

¿POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA? ANTECEDENTES  
Y CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA *DOBBS V.*  
*JACKSON* EN RELACIÓN AL DERECHO A LA VIDA  
Y EL ABORTO

---

JORGE SALINAS MENGUAL  
*Universidad Internacional de la Rioja*

1. INTRODUCCIÓN Y BREVE HISTORIA DEL ABORTO EN  
ESTADOS UNIDOS

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*, 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, han ido mermando la fuerza de su autoridad, y han insertado, 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.

El objetivo central de este capítulo versa sobre el estudio de las consecuencias que la sentencia del Tribunal Supremo *Dobbs v. Jackson* ha implicado. A su vez, se plantea la pregunta de si los argumentos que presenta pueden ser considerados legítimos y con la suficiente fundamentación como para romper con la tradición jurisprudencial del *stare decisis*. Finalmente, nos cuestionamos si la decisión del Tribunal ha estado influenciada por una interesada politización de la justicia en Estados Unidos.

La historia del aborto en Estados Unidos ha pasado por diferentes etapas. En un primer momento la preocupación sobre el tema vino derivada de motivos de salud pública, posteriormente serían las preocupaciones ambientales y de población las que pasaron a un primer plano para,

finalmente, tomar la iniciativa las reivindicaciones feministas, que influyeron de manera determinante en la derogación total de las leyes que penalizaban el aborto.

Si bien hasta finales del siglo XIX el aborto era legal en Estados Unidos, hasta el momento en el que una mujer podía sentir en su interior los movimientos del feto, esto es, en torno al cuarto mes de embarazo, ya 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 madre.

En 1869, 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.

Partiendo del argumento de la salud pública, que reivindicaba la igualdad de las mujeres, a fin de que las diferencias económicas no fueran la causa determinante para su acceso al aborto, y tal y como sucediera en las legislaciones de algunos países europeos, se comenzó a defender la posibilidad del aborto en casos de violación, deformidad o discapacidad del feto, y peligro para la vida y salud de la madre.

Posteriormente, a finales de la década de los 60, surgiría un movimiento ecologista en Estados Unidos que fomentó la creencia de que, si la población seguía creciendo, los recursos naturales no serían suficientes para mantener a toda la población, lo que inducía a la necesidad de un control de la natalidad, no sólo a través del uso de medios anticonceptivos, sino también mediante la promoción de la práctica del aborto.

A renglón seguido, el auge del movimiento feminista reivindicó una libertad sexual que no impidiera la igualdad de la mujer, permitiéndole el acceso a la educación superior, el trabajo, etc. 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 mujeres. Esto suponía un giro respecto de los comienzos del siglo XX, donde muchas de las primeras líderes de este movimiento feminista consideraron el aborto como un infanticidio, ya

que pensaban 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 humana, aunque se mostraran escépticas respecto a la penalización del aborto.

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 obtener.

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 cambio 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 demócratas.

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 han confirmado que no fue así.

## 2. *ROE V. WADE*: CONTEXTO, CAUSAS Y NUEVAS TEORÍAS

### 2.1. DIFICULTADES DE *ROE*

En *Roe v. Wade*, el Tribunal fundamentó el aborto en el derecho a la intimidad y en el derecho al proceso debido, derivado de la Decimocuarta Enmienda. De ese derecho a la intimidad o privacidad, que ya presenta serias dudas respecto a su vinculación constitucional en materia de aborto, se hizo derivar la idea de autonomía y libertad de la gestante a la hora de decidir si abortar, o no.

El caso *Roe* presentó una dificultad grave a la hora de establecer una jurisprudencia que pudiera mantenerse a lo largo de los años, ya que estableció un sistema de trimestres, según el cual, en el primer trimestre de embarazo la gestante podía abortar libremente, durante el segundo trimestre se podían establecer restricciones a esa práctica, mientras que en el último trimestre se prohibía el aborto, salvo para salvar la vida o la salud de la madre. La decisión de Tribunal Supremo se orientó hacia un compromiso con las pruebas y conocimientos médicos que en aquella época se tenían, con la intención de liberalizar el aborto, convirtiéndolo en un derecho constitucional de la mujer. En este sentido, la Corte Suprema terminó por convertirse más en una junta médica que en un órgano encargado de interpretar las normas e impartir justicia. De hecho, en una sentencia posterior *Planned Parenthood v. Casey* (1992), el Tribunal ya optó por desvincular el aborto del sistema trimestral que había seguido *Roe*, para sustituirlo por el criterio de la viabilidad del feto y de la carga indebida.

El sistema de trimestres adoptado por *Roe*, su recurso a las pruebas y conocimientos médicos como método de fundamentación, y una cuestionable interpretación del derecho constitucional a la intimidad aplicado al aborto, han dado lugar a propuestas frecuentes, tanto por parte del Congreso, como por parte de leyes estatales, tendentes a anular esta decisión, como al final ha sucedido con *Dobbs*. Como afirma la jueza Ginsburg, *Roe* provocó tanta división en la opinión pública y en el ámbito académico porque se aventuró demasiado en el cambio que ordenó, y presentó una justificación incompleta a su acción.

## 2.2. CONSECUENCIAS DE *ROE*

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 democrático. 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 embarazo.

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 estaba en peligro por un embarazo. 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*, de manera que pasó a convertirse en un criterio donde ciencia y derecho entraban en contradicción.

Desde una perspectiva constitucional, Sunstein ha llegado a afirmar que la decisión de *Roe* trajo consigo serias dudas sobre el uso de la Constitución, por parte del Tribunal, para resolver controversias sociales decisivas, mientras que Presser y Forsythe han sostenido que “la decisión de *Roe* fue una usurpación inconstitucional del autogobierno, sin ninguna base legítima en el debido proceso o en el derecho constitucional”.

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 jurídica. Pese a ello, los intentos del Tribunal han sido tan erróneos que han llevado a Connery 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”.

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 abortar.

Autores como Frank llegan a afirmar 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 democrático.

### 3. ANÁLISIS DE *ROE* TRAS CINCO DÉCADAS DE JURISPRUDENCIA

A lo largo de cincuenta años, los argumentos que *Roe* estableció como fundamento del aborto se han visto socavados por diversas decisiones jurisprudenciales, por nuevas normas de los Estados, y por una nueva orientación ideológica de la Corte Suprema. Estas circunstancias han servido de base para mermar la fuerza de la doctrina de la *stare decisis* que rige en Estados Unidos en materia judicial.

#### 3.1. PRINCIPALES DECISIONES DE LOS TRIBUNALES QUE FUERON RECONFIGURADO LA DOCTRINA DE *ROE*

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

Gran repercusión tuvo, también, 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 2003. 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. 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.

Otra de las limitaciones que la jurisprudencia norteamericana ha impuesto a la doctrina fijada por *Roe* es la que procede de la denominada Enmienda Hyde, según la cual los Estados que participaban en Medicaid no estaban obligados a financiar abortos, como recogió la decisión *Harris v. McRae*, 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 fecundación, sin embargo, ya se abría la puerta para que, por esta 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 Ley 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 periodo 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 pronunciara sobre tal cuestión. La opinión del Séptimo Circuito anuló la ley de Indiana por inconstitucional, en base a la jurisprudencia existente sobre el aborto, si bien, la opinión adicional emitida por el juez Thomas, señaló que

“consagrar un derecho constitucional a un aborto basado únicamente en la raza, el sexo o la discapacidad de un niño por nacer constitucionalizaría los puntos de vista del movimiento eugenésico del siglo XX”.

Junto a ello, una Ley de Ohio aprobada en 2017, 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*.

Las situaciones descritas, y otras muchas, han servido de base para ir propiciando el cambio de tendencia en la nueva jurisprudencia norteamericana en materia de aborto. Estamos de acuerdo con Forsythe cuando señala que los cambios y desarrollos jurídicos, legislativos, políticos, médicos y jurisprudenciales hicieron que Roe fuera 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.

### 3.2. JUDIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA E IDEOLOGIZACIÓN DE LA JUSTICIA. NUEVAS TENDENCIAS EN LA COMPOSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA

El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos indica que existe un Poder Judicial y que éste está 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”.

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”.

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”. La ausencia de un control judicial fuerte, y el ejercicio de la citada ‘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.

La expansión de los poderes de los jueces aumentó notablemente el ‘apetito’ de los políticos por controlar la administración de justicia, de ahí que pueda hablarse de un proceso de politización de los tribunales, que pone 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 partidistas.

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”.

Tate y Vallinder acuñaron el término ‘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 tribunales. 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 tribunales.

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, en cumplimiento de una de sus promesas electorales, nombró durante su mandato presidencial 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, sin duda, ha influido en el cambio de tendencia judicial en materia de aborto.

#### 4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO *DOBBS V. JACKSON*

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 representantes para legislar sobre esta materia, evitando el secuestro legislativo que la decisión sobre *Roe* ha 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 basan principalmente: la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. *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, 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.

La primera cuestión que aborda la sentencia es si la referencia que *Roe* lleva a cabo de la libertad, relacionándola con la Decimocuarta

Enmienda, protege un derecho concreto. Dado que la Constitución no hace referencia alguna al derecho al aborto, 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* defendió que el aborto formaba parte de la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, pero sin demostrar que de ello pudiera derivarse un reconocimiento constitucional del aborto como derecho.

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 el texto de la decisión 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.

Además, 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.

En resumen, lo que la sentencia pretende justificar es que un derecho que no aparece reconocido explícitamente en la Constitución, como es el aborto, que se fundamenta en la libertad, para que pueda formar parte de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda debe contar con una historia y tradición en la normativa de la nación arraigada en el tiempo, cosa que no ocurre con el aborto.

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* era 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.

Frente a ello, los grupos pro-vida defienden que 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; los Estados han adoptado cada vez más leyes de “refugio seguro”, que generalmente permiten a las mujeres dejar a sus bebés de forma anónima; que una mujer que da en adopción a su recién nacido hoy en día tiene pocas razones para temer que el bebé no encuentre un hogar adecuado. Además, el desarrollo de la medicina ha propiciado la apreciación de la vida fetal, hasta el punto de que cuando los futuros padres que quieren tener un hijo ven una ecografía, no suelen tener ninguna duda de que lo que ven es su hija o hijo.

Si bien tanto los defensores del aborto, como los defensores de la vida del feto pueden presentar argumentos a favor de sus posiciones, sin embargo, lo que el Tribunal no ha conseguido demostrar es su autoridad para que deban mantenerse sus argumentos, en relación a la legislación que debe aprobarse en los Estados respecto a la regulación legal del aborto, por lo que debería devolverse esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos.

## 5. CONCLUSIONES

Desde que, en 1973, la Corte Suprema de Estados Unidos se pronunciara sobre el tema del aborto, en la decisión *Roe v. Wade*, muchas han sido las cuestiones que se han planteado al respecto. En este trabajo hemos tratado de abordar, a modo de referente contextual, las circunstancias y consecuencias que rodearon esa resolución del Tribunal. La jurisprudencia sentada por la Corte en esta decisión ha conducido a cinco décadas de lucha judicial por defender el *stare decisis* de una doctrina que nació

equivocada en sus fundamentos principales: el derecho a la intimidad y el derecho al proceso debido derivado de la Decimocuarta Enmienda.

Como hemos podido analizar, los cimientos sobre los que se ha fundamentado *Roe* se han resquebrajado. Tres aspectos han posibilitado este desenlace. En primer lugar, todas las leyes que, a nivel estatal, han ido perfilando contenidos normativos que perseguían la protección de la potencialidad de la vida humana, la salud física y psíquica de la madre, y la integridad de la profesión médica, que está orientada a la protección de la vida, y no a su destrucción, no sólo han ejercido una presión para un cambio de normativa, sino que han abierto nuevas vías de reflexión y de orientación en materia de aborto, hasta el punto de culminar con la anulación de *Roe*.

En segundo lugar, a lo largo de cincuenta años desde que la Corte Suprema decidió sobre el caso *Roe*, se han ido estableciendo restricciones a su doctrina originaria. La limitación del sistema de trimestres fijado a partir de *Casey*; la intervención de los padres en la decisión de abortar de sus hijas menores en diversas resoluciones de la Corte; la prohibición de abortos por nacimiento parcial de *Gonzales*; la necesidad de favorecer el consentimiento informado de la gestante a través de la comunicación de los datos de su embarazo, como escuchar el sonido del corazón del feto o tener acceso a imágenes del mismo a través de ecografías; la Enmienda *Hyde*, que impedía la financiación de los abortos con el dinero público; las limitaciones en el tiempo de la aplicación de prácticas abortivas, tomando como referente la capacidad de sentir dolor por parte del feto; la prohibición de abortos que tuvieran como causa una mentalidad eugenésica, en función de la cual se podía abortar en función de la raza, el sexo o la discapacidad del feto, son algunos de los ejemplos que se han estudiado, y que han ido introduciendo modificaciones que han minado los estrictos planteamientos de *Roe* sobre el aborto, hasta culminar con su anulación.

En tercer lugar, la nueva composición de la Corte Suprema, con una mayoría de 6-3 de jueces conservadores frente a liberales, y teniendo en cuenta la realidad de una justicia como la norteamericana, bastante ideologizada y politizada, ha abierto la posibilidad de una nueva tendencia

jurisprudencial que ha acabado con la primacía que *Roe* ha mantenido a lo largo de cinco décadas sobre el aborto.

El argumento que *Casey* sostuvo para justificar el mantenimiento de la doctrina de *Roe* sobre el aborto, en virtud del cual era necesario mantener la doctrina del *stare decisis* para sostener el Estado de Derecho, ya que la pérdida de la autoridad de los tribunales en la resolución de casos importantes llevaría al pueblo a una situación de incertidumbre, ha sido revertido por *Dobbs*, confiriéndole un sentido totalmente distinto. Lo que sostiene el Estado de Derecho no es el mantenimiento de la doctrina del *stare decisis* contra cualquier circunstancia, sino el hecho de que cada uno de los poderes de la nación asuma las competencias que tiene atribuidas.

En el tema del aborto no fue así, sino que el Supremo se arrogó la regulación de una materia que no le correspondía, regulándola desde una perspectiva legislativa, y no judicial, y secuestrando durante cincuenta años la capacidad del pueblo y de sus representantes de legislar sobre esa realidad. La pervivencia del Estado de Derecho no se basa en un poder judicial omnipotente, sino en que, en materias de importancia social fundamental, como es el aborto, el pueblo y sus representantes puedan legislar según sus criterios, y esta es la línea de pensamiento que ha sostenido *Dobbs* en todo momento, aduciendo, para ello, los tres criterios que deben fundamentar toda decisión, y que no se dieron ni en *Roe*, ni en *Casey*: texto, historia y precedentes.

En *Dobbs*, la Corte Suprema no ha buscado dirimir si el aborto está bien o está mal, ni siquiera si se debe permitir o no, sino que lo que ha tratado es de argumentar jurídicamente si el aborto puede ser considerado como un derecho reconocido constitucionalmente, para lo que ha adoptado una posición de neutralidad, obviando el ámbito moral del tema, para centrarse en una argumentación puramente normativa, en virtud de la cual determina que el aborto no puede considerarse como una realidad positiva emanada del texto constitucional.

Es por ello, por lo que la decisión del Tribunal en *Dobbs* se puede calificar de lógica, neutral, jurídica y plenamente democrática. Lógica porque desarrolla una argumentación coherente y racional; neutral, porque

aborda el tema del aborto no desde una perspectiva moral, sino puramente normativa; jurídica, porque se centra exclusivamente en demostrar que el aborto no puede ser considerado como un derecho, ya que ni aparece reconocido como tal por la Constitución, ni puede derivarse su práctica de precepto constitucional alguno, ni puede deducirse de la tradición normativa en Estados Unidos, ni se puede alegar la doctrina de la *stare decisis* como argumento para justificar su pervivencia, a través de la continuidad de *Roe* y *Casey*; democrática, porque defiende la consolidación del estado de derecho, al delimitar la competencia del poder judicial y legislativo a los ámbitos que respectivamente les corresponden.

La finalidad perseguida por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia ha sido configurar el aborto, no como una temática “secuestrada” por la orientación ideológica de los jueces, e impuesta como doctrina única en todo el país, sino entenderlo como una cuestión sometida al juicio de las leyes democráticas de cada Estado. Lejos de concebir el aborto como un objetivo político que busca desesperadamente una justificación constitucional, la decisión objeto de estudio ha retomado un nuevo camino en la sociedad americana en esta materia, un camino abierto al diálogo y a la voluntad del pueblo y sus representantes. Esta nueva etapa que se inicia en Estados Unidos solo el tiempo permitirá juzgarla, pero de lo que no cabe duda es de que, la defensa de los valores democráticos y del Estado de Derecho, son aspectos fundamentales por los que merece la pena apostar.

## 6. REFERENCIAS

- Annas, G. (2007). The Supreme Court and Abortion Rights. *The New England Journal of Medicine*, 356(21), 2201-2207.
- Beck, R. (2011). Fueling Controversy. *Marquette Law Review*, 95(2), 735-750.
- Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 18-483, 587 U. S., 139 S. Ct. 1780 (2019).
- Collett, T. (2008). Judicial Modesty and Abortion. *South Carolina Law Review*, 59(4), 701-733.
- Connery, J. The Ancients and the Medievals on Abortion: The Consensus the Court Ignored, en H. Denis, G. Edward y C. Paige (1987): "Abortion and the Constitution: reversing Roe v. Wade through the courts". Georgetown University Press.
- Corwin, E. S. (1942). *La Constitución norteamericana y su significado actual*. Editorial Kraft.
- CQ Almanac (sitio web), House Passes 20-Week Abortion Ban. Disponible en <https://bit.ly/3KR3ocb>.
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U. S. (2022).
- Domingo, P. (2016). *Rule of law, politics and development: the politics of rule of law reform*. London, United Kingdom: Overseas Development Institute. Disponible en <https://bit.ly/3rHH39b>.
- Forsythe, C. (2018). A Draft Opinion Overruling Roe v. Wade. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 16, 445-493.
- Frank, Th. (2004): *What's the matter with Kansas: how conservatives won the heart of America*. Metropolitan Books.
- Ginsburg, R. B. (1985). Some thoughts on autonomy and equality in relation to Roe v. Wade. *North Carolina Law Review*, 63, 375-386.
- Gonzales v. Carhart, 550 U. S. (2007).
- Greenhouse, L. y Siegel, R. (2011). Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash. *The Yale Law Journal*, 120, 2028-2087.
- Harris v. McRae, 448 U. S. (1980).
- Henderson, Ch. y Yang, P. (2022). Support for Health Insurance Coverage for Legal Abortion in the United States. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19(1), 1-13.
- Indiana House Bill 1337 (2016).
- Ohio H.B. 214 (2017-2018).

- Pazos, J. I. (2021). Politización de la justicia y judicialización de la política. *Tiempo Judicial*. Disponible en <https://bit.ly/3GSbHC1>.
- Planned Parenthood v. Casey, 505 U. S. (1992).
- Presser, S. y Forsythe, C. (2005). The Tragic Failure of Roe v. Wade: Why Abortion Should be Returned to the States. *Texas Review of Law & Politics*, 10, 85-170.
- Preterm-Cleveland v. McCloud, 18-3329 (6th Cir. 2021).
- Roe v. Wade, 410 U. S. (1973)
- Sunstein, C. (2005). *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Nueva York Basic Books.
- Tate, C. N. y Vallinder, T. (1995). *The global expansion of judicial power*. New York University Press.
- U.S. Constitution (1789). Disponible en <https://bit.ly/3L7vijZ>.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Siglo XXI.