

Rafael Palomino Lozano
(Coordinador)

DOBBS v. JACKSON

EL CAMBIO DE PARADIGMA SOBRE EL ABORTO



LIRCE

Instituto para el Análisis de la Libertad
y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética



iustel



servicio publicaciones facultad derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

DOBBS v. JACKSON
EL CAMBIO DE PARADIGMA SOBRE EL ABORTO

RAFAEL PALOMINO LOZANO
(Coordinador)

DOBBS v. JACKSON
EL CAMBIO DE PARADIGMA
SOBRE EL ABORTO



Esta publicación se ha desarrollado como parte de los trabajos del Proyecto NEUCOPER “Neutralidad religiosa del Estado y cooperación con la religión y creencias en Europa” (PID2022-137800NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el marco del Grupo de Investigación REDESOC (Religión, derecho y sociedad) de la Universidad Complutense.

Foto de portada: Lorie Shaull, “Pro-choice and anti-abortion demonstrators stage concurrent events outside the United States Supreme Court Building, Washington DC, April 26, 1989” (licensed under the Creative Commons Attribution-Share Alike 2.0 Generic license).

1.ª edición, 2024

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2024, by Rafael Palomino Lozano y otros
Iustel
Portal Derecho, S. A.
www.iustel.com
Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-491-8
Depósito legal: M-15641-2024

Preimpresión y producción:
Dagaz Gráfica, s.l.u.
Printed in Spain - Impreso en España

Índice

Presentación	11
<i>Michael W. McConnell</i>	

Capítulo 1. Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: el derecho a la vida como su primer derecho	19
--	----

José Ignacio Rubio López

1. LOS LÍMITES DEL PODER LEGISLATIVO (ABORTO Y MAYORÍAS LEGISLATIVAS)	21
2. LA VIDA DEL NO NACIDO EN LOS ESTADOS UNIDOS: DE <i>ROE</i> A <i>DOBBS</i> (1973-2022)	24
3. LA VIDA DEL NO NACIDO EN ESPAÑA	32
4. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL NO NACIDO: SU DERECHO A LA VIDA	40
4.1. <i>Argumentos favorables a la condición personal del no nacido</i>	41
4.1.1. Argumentos biológicos	42
4.1.2. Argumentos metafísicos	48
4.1.3. Argumentos jurídicos	58
4.2. <i>Algunos ejemplos de protección jurídica del no nacido</i>	72
4.2.1. En materia penal	73
4.2.2. En el ámbito civil	81
5. CONCLUSIÓN: PERSONA ES SU NOMBRE	84
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

Capítulo 2. <i>Dobbs v. Jackson</i>. Aborto y factor religioso en los Estados Unidos	101
---	-----

Rafael Palomino Lozano

1. INTRODUCCIÓN	101
2. UN CICLO JUDICIAL FAVORABLE AL ABORTO: DE <i>ROE</i> A <i>CASEY</i>	102
2.1. <i>Roe. Sobre «las penumbras y emanaciones» de derechos constitucionales</i> ...	102
2.1.1. Factores jurídicos	103
2.1.2. Contexto social	108
2.1.3. La decisión <i>Roe</i> : «mal derecho constitucional»	110
2.2. <i>Casey. La libertad no encuentra refugio en una jurisprudencia dubitativa</i> ...	117
3. <i>DOBBS</i> : LA «DESCENTRALIZACIÓN» DEL ABORTO	124
3.1. <i>Un vuelco en la composición del Tribunal Supremo</i>	124
3.2. <i>Antecedentes de la sentencia Dobbs</i>	125
3.3. <i>La filtración del borrador de la sentencia</i>	127

3.4.	<i>El contenido de la sentencia Dobbs</i>	129
3.4.1.	¿Existe en la Constitución americana un derecho al aborto?	129
3.4.2.	¿Debe permanecer Roe conforme a la doctrina del precedente?	131
3.4.3.	El nuevo criterio de revisión de las restricciones al aborto	133
3.5.	<i>Algunas reflexiones en un nuevo marco estratégico sobre el aborto</i>	135
4.	ABORTO Y FACTOR RELIGIOSO EN ESTADOS UNIDOS	139
4.1.	<i>¿Teocracia en el Tribunal Supremo?</i>	140
4.2.	<i>El lenguaje de las sentencias examinadas</i>	140
4.3.	<i>El papel de las confesiones religiosas en el aborto</i>	142
4.4.	<i>Aborto y libertad religiosa.</i>	144
4.4.1.	Algún apunte sobre la protección de la libertad religiosa en Estados Unidos	145
4.4.2.	El aborto como expresión del ejercicio de la libertad religiosa	146
4.5.	<i>Desobediencia a las leyes restrictivas del aborto.</i>	149
5.	A MODO DE CONCLUSIÓN	152
6.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153

Capítulo 3. Derecho a la vida, aborto y discriminación en Estados Unidos, España y otros países europeos. 159

Elena García-Antón Palacios

1.	INTRODUCCIÓN	159
2.	LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO CON RELACIÓN AL ABORTO.	160
2.1.	<i>El aborto es un derecho constitucional (Roe vs. Wade).</i>	160
2.2.	<i>El aborto no es un derecho constitucional (Dobbs v. Jackson)</i>	166
2.3.	<i>Regulación legal del aborto en los estados después de Dobbs</i>	169
3.	LA DISPARIDAD NORMATIVA EN TORNO AL ABORTO EN EUROPA	172
4.	CONCLUSIONES	184
5.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	187

Capítulo 4. Dobbs y la jurisprudencia española: caminos y tendencias opuestas en materia de aborto 189

Jorge Salinas Mengual

1.	INTRODUCCIÓN	189
2.	EL CAMINO DEL ABORTO ANTE LA JUSTICIA EN ESTADOS UNIDOS.	190
2.1.	<i>Antecedentes históricos previos a Roe</i>	191
2.2.	<i>Roe v. Wade: un sistema de plazos sin fundamento constitucional</i>	192
2.3.	<i>De Casey a Dobbs: nuevas sentencias que avocinan un cambio</i>	194
2.4.	<i>Dobbs v. Jackson: no al aborto, pero ¿sí a la vida?</i>	200
3.	EL ABORTO EN ESPAÑA.	204
3.1.	<i>La legislación española en materia de aborto durante la democracia</i>	204

3.2. <i>La STC 53/1985: no al aborto con limitaciones</i>	205
3.3. <i>La STC 44/2023: el aborto como derecho.</i>	207
4. LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA	208
5. ESTUDIO COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA Y ESPAÑOLA SOBRE ABORTO.	211
6. CONCLUSIONES	215
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	217

Capítulo 5. Igualdad de género y libertad religiosa en el ámbito sanitario. Algunos supuestos de conflicto en el derecho norteamericano 219

Santiago Cañamares Arribas

1. INTRODUCCIÓN	219
2. EL <i>ANTI-DISCRIMINATION MANDATE</i> DE LA <i>AFFORDABLE CARE ACT (ACA)</i>	223
2.1. <i>La igualdad de género y la libertad religiosa de las entidades sanitarias</i>	223
2.2. <i>Excepciones a favor de las entidades sanitarias con ideario</i>	228
3. UNA PERSPECTIVA DIFERENTE: EL <i>CONTRACEPTIVE MANDATE</i> DE LA <i>ACA</i> FRENTE A LA LIBERTAD RELIGIOSA.	231
4. CONCLUSIONES	235
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	238

Capítulo 6. Contracepción, aborto y suicidio asistido después de *Dobbs v. Jackson* 239

Santiago Leyra-Curiá

1. INTRODUCCIÓN	239
2. LA CONTRACEPCIÓN DESPUÉS DE <i>DOBBS V. JACKSON</i>	242
3. EL ABORTO DESPUÉS DE <i>DOBBS V. JACKSON</i>	246
4. EL SUICIDIO ASISTIDO O LA EUTANASIA DESPUÉS DE <i>DOBBS V. JACKSON</i>	251
5. CONCLUSIONES	259
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	262

Capítulo 4

***Dobbs* y la jurisprudencia española: caminos y tendencias opuestas en materia de aborto**

Jorge Salinas Mengual

Universidad Internacional de la Rioja

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL CAMINO DEL ABORTO ANTE LA JUSTICIA EN ESTADOS UNIDOS. 2.1. *Antecedentes históricos previos a Roe*. 2.2. *Roe v. Wade: un sistema de plazos sin fundamento constitucional*. 2.3. *De Casey a Dobbs: nuevas sentencias que avocinan un cambio*. 2.4. *Dobbs v. Jackson: no al aborto, pero ¿sí a la vida?*— 3. EL ABORTO EN ESPAÑA. 3.1. *La legislación española en materia de aborto durante la democracia*. 3.2. *La STC 53/1985: no al aborto con limitaciones*. 3.3. *La STC 44/2023: el aborto como derecho*.— 4. LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA.— 5. ESTUDIO COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA Y ESPAÑOLA SOBRE ABORTO.— 6. CONCLUSIONES.— 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

Desde que la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre el tema del aborto en la famosa sentencia de 1973 *Roe v. Wade*¹, sus decisiones han ido marcando un iter jurisprudencial que, tratando de respetar el *stare decisis*, como mecanismo de continuidad y criterio de verificabilidad en las sucesivas actuaciones del Tribunal, sin embargo, ha ido mermando la fuerza de su autoridad, insertándose en diversos casos nuevos criterios que han resquebrajado los sólidos fundamentos con los que, desde un principio, se trató de defender el aborto como derecho, hasta su definitiva supresión en *Dobbs*.

El caso español ha seguido derroteros muy diferentes. Desde que la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 53/1985² reconociera el valor de la vida embrionaria, considerando el aborto como una medida excepcional para circunstancias muy concretas, tanto a nivel legislativo, social e ideológico se ha ido introduciendo en la sociedad española una nueva concepción de derechos tan importantes como la vida y la libertad. Esta nueva tendencia se ha visto culmi-

¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

² STC 53/1985 de 11 de abril, BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985. ECLI:ES:TC:1985:53.

nada con la reciente sentencia del TC español 44/2023³, donde no solo no se reconoce valor alguno a la persona del *nasciturus*, sino que el aborto se eleva a la dimensión de derecho, en base al poder de decisión del que goza la gestante sobre su propio cuerpo.

En la primera parte de este capítulo analizaremos el proceso histórico que ha ido configurando la concepción del aborto a nivel jurisprudencial, tanto en Estados Unidos como en España. Veremos cómo los caminos seguidos por ambos países no sólo han sido diferentes en cuanto a los fundamentos esgrimidos para justificar, o no, la práctica del aborto, sino también en las conclusiones opuestas a las que ambos Estados han llegado.

La segunda parte del estudio versará sobre la influencia que el poder político ha podido tener, no sólo en la configuración de ambos tribunales, poniendo en entredicho la tan proclamada independencia judicial, sino cómo la elección de los magistrados por parte de ambas administraciones ha marcado una tendencia ideológica que, lógicamente, ha tenido una notoria influencia en las decisiones judiciales que se han tomado.

En la parte final del trabajo se llevará a cabo un análisis comparativo de ambas sentencias en diferentes ámbitos, lo que pondrá de relieve cómo los dos textos aparecen fuertemente influenciados no sólo por dos maneras distintas de entender el derecho, sino por los distintos derechos en los que se basan para conformar sus decisiones.

A través de un análisis cualitativo, tanto a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, se pretende demostrar no sólo la influencia que el poder ejecutivo ha podido tener en materia de independencia judicial, marcando la línea a seguir por los tribunales al incidir directamente en la elección de los magistrados que los conforman, sino también cómo en el ámbito jurídico la vida del embrión es cercenada y abocada al ostracismo, y la solución al problema del aborto como derecho termina por convertirse en una realidad abierta y contradictoria.

2. El camino del aborto ante la justicia en Estados Unidos

La controversia sobre el derecho al aborto en Estados Unidos es, quizás, uno de los temas más polarizantes y que más ha dividido, tradicionalmente, a la sociedad norteamericana⁴. Pero ¿cuáles fueron las circunstancias principales que condujeron a la Corte Suprema a pronunciarse por primera vez sobre el aborto en el caso *Roe*?

³ STC 44/2023 de 9 de mayo, BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023. ECLI:ES:TC:2023:44.

⁴ DUCKWORTH, E. «Raising Our Standards: Rethinking the Supreme Court's Abortion Jurisprudence», *Missouri Law Review*, 81(2), 2016, p. 519.

2.1. *Antecedentes históricos previos a Roe*

La historia del aborto en Estados Unidos ha pasado por diferentes etapas. En estas fases los defensores y detractores del mismo han ido utilizando diversos argumentos. En un primer momento la preocupación sobre el tema vino derivada de motivos de salud pública, posteriormente serán las preocupaciones ambientales y de población las que pasen a un primer plano para, finalmente, ser las reivindicaciones feministas las que influyeron en la derogación total de las leyes que penalizaban el aborto.

Frente a ello, y a mediados del siglo XIX, la Asociación Médica Americana lideró una campaña para criminalizar el aborto, excepto en los casos en que era necesario para salvar la vida de la madre⁵. También la Iglesia católica prohibió el aborto en cualquier etapa del embarazo y, en 1873, el Congreso aprobó la ley Comstock, que hizo ilegal la distribución de anticonceptivos y medicamentos para abortar. Así todo, ya en la década de 1880, el aborto estaba prohibido en casi todo el país.

Será la corriente feminista, como hemos señalado, la que impulsará el auge del aborto en Estados Unidos. Si bien a comienzos del siglo XX desde este movimiento se consideraba el aborto como un «infanticidio», defendiendo que los derechos de la madre y del niño estaban íntimamente ligados, y que el derecho a la vida y el derecho al voto estaban arraigados en la dignidad inherente de cada persona humana⁶, en un cambio de rumbo de 180 grados pasó a reivindicarse el aborto como una libertad sexual de la mujer, que le permitía el acceso a la educación y el trabajo en condiciones de igualdad con los hombres. Para ello, se exigieron políticas sociales que permitieran a las mujeres conciliar la vida familiar y la laboral, y todo ello solo podría alcanzarse si el aborto se convertía en una posibilidad real para las mujeres⁷.

La tendencia clara hacia una liberalización del aborto trajo consigo una reacción, en primer lugar, por parte de la Iglesia católica y, posteriormente, por los líderes del partido republicano que, ante la cercanía de los comicios, debían posicionarse frente al aborto en función de los mayores réditos electorales que pudieran obtener⁸.

Con motivo de las elecciones de 1972, el partido republicano inició una campaña en contra del aborto que tuvo por finalidad conseguir el apoyo de los católicos y los conservadores sociales en general, aunque ello supusiera un cam-

⁵ GREENHOUSE, L. y SIEGEL, R., «Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash». *The Yale Law Journal*, 120, 2011, pp. 2035-2037.

⁶ HENDERSON, Ch. y YANG, Ph., «Support for Health Insurance Coverage for Legal Abortion in the United States», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19, 2022, pp. 3-4.

⁷ GREENHOUSE, L. y SIEGEL, R., «Before (and After) Roe v. Wade...», cit., pp. 2043-2046.

⁸ *Ibid.*

bio de rumbo en la política que, sobre el aborto, hasta ese momento habían defendido. Se consideraba que el aborto era un tema en alza y una cuestión visceral para los católicos, a la vez que suponía un instrumento útil para sembrar la división entre las filas demócratas⁹.

Todas estas circunstancias propiciaron el caldo de cultivo para que surgieran nuevas leyes estatales en materia de aborto, leyes que, finalmente, precisaron de una respuesta judicial que la Corte Suprema hubo de asumir en última instancia. La cuestión no es si el Tribunal norteamericano debió ofrecer una respuesta al aborto en *Roe v. Wade*, sino si el camino que siguió y la doctrina que generó, fueron la mejor solución posible. El paso de los años y las controversias generadas parecen haber sido la prueba evidente de que no fue así.

2.2. *Roe v. Wade: un sistema de plazos sin fundamento constitucional*

Contra todo pronóstico, *Roe* no se limitó a resolver un caso concreto que se planteaba ante el Tribunal Supremo, sino que fue más allá, declarando el aborto como un derecho constitucional. La decisión del tribunal se fundamenta en el derecho a la intimidad que, aunque no aparece recogido directamente en el texto constitucional, la sentencia lo hace derivar de la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. A tal fin establece un sistema de plazos, según el cual, durante el primer trimestre del embarazo la mujer tendrá absoluta libertad para abortar, sin que el Estado pueda oponerse a esa decisión; durante el segundo trimestre la mujer sigue gozando de la libertad de abortar, pero el Estado puede regular su práctica en orden a la preservación de la salud de la gestante; en el tercer trimestre el Estado sí que puede impedir el aborto, en base al criterio de la viabilidad del feto fuera del seno materno, salvo en el caso en el que esté en juego la vida de la madre.

Pese a todo, los argumentos utilizados por *Roe* pueden ser objeto de refutación, ya que, por ejemplo, el sistema trimestral que sostiene no halla sustento en tradición legislativa, doctrinal o judicial alguna de Estados Unidos; parece más una legislación que una decisión judicial; el criterio de la viabilidad del feto es una solución arbitraria desde el punto de vista de la medicina; proporciona más un conjunto de normas y reglamentos hospitalarios, que fundamentos constitucionales que avalen el aborto como derecho.

Varias fueron las consecuencias principales que se derivaron de *Roe*. En primer lugar, fomentó una movilización más activa de las asociaciones pro-vida. En segundo lugar, y al fijar como criterio para la posible intervención del Estado la viabilidad del feto, se restringió en gran medida la actividad legislativa sobre la materia, y se sustrajo una cuestión, como el aborto, del ámbito democrático¹⁰.

⁹ *Ibid.*, pp. 2053-2055.

¹⁰ BECK, R., «Fueling Controversy», *Marquette Law Review*, 95(2), 2011, pp. 736-737.

Además, Roe cayó en una evidente contradicción, ya que, si bien reconocía los intereses de los Estados en la regulación de los abortos, especialmente en la defensa del no nacido, sin embargo, impedía a los Estados crear leyes que prohibieran los abortos durante los dos primeros trimestres del embarazo¹¹.

Junto a ello, admitir la intervención del Estado en beneficio del feto, según el criterio de la viabilidad, dejaba abierta la práctica del aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo, de manera que, por ejemplo, los padres que quisieran un hijo varón, en lugar de una mujer, o que no desearan un hijo con paladar hendido, tenían tanto derecho a un aborto, antes de la viabilidad, como una mujer cuya vida estuviera en peligro por un embarazo¹². Por otro lado, y debido a los avances médicos, el punto concreto de la viabilidad ha variado respecto de los plazos que hace cincuenta años fueron fijados en *Roe*, lo que pone de manifiesto que se trataba de un criterio donde ciencia y derecho entraban en contradicción.

Desde una perspectiva constitucional, la decisión de *Roe* trajo consigo serias dudas sobre el uso de la Constitución por parte del Tribunal para resolver controversias sociales decisivas¹³, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que «la decisión de *Roe* fue una usurpación inconstitucional del autogobierno, sin ninguna base legítima en el debido proceso o el derecho constitucional»¹⁴.

Como *Roe* no fue capaz de encontrar ninguna justificación en el texto de la Constitución que, de manera directa, pudiera anular las leyes sobre el aborto en cuarenta y seis Estados, recurrió a la historia del aborto, tanto médica como jurídica¹⁵. Pese a ello, los intentos del Tribunal fueron tan erróneos que han llevado a un sector de la doctrina a afirmar que «la versión de la historia del Tribunal es tan defectuosa que no sirve para nada y, el relato exacto, lejos de validar la posición del Tribunal, ofrece un argumento muy convincente en su contra»¹⁶.

Lo que hace *Roe* es partir del análisis de una serie de casos que nada tienen que ver con el aborto, temas relacionados con el matrimonio, la educación, la anticoncepción, etc., y sin llevar a cabo un mínimo análisis doctrinal ni legal llega a la conclusión de que el derecho a la intimidad y la privacidad es lo sufi-

¹¹ ANNAS, G., «The Supreme Court and Abortion Rights», *The New England Journal of Medicine*, 356(21), 2007, p. 2201.

¹² BECK, R., «Fueling Controversy...», cit., p. 748.

¹³ SUNSTEIN, C., *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Basic Books, Nueva York, 2005, p. 63.

¹⁴ PRESSER, S. y FORSYTHE, C., «The Tragic Failure of *Roe v. Wade*: Why Abortion Should be Returned to the States», *Texas Review of Law & Politics*, 10, 2005, p. 85.

¹⁵ COLLETT, T., «Judicial Modesty and Abortion», *South Carolina Law Review*, 59(4), 2008, pp. 703-704.

¹⁶ CONNERY, J., «The Ancients and the Medievals on Abortion: The Consensus the Court Ignored», en HORAN, D., GRANT, E. y CUNNINGHAM, P., *Abortion and the Constitution: reversing *Roe v. Wade* through the courts*. Georgetown University Press, Washington D.C., 1987, p. 123.

cientemente amplio como para que se pueda incluir en él una práctica como el aborto. Es a partir de este momento en el que la privacidad se convierte en un derecho que va a servir de comodín para toda reivindicación legislativa y judicial.

La adopción por parte del Tribunal de la regla de viabilidad en el caso *Roe* no inició el conflicto político sobre el aborto, pero sí canalizó y exacerbó el conflicto naciente de un modo que dificultaba la consecución de una solución estable. Al restringir en gran medida el rango de acción legislativa permisible, la regla de la viabilidad impidió a los órganos legislativos negociar compromisos políticos como los que se habían alcanzado en otros países¹⁷.

La decisión de *Roe* fue tan contradictoria que, en los diecinueve años que transcurrieron hasta *Casey* el Tribunal tuvo que resolver al menos veinte casos relacionados con el aborto. La causa de esto fue que la Corte Suprema prefirió optar por una decisión de carácter legislativo, que no le correspondía, en lugar de hacerlo por una decisión judicial. Actuando como si se tratara de una «Junta médica», el Tribunal asumió competencias que sobrepasaban sus límites, como anular leyes que exigían el consentimiento de los padres para que una menor pudiera abortar¹⁸.

Además, desde una perspectiva política, la decisión del Tribunal de declarar el aborto como un derecho sirvió de catalizador para el movimiento del Derecho a la Vida, movimiento que, a su vez, desempeñó un papel importante en la realineación de las lealtades partidistas de millones de estadounidenses¹⁹.

Puede decirse que *Roe* anuló unilateralmente el entonces incipiente debate sobre el aborto, resolviendo la cuestión por decreto, y cimentando para siempre un estereotipo del liberalismo como doctrina de una minúscula camarilla de expertos, que aseguraban sus reformas por mandato judicial y no por consenso democrático²⁰. *Roe* suprimió el debate democrático sobre el aborto que la nación necesitaba tener, y permitió que los «venenos» se fueran acumulando desde entonces²¹.

2.3. *De Casey a Dobbs: nuevas sentencias que avicinan un cambio*

Un primer caso que impactó de lleno en la línea de flotación de *Roe* fue *Planned Parenthood v. Casey*²². Al suprimir el sistema trimestral, *Casey* puso el

¹⁷ BECK, R., «Fueling Controversy...», cit., pp. 736–737.

¹⁸ COLLETT, T., «Judicial Modesty...», cit., p. 714.

¹⁹ KERSCH, K., «Justice Breyer's Mandarin Liberty», *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006, p. 759.

²⁰ FRANK, Th., *What's the matter with Kansas: how conservatives won the heart of America*. Metropolitan Books, Nueva York, 2004, p. 199.

²¹ BROOKS, D., «Roe's Birth, and Death», *New York Times*, 2005. Disponible en <https://nyti.ms/3rFKXQi>. Fecha de consulta, 8 de julio de 2023.

²² *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

acento tanto en el criterio de «viabilidad», como en el de «carga indebida». Estos dos criterios abrieron la puerta a la idea de que la doctrina de *Roe* no era una doctrina fija e inamovible, sino que, dentro de los límites que suponían el respeto a sus principales postulados, se podían introducir variaciones, sin que por ello se viera afectado el *stare decisis* (vinculación al precedente).

Esta sentencia abandonó el derecho a la intimidad como fundamento del derecho al aborto de *Roe*, suprimió el criterio de plazos, introdujo el concepto de «carga indebida» y fundamentó su decisión en la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. Sin embargo, no acudió a la historia del aborto como instrumento de justificación y, respecto a los precedentes, cayó en el mismo error que *Roe*, al citar los mismos casos señalados anteriormente por esa decisión, aunque fuera difícil establecer un vínculo entre ellos y el aborto.

Tampoco *Casey* suprimió el criterio de la viabilidad para legitimar la intervención del Estado a favor de la vida del feto. En el fondo, *Casey* rechazó algunos aspectos importantes de *Roe*, pero no corrigió evidentes deficiencias que se daban en su razonamiento. Además, no proporcionó ningún apoyo nuevo al derecho al aborto, sino que se centró en defender la doctrina del *stare decisis* para mantener *Roe* y justificar su decisión.

Respecto al criterio de la «carga indebida» se refiere a que una norma legal imponga obstáculos sustanciales a la mujer que pretende abortar, antes de que el feto alcance la viabilidad. El problema de esta regla es determinar cuándo puede considerarse que un obstáculo es o no sustancial, lo que genera una clara ambigüedad que abre las puertas a la arbitrariedad judicial.

Las disposiciones de *Casey* referidas a la «carga indebida» plantean otro problema, y es que no pueden aplicarse con carácter general a todas las mujeres, ya que las circunstancias de cada una pueden ser diferentes a la hora de valorar lo «indebido» de una carga. Aspectos como la situación familiar o económica, el lugar de residencia, las obligaciones laborales, la capacidad de comprensión para recibir las informaciones médicas sobre el feto o el aborto, el estado psicológico o emocional, y la firmeza de su decisión son determinantes para modificar el contenido esencial de ese criterio.

A partir de *Casey*, la Corte Suprema dictaminó en varias sentencias, entre otros aspectos, que los Estados tenían derecho a exigir la participación de los padres cuando una menor considerara interrumpir su embarazo²³. Este reconocimiento suponía desvincular el aborto de la simple decisión de la gestante cuando era menor de edad, y potenciar el papel de los padres en relación con el de los Estados en la protección de los intereses de sus hijas.

²³ *Lambert v. Wicklund*, 520 US 292 (1997); *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 US 502, 510–519 (1990); *Hodgson v. Minnesota*, 497 US, 461 (1990); *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 US, 3–4 (2006).

Junto a ello, al conferir al aborto la categoría de derecho fundamental, su limitación o restricción debería superar el criterio más estricto de evaluación (*strict scrutiny*), no el del análisis racional de la medida (*rational basis test*), siendo entonces necesaria la presencia de un apremiante interés estatal (*compelling state interest*) que no pudiera lograrse sin otra medida menos restrictiva (*least restrictive means*)

Más repercusión tuvo, en el proceso de limitación progresiva de *Roe*, el caso *Gonzales v. Carhart*, donde el Tribunal Supremo ratificó una Ley de prohibición de nacimiento parcial aprobada por el Congreso el 5 de noviembre de 2003²⁴. El aborto de nacimiento parcial, también conocido como dilatación y extracción intactas, es un procedimiento médico en el que se evacua al feto dilatando el cuello uterino, lo que provoca un parto prematuro. El feto se coloca de manera que el médico pueda tirar de los pies a través del canal vaginal, también conocida como posición de nalgas. A continuación, se vacía la materia cerebral del feto hasta que el cráneo colapsa, lo que permite que el feto se extraiga por completo del útero.

Aunque unos años antes, el Tribunal había anulado una ley estatal que prohibía el aborto de nacimiento parcial en el caso *Stenberg v. Carhart*, sin embargo, en dicho proceso el juez Kennedy, en su opinión disidente, ya había argumentado que la prohibición de un aborto de ese tipo era coherente con *Casey*, debido al interés que tiene el Estado durante todo el embarazo en proteger la vida del feto que puede convertirse en un niño²⁵. Además, el Magistrado afirmó que ese procedimiento confundía el aborto y el parto de una manera que «podría hacer que la profesión médica o la sociedad en su conjunto se volvieran insensibles, incluso despectivos, hacia la vida, incluida la del feto humano»²⁶. Tampoco implicaba esta prohibición una carga indebida para la mujer, en el sentido fijado por *Casey*, ya que estos procedimientos no podían considerarse como médicamente necesarios²⁷.

El propio juez Kennedy, encargado de redactar el argumento de la posición mayoritaria, señaló que el propósito del Congreso a la hora de establecer una ley de este tipo era doble: en primer lugar, los legisladores querían «expresar el respeto por la dignidad de la vida humana prohibiendo un método de aborto en el que se mata a un feto apenas unos centímetros antes de que se complete el proceso de nacimiento»²⁸, además de que el uso de este procedimiento «endurecería aún más a la sociedad respecto a la humanidad no sólo de los recién

²⁴ Partial-Birth Abortions Prohibited 18 U.S. Code § 1531 (2003). Disponible en <https://bit.ly/3GxiCj7>. Fecha de consulta, 7 de julio de 2023.

²⁵ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 5-6 (2000) (Kennedy J. *dissenting opinion*).

²⁶ *Ibid.*, 6.

²⁷ *Ibid.*, 2, 8, 12.

²⁸ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 27 (2007).

nacidos, sino de toda vida humana vulnerable e inocente»²⁹. En segundo lugar, el Congreso quería proteger la ética médica, al considerar que este procedimiento «confunde los deberes profesionales, legales y éticos de los médicos de preservar y promover la vida»³⁰.

Otra de las limitaciones que la jurisprudencia norteamericana impuso a la doctrina fijada por *Roe* es la que procede de la denominada Enmienda Hyde, según la cual los Estados que participan en Medicaid no estaban obligados a financiar abortos, como recogió la decisión *Harris v. McRae*³¹, fundamentándose en el Título XIX de la Constitución, salvo en los casos en los que el aborto fuera necesario para salvar la vida de la mujer, o en los casos en los que el embarazo hubiera sido fruto del incesto o de la violación. Esta Enmienda suponía una traba en el sistema de aborto prácticamente libre instituido por *Roe*.

En 2013, la Cámara de Representantes, siguiendo la iniciativa de 12 Estados, votó para prohibir los abortos realizados después de veinte semanas. La razón aducida por primera vez para plantear esa solicitud era que, a partir de ese momento estudios médicos habían probado que el feto ya era capaz de sentir el dolor. Con el Congreso dividido, y con el argumento demócrata de que la presunción del dolor fetal contradecía el estándar de *Roe*, con arreglo al cual los abortos estaban permitidos hasta el momento de la viabilidad del feto, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito declaró inconstitucional una ley de Arizona que prohibía los abortos veinte semanas después de la fecundación³², pero ya se abría la puerta para que por esta otra vía se pensara no sólo en la libertad de abortar de la gestante, sino en la necesidad de proteger la vida del feto.

En marzo de 2016 se aprobaba en Indiana una Ley³³ en la que se recogía la prohibición del aborto que estuviera exclusivamente motivada por razones de sexo, raza o discapacidad. La norma suponía reconocer la potestad del Estado para prohibir el aborto durante el período de no viabilidad del feto, lo que contradecía la doctrina de *Roe* y *Casey*. La Corte Suprema, por vez primera, decidió sobre esta materia en el proceso *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, dejando en vigor la medida cautelar del tribunal inferior sobre las cláusulas de no discriminación y consentimiento informado, y optando por no considerar el fondo hasta que al menos otro Tribunal de Circuito se hubiera pronunciado sobre tal cuestión. Por lo tanto, en este caso adquirió validez la opinión del Séptimo Circuito que anulaba la ley de Indiana por inconstitucional, en base a la jurisprudencia existente sobre el aborto. Es de destacar la opinión adicional emitida por el juez Thomas, que señaló que «consagrar un derecho

²⁹ *Ibid.*, 26.

³⁰ *Ibid.*, 27.

³¹ *Harris v. McRae*, 448 US 297 (1980).

³² CQ ALMANAC (sitio web), *House Passes 20-Week Abortion Ban*. Disponible en <https://bit.ly/3KR3ocb>. Fecha de consulta, 6 de julio de 2023.

³³ Indiana House Bill 1337 (2016).

constitucional a un aborto basado únicamente en la raza, el sexo o la discapacidad de un niño por nacer, como defiende *Planned Parenthood*, constitucionalizaría los puntos de vista del movimiento eugenésico del siglo XX. En otros contextos, la Corte ha sido celosa en reivindicar los derechos de las personas incluso potencialmente sujetas a discriminación por raza, sexo y discapacidad»³⁴. Frente a ello, una Ley de Ohio aprobada en 2017³⁵, que prohibía que una persona realizase un aborto si tenía conocimiento de que la decisión de la mujer estaba influenciada por su creencia de que el feto tenía síndrome de down, fue avalada por la decisión de la Corte del Sexto Circuito de Apelaciones en el caso *Preterm-Cleveland v. McCloud*³⁶.

Otro tema controvertido que también ha afectado la integridad de la doctrina de *Roe* sobre el aborto ha sido el de la viabilidad. Tanto *Roe*, como posteriormente *Casey*, mantuvieron este criterio como límite a la intervención estatal en beneficio de la salud de la madre y la vida potencial del feto. El avance en la ciencia y la medicina ha posibilitado que la línea de viabilidad varíe, como anteriormente se ha argumentado. En el siglo XIX un feto era viable a las 32 semanas, en la época en la que se promulga *Roe* se calculaba que la viabilidad era posible a las 28 semanas, sin embargo, hoy en día la viabilidad viene determinada a las 23 o 24 semanas. Si se sigue el criterio trimestral de *Roe*, ¿esto quiere decir que en la actualidad el Estado tiene interés en proteger a un feto de 24 semanas, mientras que, en 1973, fecha de en que se adoptó la decisión de *Roe*, no existía tal interés en ese momento del embarazo?

Por otro lado, la viabilidad no solo depende de los avances científicos y médicos, sino de la calidad de las instalaciones disponibles en un determinado lugar. De esta manera, un feto de 24 semanas puede ser viable en una ciudad con hospitales avanzados, pero no lo sería en otra ciudad que no contara con esos medios. ¿Supone esto que el interés del Estado en la defensa del feto varía según el lugar geográfico y las posibilidades técnicas y médicas?

La viabilidad no puede considerarse como una línea fija absoluta, sino que está sometida a diversas variables, de manera que un feto de 24 semanas no siempre es seguro que pudiera ser viable fuera del útero materno. Eso lleva a la pregunta de si la viabilidad del feto debe establecerla el Estado, con carácter general, o el médico en cada caso particular. Este criterio no es seguido prácticamente en ningún país del mundo, lo que manifiesta que *Roe* estableció un límite que privaba de libertad a los Estados a la hora de regular el aborto.

En *MKB Mgmt. Corp. v. Burdick*, el Dr. Jerry Obritsch llegó a afirmar que un niño por nacer era viable desde la concepción, porque la fertilización *in vitro* permitía que un niño embrionario pudiera vivir fuera del útero entre dos y seis

³⁴ *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, 587 U.S. 19-20 (2019).

³⁵ Ohio HB 214 (2017-2018).

³⁶ *Preterm-Cleveland v. McCloud*, 18-3329 (6th Cir. 2021).

días después de la concepción³⁷. Además, el derecho de la mujer a abortar antes de la viabilidad no es absoluto y debería sopesarse con el interés del Estado en proteger al feto y a la madre.

Puede decirse que hay tres tipos de intereses que los Estados han de hacer valer cuando regulan el aborto: la salud de la mujer, la integridad y la ética de la profesión médica, y la vida del feto³⁸. La respuesta a estos criterios se favorecería con la práctica del consentimiento informado, que busca salvaguardar la libertad del paciente en toda intervención médica. Por consentimiento informado en el ámbito del aborto nos referimos a que la gestante que decide abortar, tratándose de una decisión de tal trascendencia, ha de poder conocer todos los datos que la medicina pueda ofrecerle al respecto, como puede ser escuchar el latido del corazón del feto, o ver una ecografía de este. Dos planteamientos distintos ha seguido la jurisprudencia norteamericana en este tema: en *Hill v. Colorado* se señala que nadie tiene derecho a imponer ni siquiera buenas ideas a un destinatario que no lo desea. Destaca la importancia del derecho a estar libre de importunidades persistentes después de que se haya rechazado una oferta de comunicación. Si bien la libertad de comunicar es sustancial, el derecho de cada persona a «ser dejado en paz» debe estar en la balanza con el derecho de los demás a comunicarse.

En un sentido contrario, en *Tex. Med. Providers Performing Abortion Servs. v. Lakey*³⁹, el Tribunal del Quinto Circuito anuló la decisión de un Tribunal de distrito que prohibía la Ley de Texas HB 15⁴⁰, de 19 de mayo de 2011, al entender que la norma no podía ser considerada como una carga indebida, sino que recogía representaciones médicamente precisas, veraces y no engañosas, que la gestante debía conocer antes de decidir sobre la práctica del aborto.

La tendencia limitativa en materia de aborto no se ha desarrollado en Estados Unidos sólo a nivel jurisprudencial, sino también desde una perspectiva legislativa. Desde la consideración del aborto como un derecho en *Roe*, en 1973, muchos Estados del país han promulgado con éxito leyes que restringen el acceso al aborto, la mayoría de las cuales comenzaron en las dos últimas décadas, motivadas por los repetidos fracasos que sobre la materia se habían alcanzado a nivel nacional⁴¹.

La abundante y reciente legislación a favor de la vida, que se ha desarrollado en los Estados gobernados por el partido republicano, también constituye un fenómeno que permite extraer una serie de conclusiones sobre la orientación que la nueva regulación en materia de aborto ha seguido en *Dobbs*.

³⁷ *MKB Mgmt. Corp. v. Burdick*, 197 N.D. 1066 (2014).

³⁸ FETROW, K., «Taking Abortion Rights Seriously: Toward a Holistic Undue Burden Jurisprudence», *Stanford Law Review*, 70(1), 2018, p. 358.

³⁹ *Texas Med. Providers Performing Abortion Servs. v. Lakey*, 11-50814 (5th Cir. 2012).

⁴⁰ Texas HB 15 (2011).

⁴¹ HENDERSON, Ch. y YANG, Ph., «Support for Health...», cit., p. 4.

Si bien no es viable, por motivos de extensión, un análisis pormenorizado de cada una de las leyes recientemente aprobadas en estos Estados, sí que se pueden señalar los criterios fundamentales que se derivan de tan vasta legislación, y que se reducen a dos: por un lado, la prohibición del aborto después de las 15 semanas, salvo en caso de emergencia médica o de anomalía fetal grave, como es el caso de la ley de Mississippi, que ha dado lugar al caso *Dobbs v. Jackson*⁴², que ha puesto fin al entramado jurisprudencial derivado de *Roe* en materia de aborto. Por otro lado, algunos Estados han elaborado leyes que ponen el límite a la posibilidad del aborto en el momento en que pueda detectarse el latido del corazón del feto, lo que suele ocurrir en torno a la sexta semana de embarazo, como ha puesto de manifiesto la ley de Texas, S.B. 8, y la más reciente ley de Oklahoma S.B. 1503, ambas circunscritas al ámbito de lo privado, en lo que afecta a las denuncias que pueden realizarse en caso de incumplimiento de la norma por la gestante, o por cualquier persona que pueda colaborar en la práctica del aborto más allá de los límites temporales permitidos. Esta situación impide la impugnación de la ley por parte de los proveedores de abortos, que ya no pueden interponer sus demandas contra el fiscal general u otros actores estatales, al carecer de conexión de aplicación con el caso concreto en cuestión.

Son sólo algunos ejemplos de la presión que, a nivel legal, se ha venido ejerciendo por parte de normativas aprobadas por Estados republicanos que han abierto el camino para que la Corte Suprema pudiera sentirse legitimada para la derogación de *Roe*.

Todas estas situaciones son sólo algunos ejemplos entre muchos que han servido de base para ir propiciando el cambio de tendencia en la nueva jurisprudencia norteamericana en materia de aborto. A su vez, los cambios y desarrollos jurídicos, legislativos, políticos, médicos y jurisprudenciales han puesto de manifiesto que *Roe* era inestable desde que se decidió. Si la integridad judicial y el imperio de la ley son factores importantes en la *stare decisis*, entonces esta incoherencia doctrinal pesa a favor de anular *Roe* y permitir que el pueblo estadounidense decida esta cuestión a través del proceso democrático. La política del aborto y la opinión pública podrían alinearse mejor, produciendo una política más coherente, consistente y estable, Estado por Estado⁴³.

2.4. Dobbs v. Jackson: no al aborto, pero ¿sí a la vida?

Como precedente al análisis de esta decisión del Tribunal Supremo es necesario partir de la idea de que no se trata de una sentencia que dé la razón a los partidarios de la postura *pro-life*, ni a los partidarios de la postura *pro-choice*, sino que lo que hace el Tribunal es dejar libertad a los ciudadanos y a sus represen-

⁴² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S.Ct. 2228 (2022).

⁴³ FORSYTHE, C., «A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*», *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 16, 2018, p. 465.

tantes para legislar sobre esta materia, evitando el secuestro legislativo que la decisión sobre *Roe* había mantenido a lo largo de cinco décadas.

La sentencia basa su decisión en que la Constitución no hace referencia al aborto, y ningún derecho de este tipo está implícitamente protegido por ninguna disposición constitucional, incluida aquella en la que los defensores de *Roe* y *Casey* se basaban principalmente: la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, que establece que nadie será privado de la vida, de la libertad, o de los bienes, sin el debido proceso legal. *Casey* sostiene que, aunque algunos derechos no estén explícitamente reconocidos en la Constitución, como es el caso del aborto, sin embargo, su fundamento puede derivarse de esa cláusula. Frente a este razonamiento, *Dobbs* argumenta reiteradamente, a lo largo de todo el texto de la sentencia, que cualquier derecho de ese tipo debe estar profundamente arraigado en la historia y la tradición de la nación e implícito en el concepto de libertad ordenada, y el derecho al aborto no entra dentro de esas categorías, ya que era un derecho desconocido en la legislación hasta la última parte del siglo XX.

Varias son las cuestiones jurídicas a las que *Dobbs* trata de ofrecer una respuesta. La primera de ellas aborda el hecho de si la referencia que *Roe* lleva a cabo sobre el derecho a la intimidad, relacionándolo con la Decimocuarta Enmienda, protege realmente un derecho al aborto. Dado que la Constitución no hace referencia alguna a tal derecho, quienes afirman que se trata de un derecho protegido por ella deben demostrar, al menos, que se halla implícitamente recogido en el texto de la Carta Magna. *Roe* no ofreció ningún tipo de respuesta a esta cuestión y, posteriormente, *Casey* fue por otro camino, al defender que el aborto forma parte de la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda.

El término «libertad» es complejo, y requiere de un estudio de la tradición histórica para comprobar si puede formar parte de la Decimocuarta Enmienda, como uno de los derechos no mencionados de forma explícita por la Constitución. Además, es necesario un proceso de interpretación imparcial para buscar ajustar el concepto de «libertad» al sentido objetivo de la norma, y no a los intereses particulares. Esta es una de las causas por las que el Tribunal Supremo se ha manifestado reacio a reconocer derechos que no se mencionan expresamente en la Constitución.

En *Glucksberg*⁴⁴, que decidió un caso sobre una demanda contra el Estado de Washington, cuya legislación prohibía el suicidio asistido, el tribunal mantuvo por unanimidad la vigencia de esa normativa aduciendo que el suicidio asistido no puede hacerse derivar de una libertad fundamental protegida por el debido proceso, ya que tal libertad no existe. A su vez, se advertía del peligro de que se utilizara el recurso al debido proceso para llevar a cabo una manipulación polí-

⁴⁴ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

tica de la idea de libertad que en el mismo se significa. La sentencia reconoce que cuando el Tribunal ha ignorado los límites de las enseñanzas de la historia ha dado pie a decisiones desacreditadas, fruto de una política judicial libre, como ha sucedido en *Roe*, al pretender hacer derivar de la Decimocuarta Enmienda un derecho al aborto que no existe como tal.

La segunda cuestión que la sentencia se plantea es si el aborto es un derecho arraigado en la historia y la tradición de Estados Unidos, y si es un componente esencial de lo que se denomina «libertad ordenada». Entiende la Corte que no puede considerarse el aborto como un derecho arraigado en la historia y la tradición de la nación, ya que no ha existido, hasta la última parte del siglo XX, ninguna legislación en la que apoyarse, y de la que pudiera derivarse que se trata de un derecho constitucional. Además, hasta *Roe* ningún tribunal federal o estatal había reconocido este derecho, ni tampoco lo había hecho ningún tratado académico, y sólo unos años antes de *Roe* se publicó el primer artículo que defendía el aborto como un derecho constitucional.

No sólo eso, sino que el aborto ha sido considerado durante mucho tiempo como un delito en Estados Unidos. Cuando se aprobó la Decimocuarta Enmienda, tres cuartas partes de los Estados lo reconocían como tal, en cualquier parte del embarazo, y el resto de los Estados llegaron a esta conclusión posteriormente. Tanto *Roe* como *Casey* ignoraron este análisis histórico sobre el aborto.

Uno de los aspectos clave para poder determinar las materias que abarca el texto de la Decimocuarta Enmienda, que como hemos citado ya es la base sobre la que *Roe* y *Casey* fundamentan el aborto como derecho derivado de la intimidad y la libertad de la gestante, consiste en conocer las leyes existentes en los Estados en el momento en que entró en vigor dicha Enmienda, ya que si el aborto se consideraba en aquella época un hecho ilícito, y no se hallaba vinculada la posibilidad de su práctica al ejercicio de libertad alguna, quiere decirse que cuando la Enmienda se redactó no se pretendía con ello defender la idea del aborto como un derecho asociado al concepto de libertad de la mujer a la hora de decidir sobre su embarazo. Un planteamiento distinto no sólo no estaría avalado por la tradición jurídica y consuetudinaria estadounidense, sino que implicaría forzar la situación para que la Decimocuarta Enmienda dijera, según *Roe* y *Casey*, lo que en su momento no quiso decir ni defender, la consideración del aborto como un derecho constitucional.

La tercera cuestión que la sentencia aborda es si el derecho al aborto está respaldado por otros precedentes. Uno de los argumentos defendidos por *Roe* y *Casey* es que sin la disponibilidad del aborto las personas se verían inhibidas de ejercer su libertad a la hora de elegir el tipo de relaciones que desean, y las mujeres no podrían competir con los hombres en el ámbito del trabajo y en otras actividades. Sin embargo, la situación de las mujeres embarazadas ha cambiado, ya que las leyes federales y estatales prohíben la discriminación por motivos de embarazo; la licencia por embarazo y parto está ahora garantizada por

ley en muchos casos; los costes de la atención médica relacionada con el embarazo están cubiertos por el seguro o la ayuda del gobierno; y los Estados han adoptado cada vez más leyes de «refugio seguro», que generalmente permiten a las mujeres dejar a sus bebés de forma anónima.

Otra de las cuestiones abordadas por *Dobbs* y que se esgrimió como argumento para no suprimir *Roe* es el principio de *stare decisis*, que significa que la Corte Suprema, generalmente, respeta las decisiones pasadas para evitar confusiones en la ley, favoreciendo con ello la confianza de las personas en las interpretaciones que sobre la Constitución lleva a cabo el alto tribunal norteamericano. Sin embargo, esta no es una doctrina inviolable, y los tribunales pueden y han anulado decisiones anteriores en varias ocasiones⁴⁵. Es por ello por lo que no implica la adhesión continua a lo que puede constituir un abuso de autoridad judicial, como acontece en *Roe*, sino que requiere una evaluación de la fuerza de los fundamentos en los que se basa, para evitar el peligro de pensar que es mejor que una cuestión esté resuelta, a que lo esté bien resuelta.

Otro tema importante es que según *Dobbs*, *Roe* y *Casey*, basándose exclusivamente en la fuerza del poder judicial, privaron al pueblo de la capacidad de decidir sobre una cuestión de tanta importancia moral y social, posicionándose claramente a favor de quienes defendían el aborto, en una cuestión que mantenía dividido el país, y que debía resolverse por medio de procesos democráticos, no judiciales. El Tribunal suprimió el proceso democrático en este ámbito, al usurpar judicialmente la autoridad del pueblo y su capacidad para poner en marcha legislaciones correctivas.

La decisión final a la que llega *Dobbs* es que la Constitución no confiere un derecho al aborto. *Roe* y *Casey* deben ser anulados, y la autoridad para regular el aborto debe ser devuelta al pueblo y a sus representantes elegidos.

Si bien *Dobbs* sólo declaró inconstitucional el aborto como derecho, pero no apostó por el derecho a la vida del embrión, cediendo la decisión sobre un aspecto tan trascendental a las normativas aprobadas en cada Estado, sí que sentó las bases para un reconocimiento de este derecho por parte de los tribunales. Previamente, y como ya hemos señalado anteriormente, en sentencias como *Stenberg v. Carhart* o *Gonzales v. Carhart*, comenzaron a vislumbrarse brotes en favor de la vida del embrión, al afirmarse el interés del Estado en la protección del embrión y el respeto a la dignidad inherente a su ser, que convertían el aborto en un atentado contra el más fundamental de los derechos.

El pasado 16 de febrero de 2024, la Corte Suprema de Alabama resolvía un recurso que se le planteaba⁴⁶. El caso se refería a un incidente con un paciente

⁴⁵ FindLaw (sitio web), *Why The Dobbs v. Jackson Women's Health Organization Abortion Case Is Different*, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3rHQZ2O>. Fecha de consulta, 7 de julio de 2023.

⁴⁶ *James LePage et al. v. The Center for Reproductive Medicine and Mobile Infirmiry Association*, SC-2022-0579.

del Center for Reproductive Medicine, P.C., en el que se ubicaba lo que se conoce como una «guardería criogénica», lugar donde se guardan criocongelados los embriones nacidos fruto de un proceso de fecundación in vitro, de cara a su posible futura implantación en el seno materno. Este paciente extrajo algunos de estos embriones provocándoles la muerte. Ante esta situación, los padres de los embriones fallecidos demandaron al Centro por muerte por negligencia, en virtud de la Ley de Muerte por Negligencia de un Menor de Alabama⁴⁷.

El tribunal de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que los embriones no se ajustaban a la definición de «persona» o «niño» y, por lo tanto, su pérdida no podía dar lugar a una reclamación de muerte por negligencia. En la apelación, sin embargo, la Corte Suprema de Alabama revocó la desestimación del tribunal inferior sosteniendo que la Ley de Alabama se aplica a todos los niños no nacidos, sin limitación, e independientemente de su ubicación. A este hecho se une el dato de que en 2018 la Constitución del Estado de Alabama fue fruto de una modificación a través de una enmienda que establecía que «es política pública de este Estado garantizar la protección de los derechos del feto en todas las formas y medidas legales y apropiadas».

La apuesta del Tribunal de Alabama en favor del derecho a la vida es clara, llegando a sostener todos los miembros del tribunal que estaban de acuerdo en afirmar que un nonato es un ser humano genéticamente único cuya vida comienza con la fecundación y termina con la muerte. Pero es que incluso las partes del proceso asumen esta posición sin ambages, discrepando sólo en el hecho de si puede considerarse persona o no a un embrión fecundado que se halla fuera del seno de la madre, a lo que el tribunal, como hemos señalado, decretó rotundamente que sí. Lo importante, defiende la Corte Suprema de Alabama, no es la situación del embrión, sino su vida, su dignidad y su consideración como persona, sea cual sea el lugar donde se encuentre ubicado.

3. El aborto en España

3.1. *La legislación española en materia de aborto durante la democracia*

En España, la primera ley que se desarrolló en materia de aborto fue la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal⁴⁸, en la que por primera vez se establecía que el aborto no sería punible en tres casos: cuando fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; cuando el embarazo fuera consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación; y cuando se presumiera que

⁴⁷ Alabama's Wrongful Death of a Minor Act, § 6-5-391, Ala. Code 1975.

⁴⁸ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. BOE núm. 166, de 12 de julio de 1985.

el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practicara dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.

La *Ley Orgánica 2/2010*⁴⁹, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, introduce el aborto como un derecho de la mujer, prioriza su derecho a la autonomía frente al derecho a la vida, y posibilita que la mujer puede abortar, sin necesidad de causa justificada alguna hasta la semana 15 de embarazo, plazo que puede ampliarse hasta la semana 22 cuando el aborto se debiera a malformaciones del feto incompatibles con la vida. Sólo introduce dos requisitos: haber recibido un sobre cerrado con información sobre políticas activas a la maternidad y pasar un período de reflexión de tres días.

Tras ganar las elecciones en 2011, el gobierno del Partido Popular aprobó en Consejo de Ministros el *Anteproyecto de ley de protección de vida del concebido*, en diciembre de 2013⁵⁰. Esta norma preveía dos únicos supuestos en los que no sería punible la interrupción del embarazo: por violación o por existencia de un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la mujer. Sin embargo, debido a las discrepancias internas que surgieron en el partido el proyecto no llegó a ver la luz. La *Ley Orgánica 11/2015*⁵¹, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, sí que fijó jurídicamente el requisito de que las menores de 16 y 17 años necesitaran el permiso paterno para poder abortar, y en caso contrario se requería la mayoría de edad para llevar a cabo esta práctica.

Recientemente se ha aprobado la *Ley Orgánica 1/2023*⁵², de 28 de febrero, por la que se modifica la *Ley Orgánica 2/2010*, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que amplía el campo de acción del aborto, permitiendo que éste se pueda llevar a cabo por menores de 16 o 17 años sin el consentimiento de sus padres.

3.2. *La STC 53/1985: no al aborto con limitaciones*

Lo primero que hay que señalar es que cuando los constituyentes españoles reflexionaron sobre el contenido del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 prefirieron utilizar el concepto «todos» con el fin de que el *nasciturus*, es decir,

⁴⁹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 55, de 04/03/2010.

⁵⁰ Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. Disponible en <https://bit.ly/3JLEonR>. Consultada el 7 de julio de 2023.

⁵¹ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 227, de 22/09/2015.

⁵² Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 51, de 01/03/2023.

el embrión desde el mismo momento de la concepción pudiera gozar de la protección de este derecho.

Hay que partir de la base de que «las opiniones judiciales, en particular las relativas al aborto, tienen un enorme impacto en la cultura y en la formación del comportamiento de la sociedad. Por lo tanto, difícilmente se puede decir que un legislador o un juez, al permitir el aborto sin restricciones, actué de forma moralmente indiferente»⁵³.

La sentencia 53/1985 del TC es fruto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 55 diputados de Alianza Popular en contra de la ley que despenalizaba el aborto en tres supuestos, y que ha sido citada en el epígrafe anterior. En su sentencia, el Tribunal entiende la vida como un proceso continuo. Parte de la idea de que el embrión es viable desde el mismo momento de la concepción, y lo considera como un *tertium* independiente de la madre.

Por otro lado, utiliza el concepto de «bien jurídico» digno de protección constitucional para referirse al *nasciturus*. Se trata de un concepto ambiguo, ya que, por un lado, no se le reconoce personalidad jurídica al embrión como para poder ser titular de derechos fundamentales, pero, por otro, se le confiere la dignidad que le pertenece a todo ser humano como característica inherente. Realmente resulta difícil comprender que si la dignidad constituye el fundamento de todo derecho fundamental, quien posea esa dignidad carezca de la posibilidad de ser titular de derechos. Es cierto que sí que se reconoce un derecho a la vida del que se deriva la necesidad de protección constitucional del artículo 15, aunque no se acepte la titularidad de tal derecho por el embrión. Toda una amalgama de interpretaciones jurídicas con sentidos opuestos que tratan de conciliarse para ofrecer una respuesta mínima al problema de la vida en sus inicios.

En lo que atañe al conflicto de derechos que se plantea entre el derecho a la vida del embrión y el derecho de autonomía de la madre a decidir, esta sentencia opta por dar preferencia al primero. Sin embargo, con el desarrollo de la legislación y la jurisprudencia se ha producido una inversión de los términos, de manera que actualmente se prioriza el derecho de la madre a decidir. Así, se ha confeccionado una nueva regulación que vulnera el contenido original del artículo 15 de la Constitución, ya que, si existe un derecho a la vida, y ese derecho abarca a «todos», incluidos los concebidos no nacidos, no puede haber, a la vez, un derecho de la madre a terminar con la vida del embrión, pues no sólo sería una contradicción, sino una violación abierta del ordenamiento constitucional⁵⁴.

⁵³ REJMAN, E. (2020). «Czy istnieje prawo do aborcji? Analiza prawa międzynarodowego i koncepcji osoby», *Uniwersytet Wrocławski*, 2020, pp. 8-23. Disponible en <https://bit.ly/3PbUfvy> Fecha de consulta, 7 de julio de 2023.

⁵⁴ SÁNCHEZ, I., «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, 23, 2012, pp. 25-36.

Como veremos al analizar la reciente sentencia 44/2023 del TC, la evolución jurisprudencial ha llevado a un proceso donde el *nasciturus* ha terminado por convertirse en *moriturus*. La distinción antropológica entre persona y ser humano ha tenido mucho que ver en esa tendencia. En la jurisprudencia española ha habido una pendiente resbaladiza en la concepción de la vida. En el comienzo del período democrático no existía duda de que el embrión era una persona humana, titular del derecho a la vida y de todos los derechos fundamentales que se derivan de su dignidad. Con la sentencia 53/1985 se daba un paso descendente en esa pendiente contraria a la vida para considerar que el embrión era un *tertium* distinto a la madre, y que debía priorizarse la defensa de ese nuevo ser humano desde el momento de la concepción, frente al derecho a la autonomía de la gestante, pero ya se entendía que el embrión no era persona humana, sino un bien jurídico digno de la protección constitucional del artículo 15, aunque sin gozar de la titularidad del derecho a la vida⁵⁵. Con la introducción del término preembrión, el derecho a la vida comienza a ser objeto de manipulación y las condiciones que el ordenamiento jurídico exige para hablar de vida humana cada vez son mayores. En lugar de optar, en caso de duda, dada la imposibilidad de una certeza científica que determine el momento exacto del inicio de la vida, por el principio *in dubio pro vita*, se opta por una tendencia marcadamente utilitarista, que busca el beneficio económico, y por la cosificación de lo que solo puede ser un fin en sí mismo, nunca un medio para lograr otro fin, como es la vida humana del embrión.

3.3. La STC 44/2023: el aborto como derecho

En junio de 2010, 71 diputados del Partido Popular interpusieron un recurso ante el TC para impugnar varios preceptos de la reciente aprobada *Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Dicho recurso fue admitido a trámite un mes después.

Sin entender el porqué de la dilación en su resolución, los miembros que componían en el anterior mandato el TC, y que gozaban de una mayoría conservadora, no dictaron una sentencia sobre el caso en el plazo de 13 años. La nueva configuración del Alto Tribunal español, ahora de mayoría progresista, ha sido la que en un sospechoso breve período de tiempo ha dado respuesta al recurso por medio de la sentencia 44/2023.

A la hora de resolver el recurso de inconstitucionalidad sobre la LO 2/2010, el TC sustituye el «sistema de indicaciones» por el «sistema de plazos», que permite el aborto como una facultad de la mujer dentro de las 14 primeras semanas de embarazo, sin necesidad de aducir causa alguna. Esto supone que el Estado deja de proteger la vida del *nasciturus* y se decanta por priorizar la libre auto-

⁵⁵ OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 72.

mía de la gestante, aunque sea una menor de 16 o 17 años, sin necesidad de consentimiento parental. Todo esto implica una serie de consecuencias: conduce a introducir en el proceso de gestación una vida de menor categoría, la del embrión en las primeras 14 semanas; lleva a configurarlo como una parte del cuerpo de la madre; excluye al Estado de cualquier papel en la defensa del *nasciturus*, que queda en una situación de absoluto desamparo; al no considerarse el embrión en las 14 primeras semanas como una vida digna de protección se elude el posible conflicto de derechos entre la vida del feto y la libertad de la mujer.

4. La politización de la justicia

El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos indica que existe un Poder Judicial formado por «un Tribunal Supremo y [...] otros tribunales inferiores» y que estos tribunales tienen «jurisdicción sobre todos los pleitos, tanto en derecho como en equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución»⁵⁶.

Si bien los jueces que conforman una Corte toman decisiones en base a argumentos, sin embargo, como señala Waldron, «todo se reduce a contar cabezas», porque, por ejemplo, «en la Corte Suprema de los Estados Unidos, cinco votos vencen a cuatro, independientemente de los argumentos esgrimidos por los jueces»⁵⁷.

La vulnerabilidad del control judicial tiene su fundamento en la ilegitimidad democrática sobre la cual descansa, que privilegia el voto mayoritario de un pequeño grupo de jueces, no elegidos democráticamente, ni en base a unos criterios objetivos y de mérito, sino directamente por el presidente de Estados Unidos, en base a criterios ideológicos, aunque su nombramiento deba aprobarse por el Senado, y que no tienen la obligación de rendir cuentas a los depositarios de la soberanía popular.

Esta «supremacía judicial» podría definirse como «la tendencia de cualquier arreglo institucional que permite que cuestiones vitales [esto es, cuestiones que afectan a toda la población] y divisivas sean resueltas por tribunales»⁵⁸. La ausencia de un control judicial fuerte, y el ejercicio de esta «supremacía judicial», lleva a que sean los jueces los que tengan la última palabra sobre cuestiones trascendentales para la sociedad, como es el caso del aborto.

Esta expansión de los poderes de los jueces aumentó notablemente el «apetito» de los políticos por controlar la administración de justicia, de ahí que pueda

⁵⁶ U.S. Constitution, art. III, sec. 1 y 2 (1789).

⁵⁷ WALDRON, J., *Contra el gobierno de los jueces*. Siglo XXI, México, 2018, p. 106.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 132.

hablarse de un proceso de politización de los tribunales, que ha puesto en riesgo el imperio del Estado de Derecho y uno de sus fundamentos: la independencia judicial. La politización de la justicia puede conducir a una aplicación selectiva de la ley marcada por criterios y orientaciones ideológicas y partidistas⁵⁹, cuando las decisiones de los tribunales no están fundamentadas en criterios racionales, ni avaladas por la historia y la tradición legislativa, jurisprudencial y doctrinal del país.

Abraham Lincoln, en uno de sus discursos afirmaba que «si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a toda la población ha de ser irrevocablemente determinada por las decisiones de la Corte Suprema... el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habrá renunciado en la práctica a su gobierno y lo habrá dejado en manos de ese ilustre tribunal»⁶⁰.

En Estados Unidos bien podría utilizarse el concepto «juristocracia» para referirse al aumento de la influencia de los tribunales en asuntos considerados políticos. Este hecho ha supuesto un desplazamiento de los parlamentos a los tribunales, lo que ha implicado un debilitamiento de los poderes políticos, que ha sido compensado por esos tribunales⁶¹. Partiendo de esta realidad, puede decirse que se estará en presencia de una judicialización de la política cuando cada vez más conflictos políticos, sociales, o entre el Estado y la sociedad se resuelven en los tribunales⁶². Pero también podrá hablarse de una politización de la justicia, cuando las decisiones de los magistrados sean serviles a los criterios ideológicos de las administraciones que los nombraron.

Esta realidad judicial en los Estados Unidos ha llevado a los presidentes, tanto demócratas, como republicanos, a un intento por controlar la Corte Suprema en base al nombramiento de sus jueces. George Bush, en busca de conservadores confiables, nombró a dos de esos jueces, Thomas y Roberts, mientras que su hijo, George W. Bush nombró a Alito en 2006. Trump, por su parte, cumplió su promesa electoral, y durante su mandato nombró a otros tres jueces de tendencia conservadora: Neil M. Gorsuch, Brett M. Kavanaugh y Amy C. Barrett. Así las cosas, el Alto Tribunal norteamericano cuenta, en la actualidad, con una mayoría de seis jueces de orientación conservadora, y tres de tendencia liberal, lo que ha podido influir de manera determinante en el cambio de tendencia judicial en materia de aborto.

⁵⁹ PAZOS, J. I., «Politización de la justicia y judicialización de la política», *Tiempo Judicial*, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3GSbHC1>. Fecha de consulta, 4 de julio de 2023.

⁶⁰ CORWIN, E. S., *La Constitución norteamericana y su significado actual*. Editorial Kraft, Buenos Aires, 1942, pp. 140-141.

⁶¹ TATE, C. N. y VALLINDER, T., *The global expansion of judicial power*. University Press, Nueva York, 1995, p. 46.

⁶² DOMINGO, P., *Rule of law, politics and development: the politics of rule of law reform*. London, United Kingdom: Overseas Development Institute, 2016. Disponible en <https://bit.ly/3rHH39b>. Fecha de consulta, 6 de julio de 2023, p. 37.

Si bien consideramos que esta es una tendencia generalizada, no puede entenderse como unánime, ya que toda regla siempre admite excepciones. En el caso que nos ocupa podríamos citar al juez Roberts, que aun nombrado por George Bush buscando un juez de tendencia conservadora se ha manifestado en sentencias diversas desde una perspectiva liberal, manifestando sus decisiones un pragmatismo judicial evidente.

Si la composición actual del Tribunal Supremo de Estados Unidos fue un proceso dilatado en el tiempo, que permitió el paso de una mayoría demócrata en sus miembros, a una mayoría republicana, en el caso del TC español, el proceso no sólo fue mucho más breve, apenas un año, sino que la composición de sus miembros fue en sentido opuesto, y de una mayoría de magistrados conservadores se ha pasado, en la actualidad, a una mayoría de jueces progresistas.

Antes de entrar en el contenido de este epígrafe es necesario entender la configuración del TC español, que se compone de doce miembros nombrados por el Rey. De ellos, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, por mayoría de tres quintos de sus miembros; dos a propuesta del Gobierno; y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, por mayoría de tres quintos de sus miembros.

Dada la importancia de su composición, por la influencia que sus decisiones conllevan a la hora de interpretar la Constitución, el proceso de selección de los nuevos magistrados, una vez finalizado el período de servicio de algunos de los antiguos, ha llevado consigo una dilación sin precedentes en el sistema judicial español.

El 12 de junio de 2022 expiraba el mandato de 4 magistrados del TC. Esta situación abría un período de crisis, ya que el ejecutivo debía nombrar dos de esos magistrados, pero ese nombramiento debía obtener el *placet* del Pleno del TC, de mayoría conservadora, por lo que era necesario que pudiera llegarse a un acuerdo con el principal partido de la oposición, el Partido Popular.

El 29 de noviembre de 2022 el Gobierno nombra a los dos magistrados que le corresponde, Juan Carlos Campo, exministro de justicia y Laura Díez, sin esperar a que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) hubiera nombrado a los dos magistrados que le correspondían.

El 27 de diciembre de 2022 se rompe el bloqueo, y el Pleno del CGPJ nombra a los dos magistrados del TC que le correspondían: Cesar Tolosa, de corte conservador, y María Luisa Segoviano, magistrada progresista.

Esta situación implicaba un giro en la composición del TC, que pasaba de tener una mayoría conservadora (7-5) a una progresista (7-4 por la vacante de un magistrado conservador que se encuentra de baja). En el fondo, el que debería ser órgano supremo del poder judicial en la interpretación de la Constitución

y sus derechos acaba convirtiéndose en una especie de tercera cámara parlamentaria, en la que coexisten una mayoría y una minoría articuladas en clave de política partidista. Actualmente, y tras la elección de Cándido Conde-Pumpido como presidente por mayoría de 6-5 votos, el TC cuenta con mayoría progresista, lo que sin duda ha influido, de manera determinante, en el texto de la STC 44/2023 que reconoce el aborto como un derecho de la mujer.

5. Estudio comparado de la jurisprudencia norteamericana y española sobre aborto

A la hora de abordar el estudio comparativo de las decisiones judiciales de *Dobbs* y del TC español, vamos a seguir un criterio que consiste en mostrar las coincidencias y las diferencias entre ambos textos jurisprudenciales. A tal efecto, no puede dejar de tenerse presente ni los precedentes de *Roe* y *Casey*, ni la STC 53/1985.

1. La sentencia 53/1985, en su FJ 9 señala que existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley sería totalmente inadecuado, pues no puede exigirse su cumplimiento cuando la conducta representa una «carga insoportable». Esta idea parece que se asemeja al concepto de «carga indebida» defendido por *Casey* para justificar el aborto como derecho. El problema derivado de ambos conceptos es el que anteriormente se ha mencionado: su subjetividad, ambigüedad y arbitrariedad, lo que incide sobre la idea de seguridad jurídica que debe promover todo derecho.
2. Mientras que la reforma del Código Penal, que da pie al recurso de inconstitucionalidad que resuelve la sentencia 53/1985, aduce la salvaguarda de la vida de la madre, como una de las causas que pueden justificar la práctica del aborto, en el sistema de trimestres establecido por *Roe* se permite la intervención del Estado para llevar a cabo el aborto en el supuesto de salvar la vida de la madre. Este es un criterio presente en la gran mayoría de legislaciones reguladoras del aborto, ya que, en este caso no se produce el choque entre el derecho a la vida del feto y el derecho a la libertad de la gestante, sino la confrontación entre dos vidas: la del feto y la de la madre.
3. *Dobbs* denuncia la inexistencia de un derecho constitucional al aborto, ya que ni aparece tal derecho en el texto consitucional de forma explícita, ni puede derivarse de la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda, sino que fundamentar su existencia en el derecho a la intimidad, como hace *Roe*, o en el derecho a la autonomía y libertad de la mujer, como hace *Casey*, es forzar la ley para que diga lo que el Tribunal quiere que diga, máxime cuando la realidad del aborto cuando se

declaró como derecho constitucional carecía de precedentes históricos en Estados Unidos.

La misma crítica que *Dobbs* realiza a *Roe* y *Casey* puede hacerse extensible a la reciente sentencia del TC, ya que fuerza la implantación de un sistema de plazos, las primeras 14 semanas del embarazo, en base a reconocer a la mujer embarazada el ámbito razonable de autodeterminación que requiere la efectividad de su derecho fundamental a la integridad física y moral, en conexión con su derecho a la dignidad y libre desarrollo de su personalidad. La idea de dignidad asociada a la práctica del aborto, y la autodeterminación de la mujer, derivada de su derecho fundamental a la integridad física y moral son argumentos que no sólo obvian la vida del embrión, sino que como en *Roe* llevan al Tribunal a decir lo que le interesa que la ley diga, pero sin que pueda fundamentarse en argumentos jurídicos y médicos sólidos. ¿Por qué 14 semanas? ¿Desde cuándo comienza a contarse ese plazo? ¿Se ha sido del todo honesto, a la hora de fijar este sistema con lo que la ciencia, especialmente la embriología, afirma al respecto? Arbitrariedad, olvido del *nasciturus*, ausencia de criterios científicos y contorsión del derecho son argumentos más que suficientes para poner en duda los fundamentos jurídicos del Constitucional.

El tribunal español, actuando de modo similar a *Roe*, se arroga un poder constituyente que no tiene para dar a luz derechos constitucionales implícitos, que no resultaban evidentes hasta el momento, como es el caso del derecho a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo que reconoce a la mujer un ámbito de libertad que el legislativo debe respetar. Esto ha llevado a la magistrada Concepción Espejel a definir el aborto como un pseudoderecho fundamental *ex novo*⁶³, al no aparecer recogido explícitamente en la Constitución como tal, y al ser creado no por el poder constituyente, sino por el TC. Además, esta construcción artificial del derecho al aborto cierra la puerta de antemano a cualquier otra opción legislativa que pueda establecerse sobre la materia.

4. Mientras *Roe* se decanta por regular el aborto como derecho en función de un sistema de plazos trimestral, la STC 53/1985 opta por el conocido como «sistema de indicaciones», es decir, sólo se permite el aborto como una excepción para aquellos casos que aparecen recogidos en la ley: cuando fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, en caso de que fuera consecuencia de un delito de violación, o cuando se prevea que el feto vaya a nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practicara dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. La diferencia estriba en

⁶³ ESPEJEL, C., Voto discrepante a la STC 44/2023.

que mientras en el «sistema de plazos» se confirma la libertad de la gestante para llevar a cabo la práctica del aborto, sin necesidad de alegar causa alguna, por lo que acaba adquiriendo la consideración de derecho, en el «sistema de indicaciones» la práctica del aborto no es un derecho, sino una situación excepcional que lo despenaliza cuando se dan las circunstancias concretas prescritas por la ley.

El proceso seguido en la jurisprudencia de ambos países es inverso: *Roe* (1973) fija el sistema de plazos para el aborto, mientras que la STC 53/1983 establece por aquel entonces el sistema de indicaciones. En la STC 53/1985, *Dobbs* (2022) suprime el sistema de plazos, al anular *Roe*, mientras que la STC 44/2023 opta por instituir el sistema de plazos para justificar el aborto como derecho fundamentado en la autodeterminación que la Constitución reconoce a la mujer, y que deriva, a su vez, de su derecho fundamental a la integridad física y moral.

5. Frente al sólido fundamento del *stare decisis* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, aunque la sentencia *Dobbs* no lo considera un principio absoluto que no pueda decaer ante la endeblez o error jurídico de los argumentos que han fundamentado una decisión, en la sentencia 44/2023 se recoge la necesidad de no perder de vista la necesaria adaptación de la legislación a la evolución de la sociedad española y al Derecho comparado. Si se avala el cambio de legislación en función del devenir de la sociedad en ámbitos como el aborto, que puede haber sido fruto de una progresiva ideologización, y si se opta por seguir los criterios del Derecho comparado, más allá de que puedan responder o no a criterios jurídicos objetivos, se está abriendo la puerta a la libre variación del TC a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de los asuntos que se le puedan presentar, por lo que la fuerza del precedente judicial y la jurisprudencia pierden toda su virtualidad.
6. A diferencia de *Dobbs*, que declara la inexistencia del aborto como derecho constitucional, pero no entra sobre el fondo de la cuestión, esto es, sobre el estatuto jurídico del embrión, sino que se limita a delegar la regulación de la materia a cada uno de los Estados, el TC español sí que abiertamente se inclina por la desprotección del *nasciturus*, al considerar que el no nacido no encarna un valor fundamental, el de la vida humana, y que, por tanto, no es titular del derecho a la vida, bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución Española. Este argumento implica la configuración del aborto como un derecho de la mujer, incluidas las menores de 16 o 17 años que pueden abortar sin necesidad de permiso paterno, a la vez que viola el derecho al consentimiento informado de todo paciente, al impedir que la gestante pueda recibir cualquier tipo de información relacionada con el embrión, o con las posibilidades que puede tener más allá de poner fin a la vida del feto.

7. Cuando el TC sostiene que «el sistema de plazos garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal, ya que existe una limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en función del avance de la gestación y el desarrollo fisiológico-vital del feto»⁶⁴, ¿no recuerda al argumento esgrimido por *Roe* para la defensa del aborto como derecho? Un argumento que, como hemos analizado anteriormente, *Dobbs* se encargó de desmontar.
8. A diferencia de *Dobbs*, y siguiendo los criterios que hace 50 años esgrimió *Roe*, la STC 44/2023 prioriza el derecho a la autodeterminación de la mujer sobre la vida del feto. Tratándose de una opción jurídica de tal trascendencia deberían justificarse, de una manera más fundamentada, las razones por las que la libertad o dignidad de la mujer exigen el sacrificio de la vida del *nasciturus*. Como la STC 53/1985 reconoce, la vida humana «es un devenir... que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte», de manera que la gestación genera «un *tertium* distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta». Desde esta perspectiva, la protección de la vida no sólo debería limitarse al momento de la viabilidad del feto, ni siquiera después de las 14 semanas de embarazo, sino desde el mismo momento de la concepción, que es cuando el embrión es más vulnerable.

Lo que acontece es un cambio de paradigma en la jurisprudencia del TC en los 40 años que transcurren entre las dos grandes sentencias que han abordado el tema del aborto, ya que el concepto de dignidad del *nasciturus* de la STC 53/1985 se transfiere a la gestante en la STC 44/2023, mientras que la vida como derecho del embrión reconocida por la sentencia de 1983 cede frente al derecho a la autodeterminación de la mujer de la decisión de 2023. La nueva configuración jurídica de la sociedad parece que ya no parte del derecho a la vida como *príus* lógico y ontológico para la existencia de los demás derechos, sino del derecho a la libertad individual, como ponen de manifiesto realidades como el aborto o la eutanasia. Frente a ello cabe sostener que «la vida del concebido encierra un valor intrínseco, sustantivizado e individualizado por tratarse no solo de vida, sino de vida humana en fase de gestación. Por ello, no cabe, en rigor conceptual, afirmar un derecho subjetivo, referido a la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo objeto es la destrucción de un bien jurídico como es la vida humana en formación»⁶⁵.

Por otro lado, la STC 44/2023 lleva a cabo una especie de juego de artificios: dignidad-autodeterminación-integridad física y moral, se relacionan entre sí para hacerse derivar las unas de las otras, sin que del texto

⁶⁴ STC 44/2023, FJ4.

⁶⁵ ESPEJEL, C., Voto discrepante a la STC 44/2023.

de la Constitución puede extraerse esa conclusión. Una vez más, el TC se convierte en constituyente más que en intérprete de la Norma Suprema, manipulándola para que diga lo que le interesa con el fin de justificar su posicionamiento ideologizado en torno al aborto.

No sólo eso, sino que el TC recurre a la falacia al afirmar en el texto de la sentencia que «el Estado no renuncia a proteger la vida prenatal durante las catorce primeras semanas» o que «el diseño legal de una tutela gradual de la vida prenatal, correlativa a una limitación gradual de los derechos fundamentales de la mujer —examinada con detalle en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia— resulta plenamente ajustado a la Constitución». ¿Cómo puede afirmar el órgano constitucional su voluntad por proteger la vida prenatal, cuando realmente está proclamando el aborto libre en las primeras 14 semanas de embarazo? ¿Cómo se puede justificar, sin argumentación jurídica alguna, la limitación progresiva de los derechos de la mujer, y la tutela gradual de la vida prenatal, estableciendo un sistema de plazos que se proclama constitucional, cuando ni la Constitución, ni el precedente válido de la STC 53/1985 dicen nada al respecto? La falacia, que consiste en ofrecer un razonamiento como válido, pero vulnerando alguna regla lógica, estriba en afirmar la defensa de la vida prenatal, pero sosteniendo la preponderancia absoluta de los derechos de la mujer. No se pueden validar las dos premisas al unísono. Por lo que realmente apuesta el texto de la sentencia es por una legitimación y prioridad de un pseudoderecho fundamental, como la autodeterminación de la gestante, frente al derecho a la vida del embrión.

6. Conclusiones

El camino seguido por la jurisprudencia de Estados Unidos y la española es totalmente divergente. Mientras que *Dobbs* suprime el aborto como derecho constitucional, tal y como había sido concebido por *Roe*, el TC español recorre un camino contrario. La sentencia 53/1985 podría asimilarse a *Dobbs*, en el sentido de no reconocer el aborto como derecho, mientras que la sentencia 44/2023 se asemejaría a *Roe*, al introducir un sistema de plazos que justifica con argumentos similares a los del Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1973. Mientras que en este país puede decirse que ha habido una evolución positiva en favor de la vida, en España se ha llevado a cabo un proceso de involución, desde la defensa de la vida del embrión en 1985 hasta su más pleno olvido en 2023. ¿Cómo justificar un cambio así cuando el artículo 15 de la Constitución no ha sufrido variación alguna? La respuesta a esta pregunta sólo puede ofrecerse si se parte de un evolutivo proceso de ideologización en la concepción de la vida, que se aparta en todo momento de la idea que los padres de la Constitución tenían cuando incluyeron en ella la vida como un derecho fundamental.

Donde la Constitución dice que «todos tienen derecho a la vida», el TC interpreta que «la mujer tiene derecho a abortar libremente».

El voto discrepante de la magistrada Concepción Espejel viene a reafirmar esta idea cuando sostiene que «la sentencia no se ciñe a una interpretación estrictamente jurídica, dando entrada a un planteamiento ideológico tendente a crear un inexistente derecho fundamental de la mujer al aborto que, además de dejar desprotegida la vida humana en formación, desborda los límites de enjuiciamiento del TC y acaba imponiendo como único modelo constitucional posible el de la LO 2/2010, cerrando el paso a cualquier otra opción legislativa»⁶⁶.

El TC cae en el mismo error que *Dobbs* denunció en relación a *Roe*: atribuirse un poder que no le corresponde, cual es asumir el papel de legislador, llevando a cabo una lectura evolutiva y cambiante de la Constitución, en lugar de una posición de intérprete objetivo de la misma.

Más allá de todo ello, lo que en este capítulo se ha pretendido demostrar es, por un lado, la influencia política en el orden judicial, lo que no sólo pone en entredicho su independencia a la hora de decidir sobre temas con una gran carga moral, como el aborto, sino que permite concluir que se está supeditando la interpretación constitucional a factores no técnicos, sino al desequilibrio de poderes por parte del ejecutivo. Desde esta realidad, por tanto, no sólo estaríamos asistiendo a una «juristocracia», en el sentido de que los magistrados del TC suman a su labor de intérpretes de la Constitución el poder de establecer nuevos derechos supuestamente derivados de ella, sino que, a su vez, se estaría dando paso en la justicia española a un sectarismo ideologizado.

Por otro lado, como la jurisprudencia norteamericana y la española están siguiendo caminos opuestos surge rápidamente una cuestión: ¿con qué nos quedamos? La inseguridad jurídica que el derecho positivo y la jurisprudencia ofrecen en relación a un tema tan importante como el derecho a la vida, quizás abre las puertas a la necesidad de recurrir al Derecho natural para ofrecer una respuesta de carácter más universalista, sin que por ello tengan que obviarse los problemas que la mujer embarazada debe afrontar, y a los que la sociedad y los Estados deben ofrecer alternativas sólidas y viables. Solo desde una correcta visión de los derechos como derechos humanos, esto es, como realidades preexistentes a toda comunidad política, se puede construir un derecho a la vida despolitizado y garantizado para todos, incluso para el embrión desde su concepción en el seno materno.

⁶⁶ ESPEJEL, C., Voto discrepante a la STC 44/2023.

7. Referencias bibliográficas

- ANNAS, G., «The Supreme Court and Abortion Rights», *The New England Journal of Medicine*, 356(21), 2007.
- BECK, R., «Fueling Controversy», *Marquette Law Review*, 95(2), 2011.
- BROOKS, D., «Roe's Birth, and Death», *New York Times*, 2005. Disponible en <https://nyti.ms/3rFKXQi>. Fecha de consulta, 8 de julio de 2023.
- COLLETT, T., «Judicial Modesty and Abortion», *South Carolina Law Review*, 59(4), 2008.
- CONNERY, J., «The Ancients and the Medievals on Abortion: The Consensus the Court Ignored», en HORAN, D., GRANT, E. y CUNNINGHAM, P., *Abortion and the Constitution: reversing Roe v. Wade through the courts*. Georgetown University Press, Washington D.C., 1987.
- CORWIN, E. S., *La Constitución norteamericana y su significado actual*. Editorial Kraft, Buenos Aires, 1942.
- CQ ALMANAC (sitio web), *House Passes 20-Week Abortion Ban*. Disponible en <https://bit.ly/3KR3ocb>. Fecha de consulta, 6 de julio de 2023.
- DOMINGO, P., *Rule of law, politics and development: the politics of rule of law reform*. London, United Kingdom: Overseas Development Institute, 2016. Disponible en <https://bit.ly/3rHH39b>. Fecha de consulta, 6 de julio de 2023.
- DUCKWORTH, E. «Raising Our Standards: Rethinking the Supreme Court's Abortion Jurisprudence», *Missouri Law Review*, 81(2), 2016.
- ESPEJEL, C., Voto discrepante a la STC 44/2023.
- FETROW, K., «Taking Abortion Rights Seriously: Toward a Holistic Undue Burden Jurisprudence», *Stanford Law Review*, 70(1), 2018.
- FINDLAW (sitio web), *Why The Dobbs v. Jackson Women's Health Organization Abortion Case Is Different*, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3rHQZ2O>. Fecha de consulta, 7 de julio de 2023.
- FORSYTHE, C., «A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*», *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 16, 2018.
- FRANK, Th., *What's the matter with Kansas: how conservatives won the heart of America*. Metropolitan Books, Nueva York, 2004.
- GREENHOUSE, L. y SIEGEL, R., «Before (and After) *Roe v. Wade*: New Questions About Backlash». *The Yale Law Journal*, 120, 2011.
- HENDERSON, Ch. y YANG, Ph., «Support for Health Insurance Coverage for Legal Abortion in the United States», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19, 2022.
- KERSCH, K., «Justice Breyer's Mandarin Liberty», *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006.
- OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Aranzadi, Navarra, 2006.
- PAZOS, J. I., «Politización de la justicia y judicialización de la política». *Tiempo Judicial*, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3GSbHC1>. Fecha de consulta, 4 de julio de 2023.
- PRESSER, S. y FORSYTHE, C., «The Tragic Failure of *Roe v. Wade*: Why Abortion Should be Returned to the States», *Texas Review of Law & Politics*, 10, 2005.
- REJMAN, E. (2020). «Czy istnieje prawo do aborcji? Analiza prawa międzynarodowego i koncepcji osoby», *Uniwersytet Wrocławski*, 2020, pp. 8-23. Disponible en <https://bit.ly/3PbUfvy>. Fecha de consulta, 7 de julio de 2023.
- SÁNCHEZ, I., «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, 23, 2012.

SUNSTEIN, C., *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Basic Books, Nueva York, 2005.

TATE, C. N. y VALLINDER, T., *The global expansion of judicial power*. University Press, Nueva York, 1995.

WALDRON, J., *Contra el gobierno de los jueces*. Siglo XXI, México, 2018.