó *Government by the Judiciary*¹², obra en la que defendía que las interpretaciones de la Decimocuarta Enmienda eran contrarias a las intenciones de los constituyentes. Estas obras, aunque no dieron lugar a una teoría constitucional estructurada, comenzaron a sugerir lo que después conoceríamos como originalismo intencional (Solum, 2011). Aunque esta forma de

¹⁰ Bork, R. (1971) *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, *Ind. L.J.*, 47, 1.

¹¹ William, H. (1976). Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, *Texas Law Review*, 54, 695-698.

¹²Berger, R. (1977). *Government by Judiciary: Some Counter criticism*. *Tex. Law Review.*, 56, 1125.

entender el originalismo logró cierto arraigo en los años setenta y ochenta, pronto perdió fuerza en favor del originalismo del significado público, predominante todavía hoy. En esta transición jugó un papel esencial el juez Scalia, considerado uno de los padres del originalismo contemporáneo, que en 1986 dio un conocido discurso invitando a los originalistas a pasar de la doctrina de la intención original a la del significado original (Solum, 2011).

En cualquier caso, la creciente popularidad del originalismo en las últimas décadas solo puede entenderse como reacción al constitucionalismo vivo. Como apunta Strauss (2010), esto explica que los conservadores abrazaran el originalismo como rechazo al activismo judicial de la Corte Warren (1953-1959) o que gran parte del renovado apoyo al originalismo haya sido impulsado por mera oposición a *Roe*. Es decir, muchos defienden el originalismo como freno a la Constitución viva.

Como sabemos, la relevancia de la doctrina ha ido en aumento, hasta el punto de que, desde octubre de 2020 la Corte goza de una mayoría de seis jueces conservadores, de los cuales cuatro se han proclamado abiertamente originalistas: Thomas, Alito, Barret y Gorsuch (Fallon, 2021). La consecuencia, como veremos, es que el pasado mandato del Tribunal ha sido el más conservador desde 1937 (Marietta, 2023, p. 192-193) y de las trece decisiones principales de la Corte, doce han sido de corte conservador (Marietta, 2023, p. 18). En este sentido, la derogación de *Roe* y *Casey* por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* no debería ser ninguna sorpresa.

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

La historia de *Dobbs* puede remontarse a los años sesenta, cuando comenzó el conflicto moderno sobre el aborto en Estados Unidos. Aprovechando la importante expansión de derechos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, la Corte reconoció la existencia de un derecho constitucional al aborto en *Roe v. Wade* (1973). Aunque el fallo fue objeto de muchas críticas y muchos se propusieron derribarlo, como sabemos, la Corte terminó por confirmarlo en *Casey v. Planned Parenthood* (1992). Sin embargo, ambos precedentes siguieron siendo tremendamente controvertidos y muchos estados introdujeron prohibiciones a las seis, ocho, diez semanas u otros momentos previos a la viabilidad (Marietta, 2023, p. 30). La polémica estaba servida y tras la elección de Donald Trump, que declaró abiertamente que designaría

jueces pro-vida para lograr la derogación de *Roe* (Mangan, 2016), solo era cuestión de tiempo. Así, tras haber logrado una mayoría de seis jueces conservadores, el 24 de junio de 2022 *Roe* y *Casey* fueron derogados por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. En los siguientes apartados comenzaremos realizando un análisis detallado de los distintos argumentos de *Dobbs* para terminar concluyendo que el fallo recurre a una versión moderada del originalismo.

3.2.1. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: análisis del caso*

En *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) la Corte estableció que la Constitución de los Estados Unidos no confiere un derecho al aborto, derogó *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992) y devolvió la autoridad para regularlo al “pueblo y a sus representantes elegidos”. El caso se refiere a la constitucionalidad de una ley estatal de Misisipi –*Mississippi Gestational Age Act*– que prohibía, como regla general, el aborto después de la decimoquinta semana de embarazo, contradiciendo, por tanto, los mandatos de *Roe* y *Casey*.

Dobbs (2022, p. 9) comienza argumentando que el análisis constitucional debe comenzar con el “lenguaje del documento” que ofrece una “norma fija” para determinar su significado. Por tanto, como la Constitución no hace referencia expresa al derecho a abortar, quienes afirman que protege tal derecho deben demostrar que el derecho está implícito en el texto constitucional (*Dobbs*, 2022, p. 9). Así, como afirman Barnett y Solum (2023) *Dobbs* comienza con un decidido argumento originalista.

Para determinar si el derecho al aborto puede entenderse implícito en la Constitución *Dobbs* (a) examina los requisitos para que un determinado derecho se entienda protegido por Cláusula del Debido Proceso, (b) analiza si el derecho en cuestión está arraigado en la historia y tradición de la nación y (c) estudia si el aborto forma parte de un derecho más amplio respaldado por otros precedentes. A continuación, (d) *Dobbs* estudia si la derogación de *Roe* y *Casey* es compatible con los principios de *stare decisis* y, por último, (e) termina determinando el nuevo estándar de constitucionalidad de las leyes estatales sobre el aborto. En cada uno de los siguientes apartados comenzaremos describiendo detalladamente los argumentos de *Dobbs* y terminaremos exponiendo las principales críticas formuladas por la doctrina.

- a. Requisitos para que un determinado derecho se entienda protegido por Cláusula del Debido Proceso

Dobbs comienza detallando los requisitos para que, según la Corte, un derecho se entienda protegido por la Decimocuarta Enmienda. Siguiendo al Tribunal, aunque la doctrina del debido proceso sustantivo siempre ha resultado controvertida, la jurisprudencia ha reconocido desde antiguo que la Cláusula del Debido Proceso protege tanto los derechos reconocidos en la *Bill of Rights* como una serie de derechos fundamentales no explícitamente mencionados en la Constitución (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 11-12). Para determinar si un derecho entra en alguna de las dos categorías debemos preguntarnos si está “deeply rooted in our history and tradition” [profundamente arraigado en nuestra historia y tradición] y si es esencial para el “scheme of ordered liberty” [esquema de libertad ordenada] (*Timbs v. Indiana*, 2019; *McDonald v. Chicago*, 2010; *Washington v. Glucksberg*, 1997, como se citó en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022).

De acuerdo con *Dobbs* (2022, p. 14), el recurso exclusivo al paradigma de *Gluckberg* se justifica en la necesidad de protección frente la tendencia humana a confundir lo que protege la Enmienda con las propias opiniones sobre la libertad que deben disfrutar los estadounidenses. Según la Corte, el Debido Proceso ha sido a veces un campo traicionero para el Tribunal y le ha llevado a usurpar la autoridad que la Constitución confía a los representantes elegidos por el pueblo (*Dobbs v. Jackson Women's Health*, 2022, p. 14). Por ello, el Tribunal siempre ha sido reticente a reconocer derechos no mencionados en la Constitución y deberá tener el máximo cuidado para evitar que el Debido Proceso sea una forma de imponer las preferencias particulares de los miembros de la Corte (*Dobbs v. Jackson Women's Health*, 2022, p. 14).

Sin embargo, buena parte de la doctrina ha criticado la elección del paradigma de *Glucksberg* como único criterio para determinar el contenido de la Cláusula del Debido Proceso. En primer lugar, muchos autores han defendido que la imposición del paradigma, lejos de limitar el poder de los jueces, en realidad, concede un amplísimo margen de apreciación al Tribunal. Siegel (2023), por ejemplo, entiende que el recurso a la historia puede disfrazar la discrecionalidad judicial con la misma facilidad con que la limita. Maril (2022), en la misma línea, apunta que, aunque los defensores de la metodología histórica de *Glucksberg* elogian su enfoque disciplinado, la prueba de *Glucksberg* es tan engañosamente maleable como

la historia que extrae fielmente. El mismo juez Stevens criticó en su voto particular disidente de *McDonald v. Chicago* que el análisis histórico promete una objetividad que no puede cumplir y enmascara los juicios de valor que impregnan cualquier análisis de qué costumbres están suficientemente arraigadas (*McDonald v. Chicago*, 2010) (Stevens J., dissenting).

Además, parte de la doctrina critica que *Dobbs* aprovecha ese margen de interpretación en favor del originalismo. Es más, la mayoría entiende que el propio recurso al paradigma histórico de *Glucksberg* no tiene otra explicación que el fin de lograr un resultado más compatible con el “significado original”. En opinión de Siegel (2023), no había ningún precedente que obligara al Tribunal a decidir sobre *Dobbs* empleando el criterio de la historia y las tradiciones, sino que el paradigma se aplicó con un propósito concreto. Es decir, en *Dobbs*, los jueces originalistas emplean el registro histórico de forma encubierta para expresar valores que no desea reconocer como propios (Siegel, 2023). Este análisis no es muy distinto del empleado por Barnett y Solum (2023), fervientes originalistas, que, como veremos más adelante, entienden que en *Dobbs* opera el originalismo como “fuerza gravitacional” o el “segundo mejor” originalismo, es decir, que el recurso al paradigma de *Gluckberg* es una simple forma de reducir la desviación del significado original. En definitiva, parece que *Dobbs* recurre al *Glucksberg* con el único fin de concluir que el aborto no puede tener protección constitucional.

De hecho, debemos apuntar que, hasta *Dobbs*, el paradigma de *Gluckberg* había jugado un rol bastante marginal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el propio *Washington v. Gluckberg* (1997) el Tribunal estableció que la Decimocuarta Enmienda protegía especialmente los derechos que estaban profundamente arraigados en la historia y tradición de la nación para justificar su exclusión del derecho al suicidio asistido. Además, en *McDonald v. Chicago* (2010) la Corte recurrió al paradigma de *Glucksberg* para incorporar el derecho a poseer y portar armas con fines de autodefensa de la Segunda Enmienda y en *Timbs v. Indiana* (2019) hizo lo mismo con la Cláusula de Multas Excesivas. Es decir, hasta *Dobbs*, el paradigma de *Glucksberg* solo había sido usado por la Corte en tres ocasiones, en dos de ellas para incorporar derechos reconocidos en la *Bill of Rights* frente a los estados y en ninguna de ellas con la pretensión de exclusividad en la determinación del contenido de la Cláusula del Debido Proceso. En esta misma línea, algunos autores insisten en que *Dobbs* no afronta adecuadamente la negativa del Tribunal a aplicar *Glucksberg* en *Lawrence* y *Obergefell*. Como argumenta Bernik (2022), aunque es cierto que *McDonald v. Chicago* y *Timbs v. Indiana* no los

discutieron tampoco afirmaron que *Glucksberg* fuera el medio exclusivo de identificar los derechos sustantivos reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso ni anularon ninguna decisión en base a *Glucksberg*.

- b. Análisis de si el derecho al aborto está arraigado en la historia y tradición de la nación

Seguidamente, *Dobbs* pasa a analizar si el derecho al aborto está profundamente arraigado en la historia y tradición de la nación y si es un componente esencial de la libertad ordenada. De acuerdo con la sentencia, hasta finales del siglo XX la legislación estadounidense no ofreció soporte alguno al derecho constitucional a abortar: ninguna disposición constitucional estatal, ningún tribunal federal o estatal y ningún tratado académico que conociéramos habían reconocido tal derecho (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 15). Por tanto, de acuerdo con *Dobbs* no cabe sino concluir que el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y tradición.

En su análisis sobre si el derecho al aborto está profundamente arraigado *Dobbs* realiza un recorrido difuso en el que parecen distinguirse cuatro etapas: el *common law*, el derecho tras la independencia de las Colonias, el año de ratificación de la Decimocuarta Enmienda y el día de publicación de *Roe*. Así de acuerdo con *Dobbs*, en el *common law* el aborto era un delito, por lo menos después del *quickening*, el primer movimiento del feto en el útero percibido por la madre (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p.16). Además, aunque un aborto anterior al *quickening* no se consideraba en sí mismo un homicidio, no se deduce que el aborto fuera permisible en el *common law*, y mucho menos que el aborto fuera un derecho legal (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 18). Enseguida pasa a analizar el estatus del derecho en la historia legal de los Estados Unidos y en particular en 1868, año en que fue ratificada la Decimocuarta Enmienda, en el que tres cuartas partes de los Estados (28 de 37) habían promulgado leyes que tipificaban el aborto como delito, incluso si se realizaba antes del *quickening* (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 23). Finalmente, de acuerdo con *Dobbs*, este consenso abrumador se mantuvo hasta el día en que *Roe* fue decidido (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 24).

Sin embargo, en su análisis la mayoría parece privilegiar el estado de la ley en 1868, año en que la Decimocuarta Enmienda fue ratificada. El hecho de que tres cuartas partes de los estados tipificaran el aborto como delito en 1868 es el dato más repetido por la mayoría para justificar su decisión, hasta el punto de que termina su opinión incluyendo un apéndice con las leyes que penalizaban el aborto en todas las fases del embarazo en los estados existentes en 1868 –*Appendix A*– y otro con las mismas leyes de los territorios que se convirtieron más tarde en estados y el Distrito de Columbia –*Appendix B*–. Como, apuntan Barnett y Solum (2023), esta insistencia en el año 1868 no puede indicar sino la pretensión de determinar el significado original de la Cláusula del Debido Proceso y supone, por tanto, una apuesta decidida por el originalismo.

El análisis histórico de *Dobbs*, totalmente contrario al de *Roe*, tampoco está exento de críticas. Entre las más notorias encontramos la de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan que en su voto particular disidente sostienen que el derecho primitivo proporciona cierto apoyo al aborto, pues el *common law* no consideraba el aborto como delito hasta el *quickening* y las primeras normas estadounidenses siguieron la misma norma (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022) (Breyer, Sotomayor and Kagan, J.J., dissenting). Es decir, los jueces coinciden con *Roe* en que las leyes que criminalizan y restringen el derecho son razonablemente recientes en el tiempo y entienden que *Dobbs* hace una selección interesada de la historia para justificar su decisión. Esta misma postura ha sido defendida por la American Historical Association y la Organization of American Historians en su *Amici Curiae* (Brief for Amici Curiae, 2022) y por otros autores como Ziegler (2023).

Además, parte de la doctrina ha criticado la aplicación que hace *Dobbs* del paradigma histórico por entender que es contraria al propio *Washington v. Glucksberg*. Al fin y al cabo, aunque *Dobbs* impone el uso del paradigma de *Glucksberg* y concluye que el aborto no es un derecho profundamente arraigado, como señalan autores como Levinson *et al* (2022) y Siegel (2023), *Glucksberg* reconoce expresamente el aborto como una de las libertades protegidas (*Washington v. Glucksberg*, 1997, 726-728).

- c. Estudio de si el derecho al aborto puede formar parte de un derecho más amplio respaldado por otros precedentes

Por último, *Dobbs* concluye que el aborto tampoco puede considerarse parte de un derecho más amplio apoyado por otros precedentes, un *right of privacy*, como lo definió *Roe* o un derecho a tomar decisiones “íntimas y personales”, en palabras de *Casey*. Por un lado, de acuerdo con la opinión mayoritaria, una aproximación histórica al concepto de *ordered liberty*, no impide que los representantes elegidos por el pueblo decidan como debe regularse el aborto (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, p. 31). Además, el derecho a practicar un aborto tampoco tiene base en ningún precedente anterior, pues al implicar la terminación de la vida potencial se trata de un caso *sui generis*. Así lo formula la propia Corte:

What sharply distinguishes the abortion right from the rights recognized in the cases on which *Roe* and *Casey* rely is something that both those decisions acknowledged: Abortion destroys what those decisions call “potential life” and what the law at issue in this case regards as the life of an “unborn human being.” None of the other decisions cited by *Roe* and *Casey* involved the critical moral question posed by abortion. They are therefore inapposite. They do not support the right to obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way. [Lo que distingue claramente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que se basan *Roe* y *Casey* es algo que ambas decisiones reconocen: el aborto destruye lo que esas decisiones denominan "vida potencial" y lo que la ley en cuestión en este caso considera la vida de un "ser humano no nacido". Ninguna de las otras decisiones citadas por *Roe* y *Casey* implicaba la cuestión moral crítica que plantea el aborto. Por lo tanto, no son pertinentes. No apoyan el derecho a abortar y, por la misma razón, nuestra conclusión de que la Constitución no confiere tal derecho no las socava en modo alguno] (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, p. 32).

Como podemos observar, *Dobbs* distingue el derecho al aborto del resto de *privacy rights*, por involucrar la finalización de la “vida potencial” y suponer una “cuestión moral crítica”. De esta manera, niega que derechos anteriormente reconocidos por la Corte, puedan justificar la existencia de un derecho al aborto al amparo de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Sin embargo, por esa misma lógica, también concluye que la

derogación del derecho constitucional al aborto que realiza no afectará al resto de derechos, pues, al fin y al cabo, la posible afectación a la vida potencial los hace derechos distintos.

Sin embargo, para algunos, la diferenciación de *Dobbs* entre el aborto y el resto de los precedentes reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso no resulta suficientemente justificada. Para Bernick (2022), por ejemplo, la escasez del razonamiento se asemeja mucho a la tan criticada imposición de la frontera de la viabilidad por *Roe*: *Dobbs* impone la frontera entre el aborto y el resto de derechos sin explicarla lo suficientemente, ignora como la distinción y el marco se relacionan entre sí, como debe aplicarse la primera en la práctica y como deben interactuar en caso de conflicto.

d. Compatibilidad de la derogación de *Roe* y *Casey* con los principios de *stare decisis*

Además de argumentar que la Constitución no reconoce un derecho al aborto, *Dobbs* necesita demostrar que la derogación de *Roe* y *Casey* también se justifica en los principios de *stare decisis*, especialmente cuando la decisión de *Casey* se basó fundamentalmente en este principio. Para ello enfatiza que la doctrina no supone un mandato ineludible y elabora un nuevo concepto de la misma que flexibiliza la derogación de decisiones anteriores. De acuerdo con la Corte, (i) la naturaleza de su error, (ii) la baja calidad de su razonamiento, (iii) la operatividad de sus normas, (iv) el efecto disruptivo de sus normas en otras áreas del ordenamiento jurídico y (v) la ausencia de intereses dependientes debe llevar necesariamente a la derogación de ambos precedentes (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022).

i. La naturaleza del error judicial

En primer lugar, la Corte argumenta que *Roe* estaba “terriblemente equivocado” y ha sido “profundamente dañino”, pues su análisis estaba muy fuera de cualquier interpretación razonable de las disposiciones constitucionales (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 43-45). Además, *Casey* perpetuó el error de *Roe*, pues, aunque llamó a las partes a resolver el debate, declaró un bando ganador, impidiendo a los perdedores la posibilidad de persuadir a sus representantes electos para que adoptaran políticas consistentes con sus puntos de vista (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 43-45).

ii. La calidad del razonamiento

Además, *Dobbs* defiende que la debilidad del razonamiento de *Roe* también debe justificar su derogación. Así, de acuerdo con la Corte, sin base alguna en el texto constitucional, la historia o precedentes, los que entiende requisitos necesarios para el reconocimiento de un derecho, *Roe* impuso un conjunto de reglas muy detalladas más propias de la técnica legislativa o reglamentaria (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 45-56). Por ello, *Dobbs* critica especialmente el marco trimestral y la frontera de la viabilidad de *Roe*, considerados los puntos más débiles del fallo. En este sentido, *Dobbs* afirma que ninguna de las partes abogó por el marco trimestral, ni argumentó que la viabilidad debería marcar el punto en el que el alcance del derecho al aborto y la autoridad reguladora de un Estado deberían transformarse sustancialmente: este complejo esquema surgió exclusivamente del razonamiento de la Corte (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 47).

Además, *Casey* no logró corregir los errores de *Roe*. De acuerdo con *Dobbs*, *Casey* abandonó su recurso al *right of privacy* para basar el derecho al aborto exclusivamente en la Cláusula del Debido Proceso, no reafirmó el erróneo relato histórico de *Roe* y se basó esencialmente en los mismos precedentes (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, pp. 55-56). Además, no hizo ningún esfuerzo por remediar la discusión sobre la viabilidad de *Roe* y rechazó el esquema trimestral para sustituirlo por el criterio de la “carga indebida”, paradigma lleno de ambigüedades y difícil de aplicar (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, pp. 55-56).

iii. La operatividad

La operatividad analiza si la regla establecida por un precedente puede ser interpretada y utilizada de manera coherente y predecible. Siguiendo a *Dobbs*, la ambigüedad del “criterio de la carga indebida” hace que *Roe* y *Casey* sean inviables en la práctica (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, pp. 56-62). Al fin y al cabo, las discrepancias para determinar en la práctica la existencia de una “carga indebida”, presentes ya en el propio *Casey*, también han afectado a multitud de casos posteriores (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, pp. 56-62). Como afirma Tello Mendoza (2023, p. 148), la prueba de la carga indebida “ha obtenido una mala puntuación, pues la experiencia de los tribunales de

apelación indica que la línea que separa a las restricciones permisibles de aquellas inconstitucionales es imposible de trazar con precisión”.

iv. El efecto en otras áreas del Derecho

Además, de acuerdo con *Dobbs*, *Roe* y *Casey* han tenido efectos perjudiciales en otras áreas de la ley, provocando la distorsión de otras doctrinas legales importantes no relacionadas (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, pp. 62-63). Este efecto perjudicial proporciona un motivo más para derogar tales decisiones.

v. Los intereses dependientes –*reliance interests*–

Por último, de acuerdo con *Dobbs* (2022, pp. 63-66) no podemos entender que la derogación de *Roe* y *Casey* suponga una vulneración de intereses dependientes. Siguiendo a la Corte, los intereses dependientes tradicionales hacen referencia a una dependencia concreta o específica, que surge cuando una planificación anticipada de gran precisión es una necesidad más obvia (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, pp. 64). De hecho, los precedentes de la Corte hacen referencia a intereses dependientes muy concretos, como los que se desarrollan en casos que implican derechos contractuales o de propiedad (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, pp. 64).

En *Casey*, la Corte había defendido la existencia de una particular forma intangible de dependencia, que autores como Kozel (2010) o Iacono (2022) han denominado “dependencia social”. En concreto, *Casey* (1992, p. 856) argumentó que los estadounidenses habían organizado sus relaciones íntimas y tomado distintas decisiones en función de la disponibilidad del aborto y que la capacidad de las mujeres de participar en igualdad de condiciones en la vida económica y social se había visto facilitada por la posibilidad de controlar su vida reproductiva. Así, *Dobbs* se aferra a la concepción tradicional de la dependencia específica, de dimensión predominantemente económica, para rechazar la noción de dependencia de *Casey* por considerarla abstracta e incompatible con los precedentes de la Corte.

--- o ---

Como decíamos, la argumentación de *Dobbs* pone de manifiesto una concepción distinta del concepto de *stare decisis* a la desarrollada en *Casey* y en multitud de precedentes,

la cual ha sido objeto de muchas críticas. Como explicamos al hablar de *Casey*, en este fallo la Corte entendió que (i) la operatividad de la norma, (ii) los intereses dependientes que ha depositado en los ciudadanos y (iii) la ausencia de cambios en la ley o (iv) en los hechos debían ser las consideraciones destinadas a comprobar la coherencia de la anulación de una decisión anterior con el ideal del Estado de Derecho, y a calibrar los costes respectivos de reafirmar o anular un caso anterior (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992). Este mismo planteamiento ha sido defendido por los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan en su voto particular (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022) (Breyer, Sotomayor and Kagan, J.J., dissenting). De hecho, como afirma Marietta (2023) durante treinta años *Casey* se consideró el precedente sobre los precedentes.

Así, tanto *Casey* como el voto particular de *Dobbs* enfatizan la necesidad de cambios fácticos o legales para justificar la derogación de un precedente. Estos defienden que al anular precedentes constitucionales, el Tribunal casi siempre ha señalado cambios jurídicos o fácticos importantes que desvirtúan el fundamento original de una decisión (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022) (Breyer, Sotomayor and Kagan, J.J., dissenting). Sin embargo, este planteamiento resulta intolerable para *Dobbs*, pues denuncia que no permite revocar un precedente constitucional atrozmente erróneo, a menos que existan cambios jurídicos o fácticos importantes (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 69). De esta manera, para facilitar la derogación de precedentes “atrozmente erróneos” –normalmente aquellos considerados suficientemente incompatibles con el significado original– *Dobbs* introduce la naturaleza del error y la calidad del razonamiento en el análisis de *stare decisis*, además de restringir la noción de intereses dependientes a la dependencia concreta o específica. En realidad, las distintas concepciones del concepto de *stare decisis* que observamos no dejan de ser un reflejo más del conflicto entre el constitucionalismo vivo y el originalismo¹³.

¹³ No olvidemos que, mientras que los originalistas más radicales defienden la primacía del significado original sobre cualquier precedente, para los defensores del constitucionalismo vivo los precedentes son, a su manera, tan importantes como el propio texto constitucional. A pesar de esta diferencia estructural, en la práctica los originalistas defenderán aquellos precedentes que respeten –o se aproximen– al significado original, mientras que los partidarios del constitucionalismo vivo apoyarán aquellos que consideren compatibles con su noción evolutiva de la Constitución.

- e. La regulación del aborto por el “pueblo y sus representantes elegidos”: el nuevo estándar de constitucionalidad de las leyes estatales

En definitiva, *Dobbs* (2022) concluye que ni el texto constitucional, ni la historia, ni ningún precedente permiten considerar el aborto como un derecho fundamental, por lo que la autoridad para regularlo debe regresar al “pueblo y sus representantes elegidos”. Es decir, los estados podrán regular el aborto por razones legítimas. De ahora en adelante, cuando constitucionalidad de las normas estatales sobre el aborto sea cuestionada estas deberán someterse a un examen de base racional –*rational-basis review*– que satisfará siempre que se entienda que el estado posee razones legítimas para legislar (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, p. 77). Entre estos intereses legítimos encontramos, por ejemplo, el respeto a la vida potencial en todas sus fases, y la protección de la salud de la madre, la eliminación de procedimientos médicos particularmente bárbaros y la preservación de la integridad de la profesión médica, entre otros (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, p. 78). Así, la Corte entiende que el estado de Misisipi tiene razones legítimas para regular sobre el aborto y que, por tanto, el *Mississippi Gestational Age Act* es conforme a la Constitución.

3.2.2. *Dobbs: una versión moderada del originalismo*

Entre los aspectos más debatidos de *Dobbs* está su posicionamiento en relación con las distintas escuelas de interpretación constitucional. Autores como Alicea (2022) o Chemerinsky (2022) consideran que *Dobbs* es una manifestación de puro y simple originalismo, mientras que otros, como Bernik (2022) o Wurman (2022), entienden que en realidad el fallo se trata de una forma más conservadora del constitucionalismo vivo. Algunos incluso han entendido que *Dobbs* es en realidad una perfecta manifestación del tradicionalismo, doctrina formulada en los últimos años en la que el significado constitucional se deriva de prácticas concretas, en lugar de principios ideas o precedentes (Degirolami, 2022; Sustain, 2022). No debemos olvidar que los conceptos de originalismo y constitucionalismo vivo –como el de tradicionalismo– no dejan de ser construcciones académicas con fronteras difusas.

Sin embargo, a nuestros ojos, ninguno de los planteamientos anteriores ofrece una solución plenamente satisfactoria. Por un lado, parece claro que *Dobbs* no se trata de un precedente radicalmente originalista, pues, entre otras cosas, apoya expresamente la doctrina

del debido proceso sustantivo e impone un paradigma histórico, que, aunque tremendamente restrictivo, no es puramente originalista. Tomando como ejemplo el voto particular disidente del juez Thomas, una argumentación verdaderamente originalista hubiera negado la posibilidad de reconocimiento de cualquier derecho sustantivo al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, defendido la derogación de todos los precedentes anteriores y planteado la posibilidad de reconocer derechos al amparo de otra cláusula, como la de Privilegios e Inmunidades (*Dobbs v. Women's Health Organization*, 2022) (Thomas, J., dissenting).

Por otro lado, tampoco parece acertado reducir el fallo a una versión restrictiva del constitucionalismo vivo, ni recurrir a una teoría alternativa como el tradicionalismo cuando el debate se sigue estructurando en los términos tradicionales. A nuestro modo de ver, *Dobbs* contradice los principios más básicos de la Constitución viva, la imposibilita en la práctica y abandera un giro en la doctrina de la Corte basado en lógicas plenamente compatibles con el argumentario originalista. Como afirmó acertadamente Marietta (2023, p. 18), aunque podemos debatir sobre el nombre apropiado del método dominante del Tribunal para interpretar y aplicar la Constitución, no podemos negar la clara transformación del Derecho Constitucional que ha tenido lugar bajo el estandarte del originalismo.

En nuestra opinión, *Dobbs* es a todas luces una decisión híbrida, una versión moderada del originalismo en la que Alito recurre al paradigma de *Glucksberg* para rechazar la constitucionalidad del derecho al aborto y limitar el reconocimiento futuro de derechos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, reduciendo así la desviación del significado original. Como desarrollaremos más adelante, *Dobbs* representa el giro de la Corte hacia el originalismo moderado, lo que ha supuesto que la Constitución viva deje de ser el principio rector de las decisiones de la Corte.

Este carácter mixto ha sido reconocido por autores como Barnett y Solum (2023) que entienden que *Dobbs* emplea argumentos de una versión conservadora del constitucionalismo vivo con el fin de obtener un resultado originalista. Así, Barnett y Solum (2023), argumentan que *Dobbs* es un ejemplo de “originalismo como fuerza gravitacional” (Barnett, 2013). De acuerdo con estos, el originalismo toma un papel en la decisión de *Dobbs*, aunque no aparezca explícitamente y emplee un razonamiento no originalista (Barnett y Solum, 2023). Como afirma Barnett (2013), el originalismo ejerce una suerte de “fuerza gravitacional” que puede

afectar a la doctrina de manera significativa siempre que haya jueces que acepten la relevancia del originalismo.

Además, empleando el concepto de Solum (2013), Barnett y Solum (2023) entienden que *Dobbs* es un ejemplo de “segundo mejor originalismo”, pues el Tribunal recurre a doctrinas no originalistas para conseguir resultados más compatibles con la doctrina. Dado que los jueces entienden que el derecho al aborto no es compatible con el significado original de la Cláusula del Debido Proceso, recurren al paradigma de *Glucksberg*, que, aunque no es en sí mismo originalista, les permite llegar al que entienden es el significado originalista correcto (Barnett y Solum, 2023). Es decir, en lugar de rechazar expresamente la doctrina del debido proceso sustantivo imponen una que minimiza el distanciamiento del significado original (Barnett y Solum, 2023).

En el fondo, podemos entender que *Dobbs* se trata de una versión de lo que el juez Scalia (1989) denominó originalismo “pusilánime”. Es decir, aquella versión más moderada del originalismo que entiende que precedentes o incluso determinadas consideraciones morales deben prevalecer sobre el significado original en algunas circunstancias. De hecho, el propio juez Alito en sus audiencias de confirmación declaró que deberíamos fijarnos en el significado que alguien habría extraído del texto de la Constitución en el momento de su adopción (Marietta, 2023) y en alguna ocasión se ha definido como un originalista “práctico” (Walther, 2014).

IV. LAS IMPLICACIONES DE *DOBBS* ¿LA MUERTE DE LA CONSTITUCIÓN VIVA?

Como decíamos, *Dobbs* representa una versión moderada del originalismo y supone, por tanto, un giro importante en la doctrina de la Corte. En las siguientes líneas, analizaremos sus consecuencias en cuatro niveles: sus implicaciones para el derecho al aborto, su posible efecto sobre los derechos ya reconocidos por la Cláusula del Debido Proceso, sus repercusiones sobre el reconocimiento de nuevos derechos por la Cláusula y su trascendencia para el método de interpretación de la Constitución y el sistema jurídico-constitucional. En todos estos ámbitos analizaremos en qué medida *Dobbs* como forma de interpretar la Constitución y sus derechos puede suponer la muerte de la Constitución viva.

1. PARA DERECHO AL ABORTO

Es importante destacar que *Dobbs* parece mantener una postura moralmente neutra sobre el aborto. De hecho, afirma que la opinión no se basa en ningún punto de vista sobre si – y a partir de cuando– la vida prenatal tiene derecho a alguno de los derechos de los que se disfrutan después del nacimiento (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, p. 38). También afirma que el Tribunal no tiene autoridad para juzgar las disputas sobre el estatus del feto (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, p. 65). La importancia de la neutralidad moral del Tribunal la recalcó especialmente el juez Kavanaugh en su voto particular. En este, el juez insiste en que la Corte no tiene autoridad para declarar un derecho constitucional al aborto, pero tampoco para declarar una prohibición constitucional del mismo (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022) (Kavanaugh, J., concurring, pp. 3,5,11,12).

Sin embargo, autores como Tello Mendoza (2023, pp. 155-159) han apuntado que, aunque *Dobbs* es moralmente neutro en el debate del aborto, se inclina claramente a favor del *nasciturus*. De acuerdo con este, aunque *Dobbs* no supone la afirmación del derecho a la vida del *nasciturus*, “sí implica el reconocimiento amplio –en todas las etapas del desarrollo– del legítimo interés estatal para preservar la vida prenatal, en contraposición al aborto, en el entendido que este conlleva –aunque se haya pretendido la neutralidad– a la eliminación deliberada de un ser humano” (Tello Mendoza, 2023 p. 158). Por ello, autores como el propio Tello Mendoza (2023), Finnis y George (2022, pp. 1030-1031) o Bradley (2022), han argumentado que *Dobbs* podría sentar las bases de la equivalencia práctica del *nasciturus* y la persona en el marco constitucional. Solo el tiempo dirá si la jurisprudencia terminará por desarrollarse en este sentido, pero a corto plazo parece muy improbable que suceda.

Sea como fuere, la consecuencia más inmediata de *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* es el rechazo del carácter constitucional del derecho al aborto, consagrado en los tan discutidos *Roe* y *Casey*. Como sabemos, el fallo recurre al paradigma de *Gluckberg*, de carácter marcadamente restrictivo, para rechazar la constitucionalidad del derecho al aborto y reducir la desviación del significado original. De acuerdo con *Dobbs* (2022), la Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular o prohibir el aborto, por lo que *Roe* y *Casey*, que se arrogaron esa capacidad, deben ser anulados con el fin de “devolver esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos”. Así, la principal implicación práctica es que trece

estados han prohibido el aborto totalmente, Georgia lo ha hecho a partir de la sexta semana, Arizona y Florida a partir de la decimoquinta, Utah a partir de la decimoctava y Carolina del Norte a partir de la vigésima, mientras que en seis estados las prohibiciones se encuentran paralizadas por el poder judicial (The New York Times, 2023). En este sentido, en la medida en que *Dobbs* rechaza la constitucionalidad del derecho al aborto supone, de alguna manera, la muerte de la Constitución viva.

2. PARA LOS DERECHOS YA RECONOCIDOS AL AMPARO DE LA CLÁUSULA DEL DEBIDO PROCESO

Desde la publicación de *Dobbs* muchos han especulado sobre su posible incidencia sobre el resto de los derechos sustantivos reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso. Por un lado, la opinión mayoritaria ha asegurado que “nothing in this opinion should be understood to cast doubt on precedents that do not concern abortion” [No debe entenderse que esta opinión ponga en duda precedentes que no se refieren al aborto] (*Dobbs v. Women’s Health Organization*, 2022, pp. 66, 71). Sin embargo, parte de la doctrina, entre la que destacan los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan en su voto particular disidente (*Dobbs v. Women’s Health Organization*, 2022) (Breyer, Sotomayor and Kagan, J.J., dissenting), no se fía de la voluntad de la mayoría y teme que *Dobbs* ponga en cuestión algunos los derechos ya reconocidos al amparo de la Cláusula. En el extremo contrario, algunos originalistas radicales, como el juez Thomas han defendido expresamente la necesidad de derogar precedentes como *Griswold*, *Lawrence* y *Obergefell* (*Dobbs v. Women’s Health Organization*, 2022) (Thomas, J., dissenting).

Sin embargo, aunque muchos de los derechos reconocidos al amparo del Debido Proceso puedan tener difícil encaje en el paradigma histórico de *Glucksberg*¹⁴, como sabemos,

¹⁴ Es posible que derechos como el derecho a contraer matrimonio entre personas de distinta raza –*Loving v. Virginia*– y entre personas de distinto sexo –*Obergefell v. Hodges*– o el derecho a participar en actos sexuales consentidos privados –*Lawrence v. Texas*– tuvieran más difícil anclaje en la historia y tradición de la nación. Al fin y al cabo, por ejemplo, en 1868, año de ratificación de la Decimocuarta Enmienda 22 de los 37 estados tenían leyes que prohibían el matrimonio interracial (AmericansAll, 2023), 30 de 50 lo hacían en 1950 y 16 lo hacían todavía en 1967, año de publicación de *Loving v. Virginia* (*Loving v. Virginia*, 1967). Además, hasta 1961 todos y cada uno de los estados tenían en vigor las conocidas como “leyes contra la sodomía” –*sodomy laws*– que castigaban duramente la participación en determinados actos sexuales, en especial los homosexuales (*Bowers v. Hardwick*, 1986), aunque este número se redujo a 13 estados en el año 2003, cuando fue publicado *Lawrence v. Texas* (*Lawrence v. Texas*, 2003). Por último, el derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo, que no fue reconocido por ningún estado hasta 2003 (Office of the Attorney General of Maryland, 2015). De hecho, de acuerdo con el Congressional Research Service (2022), todavía 31 estados mantienen prohibiciones constitucionales o legales en vigor.

exigido por *Dobbs* para el reconocimiento de derechos en el ámbito de la Cláusula, circunstancias como la existencia de precedentes que los sustentan o la doctrina de *stare decisis* hacen improbable su derogación. Es decir, aunque entendiéramos que algunos –o la totalidad– de los derechos reconocidos por la Cláusula del Debido Proceso no están profundamente arraigados en la historia y tradición, no sería fácil acabar con sus respectivos precedentes y dejar considerarlos derechos constitucionales. A nuestro modo de ver, solo una versión radical del originalismo podría llevar a esa conclusión.

En primer lugar, más allá de la consideración del resto de derechos reconocidos al amparo de la Cláusula como arraigados, el Tribunal podría considerar que existen precedentes vinculantes que los sustentan. No olvidemos que como apunta *Dobbs* (2022) el nuevo esquema restringe el reconocimiento de derechos a aquellos que puedan encajarse en el texto constitucional, en la historia o bien gocen de algún precedente que los respalde. De hecho, esta parece ser la solución a la que apunta la Corte cuando diferencia el aborto del resto de derechos reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, entendiendo que el aborto es un caso *sui generis*. Como vimos *supra*, de acuerdo con *Dobbs* (2022, p. 32) ninguno de los precedentes anteriores supone la cuestión moral crítica que plantea al aborto, pues no afectan a lo que *Roe* y *Casey* denominaron “vida potencial”. Así, “they do not support the right to obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way” [No respaldan el derecho a abortar y, por la misma razón, nuestra conclusión de que la Constitución no confiere tal derecho no los socava en modo alguno] (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022, p. 32).

Además, muchos autores, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la Corte, entienden que la doctrina de *stare decisis*, impide la derogación de los derechos ya reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso. Es decir, de acuerdo con estos, aunque asumiéramos la controvertida nueva formulación del principio de *stare decisis*, discutida *supra*, factores como la calidad de los razonamientos, la operatividad de sus normas, la ausencia de efecto disruptivo en otras áreas del ordenamiento jurídico y los intereses dependientes (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 2022) impedirían la derogación del resto de precedentes.

En este sentido, apunta la opinión mayoritaria de la Corte cuando afirma que “each precedent is subject to its own *stare decisis* analysis, and the factors that our doctrine instructs

us to consider like reliance and workability are different for these cases than for our abortion jurisprudence [Cada precedente está sujeto a su propio análisis *stare decisis*, y los factores que nuestra doctrina nos ordena considerar, como la dependencia y la operatividad, son diferentes para estos casos que para nuestra jurisprudencia sobre el aborto] (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 71-72). En esta misma línea, el Congressional Research Service (2022) ha destacado como en los contextos del matrimonio y anticoncepción, la dependencia y la operatividad pueden ser diferentes y tal vez más convincentes para un futuro Tribunal de lo que fueron en el contexto del aborto. Además, Maril (2022) ha entendido que la amplia dependencia que *Lawrence* y *Obergefell*, dos de los precedentes considerados más vulnerables, han depositado en los ciudadanos impedirían en todo caso su derogación. Iacono (2022) apunta en la misma dirección al destacar que el ejercicio de derechos conjuntos de propiedad y herencia por cientos de miles de parejas homosexuales implica una dependencia específica que haría imposible la derogación de *Obergefell*.

En definitiva, como ha manifestado la propia opinión mayoritaria de la Corte (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, p. 32, 66, 71, 71-72), entendemos que la versión moderada del originalismo propuesta por *Dobbs* no es, en principio, compatible con la derogación del resto de precedentes reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso. Solo un originalista radical, como el juez Thomas, apoyaría un razonamiento que prioriza en todo caso el significado original por encima de cualquier otra consideración, como el principio de *stare decisis*. Ahora bien, que el originalismo de *Dobbs* no justifique la derogación del resto de precedentes no quiere decir que esto no pueda ocurrir en el futuro: *Dobbs* podría volverse en contra de las decisiones que ahora parece confirmar. No olvidemos que el propio *Washington v. Glucksberg* incluyó a *Casey* entre los precedentes que consideraba compatibles con su paradigma.

3. PARA EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS AL AMPARO DE LA CLÁUSULA DEL DEBIDO PROCESO

Otra de las consecuencias de *Dobbs* será la limitación del reconocimiento de derechos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, pues, como sabemos, el recurso de *Dobbs* al paradigma de *Glucksberg* pretende no solo rechazar el carácter constitucional del aborto, sino recortar la expansión de derechos en el futuro para reducir la desviación del significado original. En definitiva, aunque *Dobbs* no rechaza por completo el reconocimiento de derechos

sustantivos por la Cláusula, pretende dejar atrás una concepción “viva” del Debido Proceso e imponer un marco más compatible con el originalismo.

Como sabemos, durante mucho tiempo la Cláusula del Debido Proceso se interpretó de manera flexible, de acuerdo con los postulados del constitucionalismo vivo. En concreto, se entendía que el contenido la Cláusula no había sido reducido a ninguna fórmula (*Poe v. Ullman*, 1961) (Harlan, J., dissenting) y que debía ser delimitado por el Tribunal caso por caso en ejercicio de un juicio razonado (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992; *Obergefell v. Hodges*, 2015). Además, se consideraba que la historia y la tradición debían guiar y disciplinar esta investigación, pero en ningún caso delimitar sus límites exteriores (*Loving v. Virginia*, 1967; *Planned Parenthood v. Casey*, 1992; *Lawrence v. Texas*, 2003; *Obergefell v. Hodges*, 2015). Esta interpretación flexible, como decíamos, ha permitido ir adaptando la interpretación de los derechos a una realidad histórica, política y social cambiante, de manera que, en los últimos años, la Cláusula del Debido Proceso ha sido el instrumento fundamental del constitucionalismo vivo.

Sin embargo, *Dobbs* supone un cambio absoluto de paradigma, pues impone una versión mucho más restrictiva del Debido Proceso. Desde ahora, solo podrán reconocerse al amparo de la Cláusula del Debido Proceso aquellos derechos que estén profundamente arraigados en la historia y tradición de la nación (*Dobbs v. Jackson Women’s Health*, 2022). De esta manera, el análisis histórico pasa de ser uno de los instrumentos a los que la Corte podía recurrir para determinar el contenido del Debido Proceso a ser la única forma de hacerlo. Como mencionamos *supra*, el cambio de paradigma se justifica en que la nueva Corte entiende que Debido Proceso es un campo traicionero que ha llevado a en ocasiones a usurpar la autoridad que la Constitución confía a los representantes elegidos por el pueblo (*Dobbs v. Jackson Women’s Health*, 2022, p. 14).

En definitiva, *Dobbs* impone el paradigma de *Glucksberg* para restringir el reconocimiento de derechos al amparo del Debido Proceso, alejarse de una concepción evolutiva de la Cláusula e imponer un marco más compatible con el originalismo. Por tanto, parece claro que mientras *Dobbs* sea vinculante no se reconocerá ningún derecho al amparo del Debido Proceso que no sea compatible con la historia y tradición. En definitiva, en la medida en que *Dobbs* acaba con una interpretación del Debido Proceso como cláusula de apertura del texto constitucional supone, de alguna manera, la muerte de la Constitución viva.

4. PARA EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Sin embargo, *Dobbs* no se trata de una decisión aislada, sino que representa el paso de una interpretación evolutiva de la Constitución a una nueva forma de originalismo moderado. Como recoge Marietta (2023), el mandato del Tribunal ha sido el más conservador desde 1937 (p. 192-193), el 63% de los precedentes han sido ideológicamente conservadores (p. 192) y de las trece decisiones principales de la Corte, doce han sido de corte conservador (p. 18). Al ser el primer año en el que la Corte ha contado con una mayoría de seis jueces conservadores, tanto la elección de casos como sus respectivas decisiones han reflejado claramente un giro en el Derecho Constitucional que algunos llevaban reclamando durante años¹⁵.

Esta apuesta por la interpretación originalista de la Constitución, por tanto, lejana a los postulados del constitucionalismo vivo, supone un verdadero cambio en el régimen jurídico-constitucional. En este nuevo escenario, la Corte deberá sujetarse en mayor medida al significado original, por lo que verá enormemente restringido su margen de interpretación y perderá parte de su capacidad de actuación como poder contra-mayoritario. A la vez, como apunta Tello Mendoza (2023) *Dobbs* y el nuevo paradigma que representa suponen una revalorización del *demos* en la democracia constitucional, pues se incentiva la solución política y democrática de problemas de amplia envergadura que no están expresamente recogidos en la Constitución. Es decir, en el fondo nos encontramos ante un refuerzo de la democracia frente al constitucionalismo.

Siguiendo a Marietta (2023) el nuevo enfoque originalista de la Corte tiene tres manifestaciones fundamentales: afecta a la forma de entender los derechos, recurre a la historia como forma de restringir el reconocimiento de derechos implícitos y propone una versión más laxa de *stare decisis* (Marietta, 2023). En primer lugar, en el nuevo enfoque los derechos recogidos expresamente en la Constitución –en la *Bill of Rights* o en el resto de enmiendas– gozan de una firme protección frente a la intromisión estatal, mientras que los derechos implícitos en el texto constitucional se ven claramente limitados (Marietta, 2023). En una postura claramente originalista, la Corte entiende los primeros como restricciones democráticas

¹⁵ Como afirma Marietta (2023, p. 17-18) en el Tribunal Supremo cinco son mayoría, pero seis pueden hacer un movimiento, por eso la Corte aceptó inmediatamente casos en materias tan polémicas como el aborto, las armas, la religión y el poder de las Agencias independientes del Gobierno federal.

de la capacidad de decisión de la propia mayoría, mientras que los segundos se consideran usurpaciones abusivas de esa capacidad por el poder judicial (Marietta, 2023). No hay mejor evidencia que *Dobbs* (2022) en el que, en una recurrente expresión, la Corte devuelve la potestad de legislar sobre el aborto al “pueblo y sus representantes elegidos”.

Así, en la nueva postura de la Corte los derechos recogidos explícitamente en la *Bill of Rights* se han visto claramente reforzados. De hecho, entre los fallos más destacados está *New York State Pistol Association v. Bruen* (2022) donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley de Nueva York que exigía la existencia de una causa justificada para obtener una licencia para portar armas. De acuerdo con *Bruen* (2022), el requisito de causa justificada de Nueva York viola la Decimocuarta Enmienda al impedir que los ciudadanos respetuosos de la ley con necesidades ordinarias de autodefensa ejerzan su derecho de la Segunda Enmienda a poseer y portar armas en público para su autodefensa. También destacan distintos pronunciamientos que continúan la tendencia expansiva de las Cláusulas de Religión de la Primera Enmienda¹⁶.

Sin embargo, en su nuevo enfoque originalista, la Corte adopta un enfoque mucho más restrictivo con los derechos que no están expresamente recogidos en la Constitución y, como ocurre en *Dobbs*, recurre a la historia como forma de limitar el reconocimiento de derechos implícitos en el texto¹⁷. Sin embargo, la Corte también recurre a la historia como forma de determinar el contenido de derechos que sí están expresamente reconocidos. En *Bruen* (2022), por ejemplo, el Tribunal establece que para determinar la constitucionalidad de la regulación de armas de fuego el Gobierno debe demostrar que esta forma parte de la tradición histórica que delimita los límites exteriores del derecho a poseer y portar armas. En *Kennedy* (2022), por otro lado, la Corte concluye que la Cláusula de Establecimiento debe ser interpretada por referencia a las prácticas y entendimientos históricos. Es decir, la nueva Corte hace de la historia el paradigma fundamental para determinar tanto la existencia como el contenido de los

¹⁶ Por ejemplo, en *Kennedy v. Bremerton* (2022) la Corte declaró que el despido de un profesor de fútbol de secundaria por rezar en mitad del campo al final de cada partido era contrario a la Constitución. Según entendió *Kennedy* (2022), las cláusulas de Libre de Ejercicio y de Libertad de Expresión de la Primera Enmienda protegen a un individuo que participa en una observancia religiosa personal de las represalias del Gobierno, pues la Constitución no obliga ni permite al Gobierno suprimir dicha expresión religiosa. Además, en *Carson v. Makin* (2022) el Tribunal determinó la inconstitucionalidad de una ley de Maine que prohibía el uso de cheques escolares en escuelas religiosas por tratarse de una discriminación no compatible con la Cláusula de Libre Ejercicio.

¹⁷ Como sabemos, *Dobbs* impone que cualquier derecho reconocido al amparo de la Cláusula del Debido Proceso debe cumplir con el paradigma de *Glucksberg*, es decir, debe estar profundamente arraigado en la historia y tradición de la nación (*Dobbs v. Jackson Women's Health*, 2022).

derechos, de manera que pone la historia al servicio del originalismo. Tanto es así que autores como Smith (2022) comienzan a hablar de una nueva forma de originalismo, el “originalismo de la historia y tradición”.

Por último, como comentamos en el análisis de *Dobbs*, el originalismo moderado de la Corte también destaca por una noción más laxa del concepto de *stare decisis*. Aunque la Corte descarta la primacía del significado original por encima de cualquier precedente, como propone el originalismo radical, sí adopta un concepto de *stare decisis* que le otorga más flexibilidad para seguir, o no, ciertas decisiones. Así, para permitir la derogación de precedentes considerados incompatibles con el significado original la Corte introduce la “naturaleza del error” y la “calidad del razonamiento” en el análisis de *stare decisis*, además de restringir la dependencia a la concreta o específica. Esto permite a la Corte acabar con precedentes que considera terriblemente equivocados o con un razonamiento deficiente, siempre que no involucren intereses dependientes muy concretos. Al fin y al cabo, una Corte originalista requiere necesariamente un concepto originalista de *stare decisis*.

Por todo ello, en la medida en que *Dobbs* representa la apuesta por el originalismo como método de interpretación y la consecuente revitalización del *demos* en la democracia constitucional, supone, sin duda alguna, la muerte de la Constitución viva. En cualquier caso, será interesante analizar las futuras decisiones de la Corte para ver hasta dónde está dispuesta a llevar su defensa del originalismo¹⁸.

¹⁸ Por ejemplo, en los próximos meses la Corte podría resolver *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina* y *Students for Fair Admissions Inc. v. President & Fellows of Harvard College*. En ambos casos, el Tribunal deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la discriminación positiva por raza en los programas de admisión a la universidad, una cuestión controvertida sobre la que bien podría cambiar la jurisprudencia de la Corte. Antes del final del año en vigor, el Tribunal también podría decidir *Moore v. Harper*, en el que deberá resolver sobre la constitucionalidad de la “teoría del legislativo estatal independiente”. Esta doctrina argumenta que, como la letra de la Constitución delega al legislativo estatal la gestión de las elecciones legislativas federales, los Tribunales Supremos de los estados no pueden revisar la conformidad de tal legislación con las Constituciones estatales. En definitiva, la teoría supone un cuestionamiento directo del control de constitucionalidad estatal, práctica anterior al propio *Marbury v. Madison* (1803). Es decir, solo el tiempo podrá concretar con exactitud los límites del originalismo moderado que la Corte ha abanderado en *Dobbs*.

V. CONCLUSIÓN

La determinación del papel de máximo intérprete del texto constitucional y del método de interpretación adecuado son cuestiones de suma trascendencia en cualquier sistema político-constitucional. Aunque en los Estados Unidos la interpretación última de la Constitución corresponde indiscutiblemente al Tribunal Supremo, el método que este debe emplear resulta bastante controvertido. Por un lado, los partidarios del constitucionalismo vivo defienden que el Tribunal debe gozar de un amplio margen de interpretación que le permita actuar como poder contra-mayoritario y adaptar el texto constitucional a la realidad política y social. En cambio, los partidarios del originalismo argumentan que el Estado de Derecho, la separación de poderes y la soberanía popular exigen que la interpretación judicial se vea limitada por el significado original de la Constitución.

Como hemos visto, durante varias décadas la interpretación de la Constitución estuvo inspirada por la doctrina del constitucionalismo vivo. En este contexto, la Corte empezó a usar la Cláusula del Debido Proceso como cláusula de apertura del texto constitucional, lo que permitió al Tribunal reconocer la existencia de distintos derechos no recogidos explícitamente en la Constitución. Sobre la base de estos, la Corte declaró la existencia de un derecho constitucional al aborto en *Roe v. Wade* (1973), el cual confirmó posteriormente en *Planned Parenthood v. Casey* (1992). Sin embargo, *Roe* y *Casey* siempre resultaron cuestionados y en cuanto los conservadores tuvieron una mayoría suficiente en la Corte fueron derogados por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022). Entre otras cosas, *Dobbs* estableció que, siguiendo el paradigma empleado en *Washington v. Glucksberg* (1997), solo podrán reconocerse al amparo de la Cláusula del Debido Proceso aquellos derechos que estén profundamente arraigados en la historia y tradición de la nación (*Dobbs v. Jackson Women's Health*, 2022). Además, formuló un nuevo concepto más flexible de *stare decisis* que seguramente se convertirá también en el nuevo precedente en este ámbito.

Como hemos mencionado, *Dobbs* probablemente no afectará al resto de derechos ya reconocidos al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, pero sí tendrá tres implicaciones fundamentales. En primer lugar, más allá de cualquier consideración sobre la posibilidad de equivalencia práctica del *nasciturus* y la persona en el futuro, resulta claro que *Dobbs* rechaza la constitucionalidad del derecho al aborto, devolviendo la capacidad de legislar a los estados. Por ello, su consecuencia más inmediata ha sido su prohibición o restricción en un número

importante de estos. Además, el fallo acaba con la noción evolutiva del Debido Proceso imponiendo el paradigma de *Glucksberg*, por lo que la posibilidad de reconocimiento de derechos al amparo de la Cláusula se verá enormemente restringida: solo se reconocerán derechos que encajen en historia y tradición. Por último, lejos de ser una decisión aislada, *Dobbs* representa el paso de una interpretación evolutiva de la Constitución a una nueva forma de originalismo moderado. Esta nueva apuesta por la interpretación originalista supone un verdadero cambio en el régimen jurídico-constitucional, pues la Corte verá enormemente restringido su margen de interpretación y perderá parte de su capacidad de actuación como poder contra-mayoritario en favor de una revalorización del *demos*. Estas tres implicaciones hacen que *Dobbs* como forma de interpretar la Constitución y sus derechos suponga, indiscutiblemente, la muerte de la Constitución viva.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitution of the United States [Const.]. V Enmienda. 21 de junio 1788 (Estados Unidos).

2. JURISPRUDENCIA

Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833).

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

Carey v. Population Services Int'l, 431 U.S. 678 (1977).

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ____ (2022).

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ____ (2022) (Breyer, Sotomayor and Kagan, J.J., dissenting).

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ____ (2022) (Thomas, J., dissenting).

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010).

McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010) (Stevens J., dissenting).

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015).

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961) (Harlan, J., dissenting).

Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872).

Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

3. OBRAS DOCTRINALES

Barnett, R. (2005). Trumping Precedent With Original Meaning: Not As Radical As It Sounds. *Georgetown Law Faculty Publications Constitutional Commentary*, 22, 257-270.

Barnett, R. (2013). The Gravitational Force of Originalism. *Fordham L. Rev.*, 82, 411-432.

Bernick, E. (2022). Vindicating Cassandra: A Comment on *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. *Cato Supreme Court Review 2021-2022*, 229-270.

Boykin, S. (2021). Original-Intent Originalism: a reformulation and defense. *Washburn Law Journal*, 60 (2), 245-287.

Brief for Amici Curiae American Historical Association and Organization of American Historians in Support of Respondents, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) (No. 19-1392).

Bybee, J. S. (2022). The congruent constitution (part one): incorporation. *Brigham Young University Law Review*, 48(1), 1-68.

Chemmerinsky, E. (1999). Substantive Due Process. *Touro Law Review*, 15 (4), 1501-1534.

Montalvo Jääskeläinen, F. (2011). La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete. *Icade Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 82, 45-99.

Degirolami, M. (2022). Traditionalism Rising. *Journal of Contemporary Legal Issues*, Forthcoming.

Dzehtsiarou, K., & O'Mahony, C. (2013). Evolutive interpretation of rights provisions: comparison of the european court of human rights and the u.s. supreme court. *Columbia Human Rights Law Review*, 44(2), 309-366.

Fallon, R. (2021). The Chimerical Concept of Original Public Meaning. *Virginia Law Review*, 107 (7), 1421-1498.

Finnis, J., George, R. (2022). Equal Protection and the Unborn Child: A Dobbs Brief. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 45 (3), 1030-1031.

Gillman, H. (1997). The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the "Living Constitution" in the Course of American State-Building. *Studies in American Political Development*, 11(2), 191-247.

Iacono, N. (2022). Stare (In)decisis: The Elusive Role of Precedent in Originalist Theory & Practice. *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 20, 389-426.

Kozel, R. (2010). *Stare Decisis* as Judicial Doctrine. *Wash. & Lee L. Rev.*, 411-466.

Lambroza, K. (2021). Pretrial Detainees and the Objective Standard after *Kingsley v. Hendrickson*. *Georgetown University Law Centre*, 58 (2), 429-459.

Levinson, R. B. (2017). *Kingsley Breathes New Life inot Substantive Due Process as a Check on Abuse of Government Power*. *Notre Dame Law Review*, 93 (1), 357-392.

Levinson, S., & Balkin, J., & Amar, A., & Siegel, R., Rodriguez, C. (2022). *Processes of Constitutional Decisionmaking, 2022 Supplement*. Aspen Publishing.

Marietta, M. (Ed.). (2023). *SCOTUS 2022 Major Decisions and Developments of the US Supreme Court*. Palgrave Macmillan.

Maril, R. (2022), *Queer Rights After Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. *SSRN*, 1-49.

Tello Mendoza, J. A. (2023). *El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva*. *Revista de Derecho Político*, (116), 135-165.

Scalia, A. (1988). *Originalism: The lesser evil*. *U. Cinn. L. Rev.*, 57, 849.

Smith, M. L. (2023). *Abandoning Original Meaning*. *Albany Law Review*, 36.

Sokalska, E. (2019). *Interpretations of the « Living Constitution » in the American Legal and Political Discourse. Selected problems*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 69 (3), 433-453.

Solum, L. (2008). *Constitutional possibilities*. *Indiana Law Journal*, 83(1), 307-337.

Solum, L. (2011) .*"What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory"*. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. 1353.

Solum, L. (2019). *Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*. *Northwestern University Law Review*, 113 (6), 1243-1296.

Solum, L. (2021). The Public Meaning Thesis: An Originalist Theory of Constitutional Meaning. *BUL Rev.*, 101, 1953.

Solum, L., & Barnett, R. (2023). Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition. *SSRN*, 1-38.

Sustein, C. (2022). Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism. *Harvard Public Law Working Paper*, 22-14.

Winkler, A. (2001). A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the Living Constitution. *NYUL Rev.*, 76, 1456.

Ziegler, M. (2023). Dobbs and the Jurisprudence of Exclusion. *Polity*, 55 (2), 419-426.

4. RECURSOS DE INTERNET

Alicea, J. (24 de junio de 2022). An Originalist Victory. *City Journal*. <https://www.city-journal.org/article/an-originalist-victory>

AmericansAll (2023). Jim Crow Laws: Summary of Dates of Anti-Miscegenation Laws by State and Relevant Legal Cases. *AmericansAll*. <https://americansall.org/legacy-story-group/jim-crow-laws-summary-dates-anti-miscegenation-laws-state-and-relevant-legal>

Bradley, V. (24 de junio de 2022). Dobbs and Constitutional Limits on Abortion. *The Human Life Review*. <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2022/06/what-comes-after-roe>

Congressional Research Service (14 de septiembre 2022). Privacy Rights Under the Constitution: Procreation, Child Rearing, Contraception, Marriage, and Sexual Activity. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10820>

Congressional Research Service (22 de noviembre de 2022). *Survey of State Marriage Laws relating to Same-Sex Marriage*. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10866>

Mangan, Dan (19 de octubre de 2016). Trump: I'll appoint Supreme Court justices to overturn Roe v. Wade abortion case. *CNBC*. <https://www.cnbc.com/2016/10/19/trump-ill-appoint-supreme-court-justices-to-overturn-roe-v-wade-abortion-case.html>

Office of the Attorney General of Maryland (abril de 2015). *The state of marriage equality in America*.
<https://www.marylandattorneygeneral.gov/Reports/The%20State%20of%20Marriage%20Equality%20in%20America%202015.pdf>

Solum, L. (7 de abril de 2017). Legal Theory Lexicon: Living Constitutionalism. Legal Theory Blog. <https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2017/05/legal-theory-lexicon-living-constitutionalism.html>

The New York Times (10 de abril de 2023). Tracking States Where Abortion is Now Banned. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>

Walther, M. (2014). Sam Alito: A Civil Man, *The American Spectator*.
<https://spectator.org/sam-alito-a-civil-man/>

Wurman, I. (8 julio de 2022). What is originalism? Did it underpin the Supreme Court's ruling on abortion and guns? Debunking the myths. *The Conversation*.
<https://theconversation.com/what-is-originalism-did-it-underpin-the-supreme-courts-ruling-on-abortion-and-guns-debunking-the-myths-186440>