

# **DOBBS V. JACKSON, UN AÑO DESPUÉS. ABORTO Y FACTOR RELIGIOSO EN LOS ESTADOS UNIDOS**

Por

RAFAEL PALOMINO LOZANO<sup>1</sup>

Sumario: 1. Introducción. 2. Un ciclo judicial favorable al aborto: de *Roe* a *Casey*. 2.1. *Roe*. Sobre “las penumbras y emanaciones” de derechos constitucionales. 2.1.1. Factores jurídicos. 2.1.2. Contexto social. 2.1.3. La decisión *Roe*: “mal derecho constitucional”. 2.2. *Casey*. La libertad no encuentra refugio en una jurisprudencia dubitativa. 3. *Dobbs*: la ‘descentralización’ del aborto. 3.1. Un vuelco en la composición del Tribunal Supremo. 3.2. Antecedentes de la sentencia *Dobbs*. 3.3. La filtración del borrador de la sentencia. 3.4. El contenido de la sentencia *Dobbs*. 3.4.1. ¿Existe en la Constitución americana un derecho al aborto? 3.4.2. ¿Debe permanecer *Roe* conforme a la doctrina del precedente? 3.4.3. El nuevo criterio de revisión de las restricciones al aborto. 3.5. Algunas reflexiones en un nuevo marco estratégico sobre el aborto. 4. Aborto y factor religioso en Estados Unidos. 4.1. ¿Teocracia en el Tribunal Supremo? 4.2. El lenguaje de las sentencias examinadas. 4.3. El papel de las confesiones religiosas en el aborto. 4.4. Aborto y libertad religiosa. 4.4.1. Algún apunte sobre la protección de la libertad religiosa en Estados Unidos. 4.4.2. El aborto como expresión del ejercicio de la libertad religiosa. 4.5. Desobediencia a las leyes restrictivas del aborto. 5. A modo de conclusión.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Ha transcurrido algo más de un año desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictara la sentencia *Dobbs v. Jackson* sobre el aborto. Con ella parece cerrarse un ciclo judicial que se inició cincuenta años atrás en la sentencia *Roe v. Wade*; a primera vista pudiera parecer que el aborto ha dejado de ser un derecho y que, por tanto, ha pasado a ser un delito. La realidad es un poco más compleja. Y el debate sobre el aborto también.

De entrada, el debate entre partidarios y contrarios al aborto en Estados Unidos recuerda en el algo el fútbol americano, ese deporte que para los europeos es como el rugby y que parece reducirse a fuerza bruta, pero que tiene mucho de táctica. Cada uno de los equipos que se enfrentan en un partido de fútbol americano tiene 11 jugadores defensivos y 11 ofensivos. Dependiendo del papel que en cada uno de los tiempos del partido corresponde jugar al equipo, intervienen los jugadores de defensa o los de ataque. Pues bien: podríamos decir que hasta la

---

<sup>1</sup> La investigación desarrollada con motivo de este artículo se enmarca en los trabajos del proyecto I+D+i PID2020-114400GB-I00, financiado MCIN/AEI/10.13039/501100011033/, del que es investigadora principal la Prof. Dra. Francisca Pérez-Madrid (Universidad de Barcelona).

llegada de *Roe* los partidarios del aborto se sirvieron de jugadores atacantes y los contrarios al aborto de jugadores de defensa. Y tras *Roe* se invirtieron los papeles: los provida al ataque, los abortistas en la defensa. Tras *Dobbs* se vuelven a invertir los roles de juego. Pero el debate (el partido, si se me permite la expresión) continúa.

No se llega a *Roe* o a *Dobbs* desde la nada: para entender las sentencias es preciso situarlas en su contexto. Este artículo pretende aportar algunos datos que ayuden a entender su complejidad, saliendo al paso de fáciles simplificaciones. Y para ello se estudiarán los antecedentes, contexto e implicaciones de las sentencias *Roe* y *Dobbs*, junto con una imprescindible referencia a la decisión *Casey*.

Además, parece común entender que el pretendido ciclo que comienza con *Roe* y termina con *Dobbs* estaría marcado por las creencias de los norteamericanos. Es decir: *Roe* sería fruto de una visión liberal-secularista de la sociedad, mientras que *Dobbs* significaría el triunfo de la visión conservadora coaligada con los grupos religiosos moralmente más integristas. Este artículo intenta valorar, a partir de diversos datos, qué hay de cierto en esa común opinión.

## **2. UN CICLO JUDICIAL FAVORABLE AL ABORTO: DE ROE A CASEY**

### **2.1. *Roe*. Sobre “las penumbras y emanaciones” de derechos constitucionales**

De la sentencia *Roe v. Wade* se suele decir que constituyó una sorpresa, tanto para los defensores del aborto como para sus detractores.<sup>2</sup>

Ciertamente, los primeros querían legalizar la práctica del aborto, pero la sentencia *Roe* fue más allá de eso, declarando un derecho constitucional al aborto. Con ello, el aborto se sitúa como un bien jurídico protegido, frente al cual otros bienes jurídicos son tenidos en consideración solo como elementos que pueden en determinadas circunstancias justificar restricciones al ejercicio del derecho. Es el planteamiento contrario, históricamente, al que se siguió en la legalización del aborto en la Europa continental, donde el bien jurídico protegido inicialmente está en el derecho a la vida del feto, respecto del cual el aborto representa —en supuestos específicos como el incesto, la violación, el peligro para la vida de la gestante, etc.— la justificación de la restricción del derecho a la vida.<sup>3</sup>

Y los detractores del aborto tampoco esperaban un resultado así: hasta aquel momento, la tendencia general había sido la prohibición del aborto mediante leyes estatales que contenían algunas excepciones a la conducta delictiva, normalmente violación, incesto o peligro para la vida de la gestante. Se podría haber alcanzado una sentencia de corte salomónico en la que, a partir del criterio común sentado en las legislaciones estatales mayoritarias, se hubiera seguido

---

<sup>2</sup> R. NOSSIFF, *Before Roe: abortion policy in the states*, Temple University Press, Philadelphia, 2001, p. 145.

<sup>3</sup> M. A. GLENDON, *Abortion and divorce in Western law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1987, pp. 10-62.

el criterio variable establecido por los tribunales federales en los últimos años de la década de los sesenta, como consecuencia del cambio de estrategia abortista, que deja de presionar sobre legislaciones permisivas para acudir a los tribunales contra las leyes restrictivas del aborto. Así, justo antes de *Roe*, 5 sentencias federales apoyaron las leyes estatales; otras 5 sentencias de tribunales estatales rechazaron las leyes sobre aborto y 16 tribunales estatales dieron por buenas las leyes estatales de aborto.<sup>4</sup>

### 2.1.1. Factores jurídicos

Para el propósito de este artículo, no resultaría práctico desplegar el estudio del aborto en el *Common law* inglés partiendo de la influencia que pudo ejercer el *Ius commune* romano-canónico.<sup>5</sup> Tampoco resulta imprescindible, a mi parecer, un recorrido pormenorizado por la criminalización o despenalización del aborto en el derecho de las Colonias o en el derecho de la Unión.<sup>6</sup> Valga como punto de partida la afirmación general de que los antecedentes inmediatos de *Roe*, a grandes líneas, vienen constituidos por dos fuerzas antagónicas. Por un lado, la llamada “cruzada de los médicos” americanos contra el aborto desde mediados del siglo XIX, cuyo resultado se plasma en legislaciones penales de diverso tipo (algunas específicas, otras de modificación de normas estatales) restrictivas del aborto, salvo en el caso de peligro para la vida de la gestante. Por otro lado, en el siglo XX comienza un movimiento para la liberalización del aborto. *Planned Parenthood*, inicialmente no-abortista<sup>7</sup>, se decanta por el aborto terapéutico a partir de 1957. De la mano de la “segunda ola” el feminismo,<sup>8</sup> un sinnúmero de grupos feministas a muy distintos niveles para lograr un extenso cambio legislativo estatal en lo que al aborto se refiere.<sup>9</sup> *Planned Parenthood* consiguió del *American Law Institute* un modelo de legislación penal en materia de aborto, conforme a la cual queda justificado que un médico colegiado interrumpa un embarazo si considera que existe un riesgo sustancial de que la continuación del embarazo perjudique gravemente la salud física o mental de la madre o de que el niño nazca con un defecto físico o mental grave, o si el embarazo es el resultado de una violación, incesto u otra relación sexual delictiva. Entre 1966 y 1972, trece estados promulgaron leyes sobre el aborto

---

<sup>4</sup> C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion: the inside story of Roe v. Wade*, Encounter Books, New York, 2012, p. 78.

<sup>5</sup> W. P. MÜLLER, *The criminalization of abortion in the West: its origins in medieval law*, Cornell University Press, Ithaca, 2012.

<sup>6</sup> J. W. DELLAPENNA, *Dispelling the myths of abortion history*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2005; J. C. MOHR, *Abortion in America: the Origins and Evolution of National Policy*, Oxford University Press, New York, 1979; R. NOSSIFF, *Before Roe*, cit.

<sup>7</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, Free Press, New York, 1979, p. 76; M. ZIEGLER, *Abortion and the law in America: Roe v. Wade to the present*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2020, p. 18.

<sup>8</sup> G. SOLÉ ROMEO, *Historia del feminismo (siglos XIX y XX)*, Eunsa, Pamplona, 2011, pp. 57-89.

<sup>9</sup> R. NOSSIFF, *Before Roe*, cit.

siguiendo el modelo del *American Law Institute*; treinta estados prohibían el aborto en todo el periodo de embarazo. Aunque las leyes variaban, todas permitían el aborto terapéutico en determinadas circunstancias. Prácticamente hasta finales de los sesenta, el movimiento pro-aborto se concentra en la vía legislativa es lo que ocurre en el año 1967, pero parece que los activistas no quedaron contentos con los resultados obtenidos, quizá demasiado lentos y laboriosos, de forma que cambian su objetivo y se dirigen a los tribunales, siendo entonces *Roe* de alguna forma la culminación de esta batalla judicial, en la que figuran hasta veinte casos judiciales en apenas 3 años.<sup>10</sup>

La sentencia *Roe* se entiende parcialmente desde dos parámetros jurídicos.

El primero de ellos es el incrementalismo judicial, entendiendo por tal la consolidación del cambio social propiciado por una judicatura activista mediante fases sucesivas, progresivas, no rupturistas o bruscas, en las que el diálogo de los grupos de presión favorables al cambio con el tribunal interpelado por dichos grupos va generando el marco y la mente propicias para producir una situación nueva, en este caso la afirmación de la existencia de un derecho constitucional al aborto.<sup>11</sup> El incrementalismo no es un rasgo único de la sentencia *Roe*, podríamos decir que antes se manifestó en la segregación racial, partiendo desde la postura del *separated but equal*<sup>12</sup>, que estima constitucional la segregación, y que se modifica poco a poco hasta proscribir dicha práctica en *Brown v. Board of Education*.<sup>13</sup> Tampoco es el incrementalismo judicial un fenómeno exclusivo del modo de proceder del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: algunos estiman que esta técnica también está presente en la jurisprudencia sobre el aborto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>14</sup>

Unido al incrementalismo como marco general, el otro parámetro está constituido precisamente por la progresiva consolidación del derecho fundamental a la intimidad/privacidad como núcleo genético de otros derechos relacionados con la autodeterminación radicada en la voluntad del ciudadano. De alguna forma es a partir de *Roe* cuando el derecho a la intimidad/privacidad se convierte en una especie de comodín que ampara y dignifica aspiraciones diversas, un movimiento paralelo al producido en Europa respecto de la interpretación que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos de

---

<sup>10</sup> C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 77.

<sup>11</sup> A. COAN, «What Is the Matter with Dobbs?», *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, 22-24, 2022, p. 22, fecha de consulta 17 diciembre 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4294242>.

<sup>12</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

<sup>13</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>14</sup> J. GERARDS, «Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 18, 3, 2018, pp. 507-508. Otros autores consideran, sin embargo, que la postura del Tribunal de Estrasburgo es limitante, no expansiva, respecto del aborto, así G. PUPPINCK, «Abortion and the European Convention on Human Rights», *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3, 2, 2013.

1950. Lo curioso del caso es que se considera que el punto de arranque de esa concepción genética del derecho a la intimidad/privacidad en el relato liberal (la concepción moderna frente a la antigua, *an englishman's home is his castle*) arranca del artículo de Warren y Brandeis *Right to Privacy*.<sup>15</sup> En ese trabajo se enunció el *right to be let alone*, el derecho a ser dejado en paz, referido ante todo a la intrusión de los medios de comunicación de masas en la vida de las personas con perjuicio al honor y a la reputación.<sup>16</sup> Warren y Brandeis no trataron de la autodeterminación o autodefinición de un estilo de vida. Sin embargo, la configuración del derecho a la intimidad/privacidad bajo un prisma patrimonialista o mecanicista condujo a un desarrollo expansivo,<sup>17</sup> algunos de cuyos hitos fueron las sentencias que a continuación se enuncian.<sup>18</sup> Dichas sentencias no necesariamente guardan relación con el aborto, sí en general con los derechos y facultades relativas a la familia y a las relaciones maritales, contemplando a la persona como superior al Estado, frente al cual el Tribunal Supremo se sitúa como valedor del individuo en su función de garante de la Constitución y de su *Bill of Rights*, o Declaración de Derechos, compuesta por diez enmiendas al texto constitucional. Entre esas enmiendas, la alegada y aplicada de forma repetida en estas sentencias es la Decimocuarta, una de las llamadas “Enmiendas de la Reconstrucción”, adoptada en 1868 tras la guerra de secesión para poner fin a las consecuencias del esclavismo. Consta de cuatro secciones, de las cuales nos interesa sobre todo la primera,<sup>19</sup> que recoge, en lo que habitualmente se denomina cláusulas, hasta 4 esferas de protección y/o reconocimiento de derechos: ciudadanía y derechos civiles, privilegios e inmunidades, debido proceso legal, e igual protección.

En *Meyer v. Nebraska*,<sup>20</sup> de 1922, el Tribunal Supremo sostuvo que la ley estatal que restringía la enseñanza de lenguas distintas del inglés violaba la cláusula del debido proceso legal contenida en la sección primera de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. La ley de Nebraska se había aprobado durante la Primera Guerra Mundial, en un periodo de sentimiento

---

<sup>15</sup> S. D. WARREN; L. D. BRANDEIS, «Right to Privacy», *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890.

<sup>16</sup> L. H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, Norton, New York, 1992, p. 92.

<sup>17</sup> M. A. GLENDON, «Religious freedom: A Second Class Right?», *Emory Law Journal*, vol. 61, 2012, pp. 48-61.

<sup>18</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., pp. 14-16.

<sup>19</sup> *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.”

<sup>20</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

anti alemán. El rasgo más interesante a los efectos de este análisis es precisamente la base constitucional: la cláusula del debido proceso legal, que va a conocer desde entonces una interpretación sustantiva que la sitúa más allá de una garantía meramente procesal o procedimental. Tres años más tarde, en la decisión *Pierce v. Society of Sisters*,<sup>21</sup> el Tribunal Supremo anuló una ley de Oregón que obligaba a todos los niños a asistir a la escuela pública, como garantía de la preservación de los valores americanos frente a la creciente inmigración extranjera. “La teoría fundamental de la libertad en la que se basan todos los gobiernos de esta Unión excluye cualquier poder general del Estado para estandarizar a sus niños obligándoles a aceptar únicamente la instrucción de maestros de la escuela pública. El niño no es una mera criatura del Estado; quienes lo crían y dirigen su destino tienen el derecho, unido al alto deber, de reconocer y prepararlo para obligaciones adicionales.”<sup>22</sup> Junto con este reconocimiento de la libertad de los padres en la educación, la sentencia consolida la interpretación peculiar de la cláusula del debido proceso legal<sup>23</sup> que abonará el terreno no solo para la sentencia *Roe*, sino también para otras no menos importantes, como *Bush v. Gore*,<sup>24</sup> sobre el resultado electoral del 2000, o también *Obergefell v. Hodges*,<sup>25</sup> sobre el matrimonio de personas del mismo sexo.<sup>26</sup> En 1942, la sentencia *Skinner v. Oklahoma*<sup>27</sup> declara que las leyes estatales que permitían la esterilización obligatoria de delincuentes eran inconstitucionales por violar la Decimocuarta Enmienda, concretamente la cláusula de igual protección y la cláusula del debido proceso legal; la ley otorgaba un tratamiento diferente a los delincuentes comunes habituales respecto de los condenados por delitos de índole económica: ahí radicaba la diferencia de trato por la que se estimó la inconstitucionalidad de la ley. La inconstitucionalidad de la esterilización como pena accesoria resultaba además congruente con el rechazo de las prácticas eugenésicas nazis,<sup>28</sup> aunque el Tribunal no rectificó explícitamente respecto de dichas prácticas, que sancionó positivamente para enfermos mentales en *Buck v. Bell*, en 1927, sentencia de la que fue ponente

---

<sup>21</sup> *Pierce v. Society of Sisters*, 269 U.S. 510 (1925).

<sup>22</sup> 268 U. S. at 535.

<sup>23</sup> *The court ruled that the Fourteenth Amendment guaranteed appellees against the deprivation of their property without due process of law consequent upon the unlawful interference by appellants with the free choice of patrons, present and prospective. It declared the right to conduct schools was property, and that parents and guardians, as a part of their liberty, might direct the education of children by selecting reputable teachers and places.* 268 U.S. at 533-534.

<sup>24</sup> *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

<sup>25</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>26</sup> D. DELGADO RAMOS, «Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de Derecho Político*, 99, 2017.

<sup>27</sup> *Skinner v. State of Oklahoma, ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>28</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., p. 15.

Oliver Wendell Holmes.<sup>29</sup> La sentencia *Skinner*, en definitiva, fortalecía las virtualidades de la Decimocuarta Enmienda.

En 1965, con un pequeño adelanto respecto del comienzo oficial de la llamada revolución sexual, la sentencia *Griswold v. Connecticut*<sup>30</sup> invalidaba las prohibiciones estatales relativas al uso de productos contraceptivos por parte de parejas casadas. Es precisamente en esta sentencia en la que se erige un derecho fundamental a la privacidad desde “penumbras, formadas por emanaciones” de las garantías específicas del *Bill of Rights* federal, que ayudan a darles vida y sustancia.<sup>31</sup> Y es también esta sentencia en la que los magistrados Black y Stewart denuncian al “rey desnudo”: no hay ninguna mención a esa privacidad en la Constitución americana.<sup>32</sup> *Griswold* representó el *big bang* de los derechos sexuales en Estados Unidos. Pero la privacidad marital no incluía el derecho al aborto,<sup>33</sup> por lo que todavía se precisaba un peldaño más en el incrementalismo judicial.

La privacidad alumbrada en *Griswold* abandona el lecho conyugal en 1972 con la sentencia *Eisenstadt v. Baird*<sup>34</sup> que extendió la constitucionalidad del uso de contraceptivos a no casados, con una formulación en la que la sexualidad se convierte en el núcleo de la privacidad: “Si el derecho a la intimidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de intromisiones gubernamentales injustificadas en asuntos que afectan tan fundamentalmente

---

<sup>29</sup> *It is better for all the world if, instead of waiting to execute degenerate offspring for crime or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes. Jacobson v. Massachusetts, 197 U. S. 11. Three generations of imbeciles are enough. Buck v. Bell, 274 U.S. 200, at 207 (1927).*

<sup>30</sup> *Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).*

<sup>31</sup> *The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. (...) The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees (...) We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights -- older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions. 381 U. S. at 484-486.*

<sup>32</sup> Así, el juez Black: *The Court talks about a constitutional "right of privacy" as though there is some constitutional provision or provisions forbidding any law ever to be passed which might abridge the "privacy" of individuals. But there is not. 381 U.S. 508;* y el juez Stewart: *What provision of the Constitution, then, does make this state law invalid? The Court says it is the right of privacy "created by several fundamental constitutional guarantees." With all deference, I can find no such general right of privacy in the Bill of Rights, in any other part of the Constitution, or in any case ever before decided by this Court. 381 U.S. at 530.*

<sup>33</sup> C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 27.

<sup>34</sup> *Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).*

a la persona como la decisión de tener o engendrar un hijo.”<sup>35</sup> “Con esas palabras, una libertad que se había basado en la posición especial de los casados se hizo universal de una manera que repudiaba el estatus legalmente privilegiado del matrimonio.”<sup>36</sup> La decisión *Eisenstadt* prepara de modo definitivo la llegada de la decisión *Roe*: los magistrados del Tribunal Supremo fueron muy conscientes de ello.<sup>37</sup>

### 2.1.2. Contexto social

Ciertamente, el aborto en Estados Unidos, al igual que en otros muchos países, no es principalmente un debate técnico-jurídico, sino una profunda controversia cultural. A juicio de la sociología, en dicho debate las estadísticas han jugado un papel de “arma ideológica”.<sup>38</sup>

En general, desde 1975, las estadísticas muestran dos tendencias más o menos constantes en el tiempo.<sup>39</sup>

Por un lado, la existencia de dos sectores de opinión consistentes: totalmente contrario al aborto en todos los casos, totalmente favorable al mismo en todos los casos.<sup>40</sup> Gallup en 1975 obtuvo como respuesta de los americanos encuestados que el aborto debía ser legal en cualquier circunstancia (21%) e ilegal en todas las circunstancias (22%). Pasados los años, en 2021 una encuesta de *Public Religion Research Institute* muestra que los americanos son partidarios del aborto legal en todos los casos (23%) e ilegal en todos los casos (10%).

Por otro lado, unido a lo anterior, la segunda tendencia es que entre ambas posturas (aborto legal siempre, ilegal siempre) hay un amplio espectro fluctuante cuya posición depende de los acontecimientos, noticias, sentencia, leyes, etc. que se vayan produciendo.

Detrás de todos estos datos hay una consolidación del aborto como realidad social, no como excepción extrema para casos límite dramáticos. ¿Cómo se llega a esa asimilación? ¿Estaba ya presente en el clima social de la sentencia *Roe*? En enero de 1973, mientras Blackmun escribía la sentencia, una encuesta de Gallup mostraba que más del 85 por ciento de los americanos creían que la vida comienza antes del nacimiento; al menos el 75 por ciento que en el momento

---

<sup>35</sup> 405 U. S. at 453.

<sup>36</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., p. 21.

<sup>37</sup> C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 33.

<sup>38</sup> J. D. HUNTER, «What Americans Really Think About Abortion», *First Things*, vol. June-July, 1992, fecha de consulta en <https://www.firstthings.com/article/1992/06/what-americans-really-think-about-abortion>.

<sup>39</sup> «Scholars and media outlets regularly note that public opinion on abortion has changed little over time». J. R. ABRAMS, «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», *ConLawNow*, vol. 14, 1, 2023, p. 133, fecha de consulta 21 mayo 2023, en <https://ideaexchange.uakron.edu/conlawnow/vol14/iss1/10>.

<sup>40</sup> K. BOWMAN; S. GOLDSTEIN, *Attitudes About Abortion. A Comprehensive Review of Polls from the 1970s to Today*, American Enterprise Institute, 2021, pp. 10-11, fecha de consulta en <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2021/10/Attitudes-About-Abortion.pdf?x91208>.

en el que el feto es viable ya hay una vida humana; menos del 14 por ciento sostenía que la vida humana comienza con el nacimiento.<sup>41</sup> Si poco a poco la sociedad va cambiando de postura, ello se debe sin duda al impacto de la propia sentencia *Roe*, pero también se debe a otros factores sociales que marcaron la sociedad americana de los setenta. Por ejemplo, la alarma demográfica de la sobrepoblación humana del Planeta (que hoy día se ha visto desmentida)<sup>42</sup> afectaba también a Estados Unidos, que justifica una política de control de la natalidad sobre este motivo.<sup>43</sup> Se abre paso igualmente una concepción del bienestar social que, en virtud del impulso de la tecnología, se sitúa más allá de la aceptable supervivencia. Se suman igualmente episodios mediáticos en casos-límite que reclaman el aborto como solución al drama, por ejemplo, de las deformaciones en el feto causadas por la talidomida.<sup>44</sup> La corriente feminista de los 60 y 70 cifra parte de sus reclamaciones en el control reproductivo del propio cuerpo como razón para fundamentar el aborto libre.<sup>45</sup> Las estadísticas médicas insisten en que el aborto en los primeros estadios del embarazo es más seguro para la salud de la mujer que el embarazo llevado a término.<sup>46</sup> El argumento de que siempre las mujeres americanas adineradas podrán acudir impunemente al aborto, mientras que las pobres afro-americanas no, con graves consecuencias para sus vidas y su desarrollo económico, también estaba presente.<sup>47</sup> Había cambiado la mentalidad de los profesionales de la sanidad de la segunda mitad del siglo XX respecto de la posición provida de los médicos americanos del siglo XIX<sup>48</sup> pues cambia el marco socioeconómico en el que se desenvolvía la profesión sanitaria. Por lo demás, en pro de la legalización del aborto los números también jugaban su papel: se enarbolaba en la década de los 60 la cifra de 5000 muertes de mujeres en Estados Unidos por abortos clandestinos, lo cual es dudoso porque la cifra máxima de muertes de embarazadas por cualquier causa se produjo según registros oficiales en 1942 (7267 muertes), descendiendo drásticamente a partir de 1946 gracias a la penicilina<sup>49</sup> y en los sesenta nunca superó las 1600 muertes.<sup>50</sup> El manejo de las cifras sigue siendo problemático pues, por ejemplo, se sigue defendiendo de forma intuitiva en Estados

---

<sup>41</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., p. 34.

<sup>42</sup> A. BUCHANAN; A. ROTKIRCH, *Fertility Rates and Population Decline: No Time for Children?*, Palgrave Macmillan, 2013.

<sup>43</sup> J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., p. 250.

<sup>44</sup> L. H. TRIBE, *Abortion*, cit., p. 37; M. ZIEGLER, *Abortion and the law in America*, cit., pp. 15-16.

<sup>45</sup> J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., p. 253.

<sup>46</sup> C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., pp. 159-161.

<sup>47</sup> J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., p. 255.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 147-170.

<sup>49</sup> C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 80.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 64-66.

Unidos una tasa mayor de muertes de gestantes en abortos clandestinos (ilegales) cuando se carece de datos fiables para realizar tal afirmación.<sup>51</sup>

### 2.1.3. La decisión *Roe*: “mal derecho constitucional”

*Roe* es una decisión que perduraría, pero que representaba mal derecho constitucional; “[n]o porque debilite perceptiblemente al Tribunal —no lo hará—; y no porque entre en conflicto con mi idea de progreso o con lo que la evidencia sugiere que es la de la sociedad —no lo hace—. Es mala porque es mal derecho constitucional, o más bien porque no es derecho constitucional y no da casi ninguna sensación de intentar serlo”.<sup>52</sup> Así se pronunciaba un jurista de la universidad de Harvard partidario del aborto tras un minucioso comentario de *Roe* publicado en el año 1972. El tiempo fue rectificando la visión crítica de gran parte de la doctrina: finalmente ha predominado la aceptación, por su significación simbólica de libertad, suspendida sobre la nada y al margen de la técnica jurídica, por lo menos de dudosa aceptación.

El supuesto de la sentencia es bien conocido:<sup>53</sup> en la primavera de 1970, Norma McCorvey, una joven camarera de Dallas, se encontró pobre, soltera y embarazada. Sin saber a quién acudir en busca de ayuda, decidió abortar. En su desesperación, y creyendo que eso le ayudaría a eludir la restrictiva ley del aborto del estado de Texas, alegó que había sido violada. Su invención no sirvió de nada, porque, como le informó su médico, Texas sólo permitía el aborto para salvar la vida de la mujer embarazada. Sin dinero para viajar a California, donde era fácil abortar, acudió a un abogado para que la ayudara a organizar una adopción. El abogado, consciente de que se estaban llevando a cabo los preparativos para impugnar la ley de Texas, dio el nombre de Norma McCorvey a otros dos abogados (Sarah Weddington y Linda Coffee) que buscaban a alguien que pudiera ser el demandante en un *test case*.<sup>54</sup> Norma McCorvey consintió en desempeñar ese

---

<sup>51</sup> K. KORTSMIT Y OTROS, «Abortion Surveillance — United States, 2019», *MMWR. Surveillance Summaries*, vol. 70, 2021, tbl. 15, fecha de consulta 16 mayo 2023, en <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/ss/ss7009a1.htm>.

<sup>52</sup> J. H. ELY, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*», *Yale Law Journal*, vol. 82, 5, 1972, p. 947.

<sup>53</sup> M. A. GLENDON, *Rights talk: the Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991, p. 58.

<sup>54</sup> Un *test case* es un proceso que se origina en una demanda que pretende obtener del tribunal una respuesta oficial sobre una cuestión legal, clarificando el contenido de un derecho o incluso estableciendo con firmeza la anteriormente dudosa existencia del mismo. Los grupos de presión se han servido en muchas ocasiones de los *test cases*; por ejemplo, la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), ha presentado en diversas ocasiones este tipo de acciones legales con el fin de eliminar diversos aspectos de la segregación racial en USA. Podría decirse que los *test cases* son la otra cara del incrementalismo judicial, es decir, muestran la iniciativa de los grupos de presión a la que los jueces responden de forma progresiva para el cambio o modificación del *statu quo*. Esta acepción de *test case* es

papel, bajo el nombre de Jane Roe, y la demanda fue debidamente presentada contra Henry Wade, fiscal del distrito de Dallas (Texas), para invalidar la ley del aborto de Texas, que prohibía el aborto salvo para salvar la vida de la madre.<sup>55</sup> Norma McCorvey había presentado un *moot case*, es decir, se pide al Tribunal que decida sobre un asunto controvertido (su libertad para abortar) que ya no existe, pues ya no estaba embarazada; ya no hay *case and controversy*, sino que —como ya sucediera con *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>56</sup>— lo que se espera del Supremo es una afirmación moral, una especie de “encíclica laica judicial”.<sup>57</sup> Si se hubieran aplicado las normas habituales, el Tribunal habría desestimado la pretensión, pero en su afán por resolver el tema, saltó por encima de sus propias normas procesales y siguió adelante para decidir sobre el caso.<sup>58</sup>

---

distinta de la recogida en algunos diccionarios jurídicos como *BLACK'S LAW DICTIONARY*, 6th ed., West Publishing Company, St. Paul, Minn., 1990, p. 1027.

<sup>55</sup> Demandan igualmente James Hubert Hallford, un médico que, a la hora de aplicar la ley en su práctica médica, entiende que las normas del Estado de Texas eran imprecisas, en violación de la Decimocuarta Enmienda, y que violaban sus propios derechos y los de sus pacientes a la intimidad en la relación médico-paciente y su propio derecho a ejercer la medicina, derechos que, según él, estaban garantizados por la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmiendas; y el matrimonio compuesto (bajo seudónimo) por John y Mary Doe, quienes alegaron que eran una pareja sin hijos, que la Sra. Doe padecía un trastorno "neuroquímico"; que su médico le había "aconsejado evitar el embarazo hasta que su estado haya mejorado materialmente" (aunque un embarazo en el momento actual no supondría "un grave riesgo" para su vida); que, siguiendo el consejo médico, había dejado de tomar píldoras anticonceptivas; y que si se quedaba embarazada, querría interrumpir el embarazo mediante un aborto practicado por un médico competente y autorizado en condiciones clínicas seguras. El Tribunal entendió que carecían de legitimación activa en el caso.

<sup>56</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), sobre la segregación racial de la escuela.

<sup>57</sup> J. L. WALTMAN, *Principled judicial restraint: a case against activism*, Palgrave Macmillan, New York, NY Basingstoke, Hampshire, 2015, cap. 5. Objections.

<sup>58</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., p. 29. *The usual rule in federal cases is that an actual controversy must exist at stages of appellate or certiorari review, and not simply at the date the action is initiated. United States v. Munsingwear, Inc., 340 U. S.36 (1950); Golden v. Zwickler, supra; SEC v. Medical Committee for Human Rights, 404 U. S. 403 (1972). But when, as here, pregnancy is a significant fact in the litigation, the normal 266-day human gestation period is so short that the pregnancy will come to term before the usual appellate process is complete. If that termination makes a case moot, pregnancy litigation seldom will survive much beyond the trial stage, and appellate review will be effectively denied. Our law should not be that rigid. Pregnancy often comes more than once to the same woman, and in the general population, if man is to survive, it will always be with us. Pregnancy provides a classic justification for a conclusion of nonmootness.* 410 U.S. at 125. En contra del argumento del Tribunal Supremo se advierte: *This passage is transparently false. There are many ways to obtain an appellate-court ruling on whether pregnant women have a constitutional right to abort consistent with the case-or-controversy requirement of Article III. The most obvious path is to bring a class-action lawsuit on behalf of*

El ponente de la sentencia *Roe*<sup>59</sup> fue el magistrado Blackmun, a cuyo voto se adhieren los magistrados Burger (presidente), Douglas, Brennan Stewart, Marshall y Powell. Emitieron voto particular disintiendo White y Renhquist.<sup>60</sup>

Siguiendo a Ely,<sup>61</sup> el contenido de la decisión *Roe v. Wade* puede esquematizarse así:

1. El derecho a la intimidad, aunque no se menciona explícitamente en la Constitución, está protegido por la cláusula del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda.<sup>62</sup>
2. Este derecho es lo suficientemente amplio como para abarcar la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo.<sup>63</sup>
3. Este derecho al aborto es fundamental y, por tanto, sólo puede ser regulado con base en un interés estatal imperioso.<sup>64</sup>

---

*all pregnant women affected by an abortion restriction, and then ask a district court to certify that class before the representative plaintiff (or plaintiffs) give birth or obtain an abortion. Once a class is certified, there is no risk that the case will become moot after the pregnancies of the representative plaintiffs come to an end.*<sup>29</sup> This is what Jane Roe's lawyers should have done to avoid the mootness issue. J. F. MITCHELL, «Why Was *Roe v. Wade* Wrong?», en Geoffrey R. Stone, Lee Bollinger (eds.) *Roe v. Dobbs: The Past, Present, and Future of a Constitutional Right to Abortion (Forthcoming)*, Oxford, 2023, p. 9, fecha de consulta 25 marzo 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4381961>.

<sup>59</sup> *Roe et al. v. Wade, District Attorney od Dallas County*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>60</sup> Para una síntesis acerca del proceso de decisión, J. PÉREZ ALONSO, «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de *Roe v. Wade* a *Dobbs v. Jackson*», *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 2023, pp. 533-534.

<sup>61</sup> J. H. ELY, «The Wages of Crying Wolf», cit., p. 920.

<sup>62</sup> *The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 141 U. S. 250, 251 (1891), the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. (...) in the penumbras of the Bill of Rights, *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S., at 484-485; in the Ninth Amendment, *id.*, at 486 (Goldberg, J., concurring); or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment, see *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390, 399 (1923). These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed "fundamental" or "implicit in the concept of ordered liberty," *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937), are included in this guarantee of personal privacy. 410 U.S. at 152.

<sup>63</sup> *This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent.* 410 U.S. at 153.

<sup>64</sup> *Where certain "fundamental rights" are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a "compelling state interest".* 410 U.S. at 155.

4. El Estado tiene dos intereses importantes y legítimos en este caso, el primero es proteger la salud materna, el segundo es proteger la vida (o la vida potencial) del feto. Pero ninguno de los dos puede considerarse absoluto durante todo el embarazo. Son intereses separados y distintos. Cada uno crece en sustancialidad a medida que la mujer se acerca al término y, en un momento del embarazo, cada uno se convierte en imperioso.<sup>65</sup>
5. Durante el primer trimestre del embarazo, ninguno de los dos intereses es lo suficientemente imperioso como para justificar cualquier interferencia en la decisión de la mujer y su médico. Los recurrentes han remitido al Tribunal datos médicos que indican que las tasas de mortalidad de las mujeres que se someten a abortos tempranos, donde el aborto es legal, parecen ser tan bajas o más bajas que las tasas de parto normal. Por tanto, el interés del Estado en proteger la salud materna no es imperioso durante el primer trimestre.<sup>66</sup> Dado que el interés en proteger al feto tampoco es aún imperioso, durante el primer trimestre el Estado no puede prohibir un aborto ni regular las condiciones en las que se realiza.
6. A medida que nos adentramos en el segundo trimestre, el interés en proteger al feto sigue siendo menos imperioso y, por tanto, la decisión de abortar sigue estando bajo control. Sin embargo, en este punto los riesgos para la salud del aborto empiezan a superar a los del parto. De ello se deduce que, a partir de este momento, un Estado puede regular el procedimiento de aborto en la medida en que la regulación se relacione razonablemente con la preservación y protección de la salud materna. Sin embargo, el aborto no puede prohibirse durante el segundo trimestre.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> [...] *the State does have an important and legitimate interest in preserving and protecting the health of the pregnant woman, whether she be a resident of the State or a nonresident who seeks medical consultation and treatment there, and that it has still another important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life. These interests are separate and distinct. Each grows in substantiality as the woman approaches term and, at a point during pregnancy, each becomes "compelling."* 410 U.S. at 162-163.

<sup>66</sup> *Thus, it has been argued that a State's real concern in enacting a criminal abortion law was to protect the pregnant woman, that is, to restrain her from submitting to a procedure that placed her life in serious jeopardy. Modern medical techniques have altered this situation. Appellants and various amici refer to medical data indicating that abortion in early pregnancy, that is, prior to the end of the first trimester, although not without its risk, is now relatively safe. Mortality rates for women undergoing early abortions, where the procedure is legal, appear to be as low as or lower than the rates for normal childbirth." Consequently, any interest of the State in protecting the woman from an inherently hazardous procedure, except when it would be equally dangerous for her to forgo it, has largely disappeared.* 410 U.S. at 149.

<sup>67</sup> *For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.* 410 U.S. at 164.

7. En el momento en que el feto se convierte en viable, el interés en protegerlo pasa a ser imperioso y, por tanto, a partir de ese momento el Estado puede prohibir los abortos excepto -y esta limitación también es aparentemente un mandato constitucional, aunque no recibe justificación en el dictamen- cuando sean necesarios para proteger la vida o la salud maternas.<sup>68</sup>

Blackmun —y con él, la mayoría de los magistrados del Tribunal— es consciente de que el ejercicio de este nuevo derecho al aborto fundado en la privacidad, se vería restringido con mucha mayor intensidad si el feto es jurídicamente una persona, puesto que la primera sección de la Decimocuarta Enmienda (“ni ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad, sin el debido procedimiento legal”) protegería la vida del feto. Aunque la fuerza del argumento acerca de la personalidad ha perdido peso en Estados Unidos, en la teoría<sup>69</sup> y en la práctica (dada su complejidad que supone una modificación constitucional para reconocer la personalidad del feto)<sup>70</sup>, sin embargo, la discusión acerca de la personalidad del feto en el derecho americano sigue abierta, y realmente lo estaba en el momento en el que se emitió *Roe*.<sup>71</sup> Lo curioso del caso es que Blackmun despachó el problema afirmando lo conocido: la Constitución no define lo que es una persona, y allí donde la Constitución utiliza la palabra persona nunca cabe deducir que pudiera aplicarse al ser humano nonato... “Todo esto, junto con nuestra observación, *supra*, de que a lo largo de la mayor parte del siglo XIX las prácticas de aborto legal eran mucho más libres de lo que son hoy, nos persuade de que la palabra ‘persona’,

---

<sup>68</sup> *Physicians and their scientific colleagues have regarded that event with less interest and have tended to focus either upon conception, upon live birth, or upon the interim point at which the fetus becomes "viable," that is, potentially able to live outside the mother's womb, albeit with artificial aid. Viability is usually placed at about seven months (28 weeks) but may occur earlier, even at 24 weeks. (...) With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the "compelling" point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother.* 410 U.S. at 160, 163-164.

<sup>69</sup> J. J. THOMSON, «A Defense of Abortion», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, 1, 1971, Wiley.

<sup>70</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., pp. 178-188.

<sup>71</sup> C. BERNSTEIN, «The Constitutional Personality of the Unborn», *Social Science Research Network*, 2022, fecha de consulta 27 febrero 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4241391>; J. FINNIS, «Born and Unborn: Answering Objections to Constitutional Personhood», *First Things*, 2021, fecha de consulta 29 marzo 2023, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/born-and-unborn-answering-objections-to-constitutional-personhood>; C. SOOHOO, «An Embryo is not a Person: Rejecting Prenatal Personhood for a More Complex View of Prenatal Life», *ConLawNOW*, vol. 14, 2023, fecha de consulta 29 marzo 2023, en <https://ideaexchange.uakron.edu/conlawnow/vol14/iss1/8/>; E. WHELAN, «Doubts About Constitutional Personhood», *First Things*, 2021, fecha de consulta 27 abril 2023, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/doubts-about-constitutional-personhood>.

tal como se utiliza en la Decimocuarta Enmienda, no incluye a los no nacidos”.<sup>72</sup> En este, y en otros aspectos acerca la argumentación histórica y la interpretación normativa, el tiempo terminó poniendo muy a las claras las serias deficiencias de la sentencia: por ejemplo, al tiempo de la aprobación de la Decimocuarta Enmienda, en un buen número de Estados de la Unión el aborto era delito;<sup>73</sup> la protección del no nacido en diversos ámbitos del derecho de familia, patrimonial y de sucesiones era evidente. Una mirada más atenta no hacía sino encontrar grietas a los razonamientos conclusivos de Blackmun. Por ejemplo, cito de un trabajo del año 2009: “Tomando prestado un argumento de Cyril C. Means, Jr. (asesor general de NARAL<sup>74</sup> en el momento en que se decidió Roe), el juez Blackmun señaló la cláusula de reparto (*Apportionment Clause*)<sup>75</sup> como un ejemplo específico en el que los no nacidos están excluidos de una disposición constitucional. Señaló: ‘No tenemos constancia de que en ningún censo realizado en virtud de esta cláusula se haya contado nunca a un feto’. Sin embargo, esta investigación textual no se sostiene cuando se examina en relación con la ‘estructura de la Constitución’ en general. Puede observarse que los ‘indios no sujetos a impuestos’ tienen constitucionalmente prohibido ser contados como personas en virtud de la cláusula de reparto de la Constitución y de la propia Decimocuarta Enmienda. Sin embargo, los ‘indios no sujetos a impuestos’ son, por supuesto, considerados personas en virtud de la Decimocuarta Enmienda. Esto se debe a que las protecciones de la Decimocuarta Enmienda se otorgan a todas las personas dentro de la jurisdicción territorial de un estado, independientemente de si son ciudadanos, extranjeros o indios ‘no gravados’.”<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> *All this, together with our observation, supra, that throughout the major portion of the 19th century prevailing legal abortion practices were far freer than they are today, persuades us that the word “person,” as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn.* 410 U.S. at 158.

<sup>73</sup> J. S. WITHERSPOON, «Reexamining Roe: Nineteenth-Century Abortion Statutes and the Fourteenth Amendment», *St. Mary’s Law Journal*, vol. 17, 1, 1985.

<sup>74</sup> *National Association for the Repeal of Abortion Laws*, asociación abortista americana fundada en 1969.

<sup>75</sup> Sección 2ª de la Decimocuarta Enmienda: *Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.*

<sup>76</sup> G. J. RODEN, «Unborn Children as Constitutional Persons», *Issues in Law & Medicine*, vol. 25, 3, 2009, p. 190.

El mismo día de publicarse la sentencia *Roe* se conoció también la decisión del caso *Doe v. Bolton*,<sup>77</sup> sobre la legislación penal del aborto en el estado de Georgia, una normativa que permitía el aborto en caso de peligro para la vida o la salud de la madre, cuando fuese evidente que el feto nacería con graves, permanentes e irremediables deficiencias de carácter físico o mental, y si el embarazo fuese resultado de una violación o agresión sexual. El Tribunal declaró inconstitucionales algunos requisitos de la ley: acreditación del centro sanitario, intervención del comité hospitalario y residencia de la gestante en el estado. De forma indirecta, añadía algo muy importante a *Roe*: la relativización de la viabilidad y sus plazos en atención no ya a la “vida” de la gestante, sino a su “salud”, fuera ésta física o mental.<sup>78</sup>

En fin, *Roe* consagró un derecho fundamental, constitucionalmente alojado en el derecho a la intimidad, de carácter negativo. Es decir: lo que se prohíbe es la interferencia del Estado en la decisión de la mujer de abortar, pero no genera una obligación de actuación para el Estado, mediante la red sanitaria pública, mediante financiación directa, etc., para hacer efectivo el ejercicio del derecho.<sup>79</sup> De ahí que las limitaciones federales<sup>80</sup> o estatales a la financiación de abortos no pudieran estimarse contrarias a la Constitución.<sup>81</sup>

*Roe* encendió, más que extinguió, el debate sobre el aborto.<sup>82</sup> “Si *Roe* pretendió solventar con carácter definitivo un asunto que despertaba sentimientos encontrados, su fracaso era evidente, no sólo por otorgar munición efectiva a quienes venían acusando al Tribunal Supremo de protagonizar un injustificado activismo judicial, sino porque hizo que los detractores del aborto se organizaran de igual forma que los partidarios, surgiendo así dos poderosos grupos de presión a favor y contra *Roe*”.<sup>83</sup> Durante los siguientes años, los grupos provida sacaron al campo de juego —por seguir con el símil del fútbol americano— a sus jugadores de ataque, y los *pro-choice* se situaron a la defensiva. Esta nueva fase se jugó en parte en las asambleas legislativas, en una suerte de incrementalismo legislativo, dirigido a establecer condiciones, requisitos (u obstáculos) para el acceso al aborto, y en parte en los tribunales, más en concreto en el propio Tribunal Supremo. Esto ha supuesto casi medio siglo de sentencias federales calibrando la

---

<sup>77</sup> *Doe et al. v. Bolton, Attorney General of Georgia, et al.*, 410 U.S. 179 (1973).

<sup>78</sup> C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., pp. 7-9; S. G. GILLES, «What Does Dobbs Mean for the Constitutional Right to a Life-or-Health-Preserving Abortion?», *Mississippi Law Journal*, vol. 92, 2, 2022.

<sup>79</sup> W. C. DURHAM; R. SMITH, «§ 23:49. Abortion», en *Religious Organizations and the Law*, 2nd, Westlaw, 2022.

<sup>80</sup> Hyde Amendment (Abortion), Pub. L. 94-439, title II, Sec 209, Sept. 30, 1976, 90 Stat. 1434, prohíbe el uso de fondos federales para sufragar el aborto, salvo para salvar la vida de la mujer o si el embarazo es consecuencia de incesto o violación.

<sup>81</sup> *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

<sup>82</sup> R. NOSSIFF, *Before Roe*, cit., p. 9.

<sup>83</sup> J. PÉREZ ALONSO, «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de *Roe v. Wade* a *Dobbs v. Jackson*», cit., p. 538.

constitucionalidad de las leyes a la luz de *Roe*.<sup>84</sup> Quizá de entre esas sentencias resulta particularmente importante la decisión *Casey*, pues a la vuelta de los años, y a pesar de las críticas recibidas, confirmó que *Roe* vino para quedarse. Me ocuparé de esa decisión en el apartado siguiente. No sin antes aclarar brevemente que se ha afirmado, no sin razón, que desde *Roe* la cuestión del aborto se ha ido politizando, especialmente desde la “Era Reagan”,<sup>85</sup> de forma que el partido republicano ha ido asumiendo las posturas provida y éstas han desaparecido por completo, progresivamente, del partido demócrata, alineado con la causa *pro-choice*. Sin embargo, una perspectiva más profunda en el tiempo permite afirmar que la causa contra el aborto estuvo asociada al partido republicano mucho antes, en el siglo XIX, pues los políticos de dicho partido pretendían una racionalización o tecnificación del Estado que pasaba por contar con profesionales, también con los de la sanidad que consideraban que el aborto era una actuación contraria a la práctica de la medicina.<sup>86</sup>

## 2.2. *Casey*. La libertad no encuentra refugio en una jurisprudencia dubitativa

Desde que el Tribunal Supremo, especialmente con motivo de la presidencia del magistrado Warren en adelante, jugara un papel crucial no ya en la revisión constitucional del derecho americano, sino más en general en la decisión sobre los grandes temas morales, se podría decir que se consagra el moderno “activismo judicial”, es decir, una “posición fuertemente creativa de los jueces y tribunales, llevada a cabo mediante interpretaciones de la legalidad existente o a través de la cobertura de sus lagunas.”<sup>87</sup> Mediante una comparación consagrada en el derecho canadiense, se concibe la Constitución (o, más en general, la norma escrita) como un “árbol vivo”,<sup>88</sup> un organismo que evoluciona y debe leerse de forma amplia, progresiva, para adaptarla

---

<sup>84</sup> Resultaría excesivo analizar todo ese elenco de sentencias, incluso si se limitara la exposición a las decisiones del Tribunal Supremo. Por ello me remito a dos clasificaciones fácilmente accesibles: American Civil Liberties Union, *Timeline of Important Reproductive Freedom Cases Decided by the Supreme Court*, fecha de consulta 17 mayo 2023, en <https://www.aclu.org/other/timeline-important-reproductive-freedom-cases-decided-supreme-court>; Brennan Center for Justice, *Roe v. Wade and Supreme Court Abortion Cases*, September 28 2022, fecha de consulta 17 mayo 2023, en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/roe-v-wade-and-supreme-court-abortion-cases>.

<sup>85</sup> L. H. TRIBE, *Abortion*, cit., pp. 161-196.

<sup>86</sup> J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., pp. 203-204.

<sup>87</sup> Diccionario panhispánico del español jurídico, *Activismo judicial*, fecha de consulta 22 mayo 2023, en <https://dpej.rae.es/lema/activismo-judicial>.

<sup>88</sup> *The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. “Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention.”* (Canadian Constitutional Studies, Sir Robert Borden (1922), p. 55). *Edwards v Canada (AG)* [1930] AC 124, [1929] All ER Rep 571, 1929 UKPC 86 (BAILII). Esta misma metáfora se aplica a la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982: *If the newly planted “living tree” which is the Charter is to have the possibility of growth and adjustment over time,*

a los nuevos tiempos. Como reacción al activismo judicial de la izquierda surge el movimiento de “moderación judicial” (*judicial restraint*), más propio de juristas conservadores que “se negaban a convertirse en creadores de nuevas figuras jurídicas a través de la fiscalización de las leyes, excepto en supuestos muy extremos, desviando así al pueblo, a través de sus representantes todas las cuestiones relativas a derechos no contemplados en el texto constitucional, pues lo contrario supondría usurpar de funciones legislativas.”<sup>89</sup> Ambas tendencias, de marcado acento ideológico-político, se expresan también en dos métodos de interpretación constitucional: para el activismo, el progresivismo o “constitucionalismo vivo”; para la moderación judicial, el originalismo en dos posibles versiones: textualismo (“lo esencial es dar a las palabras de la Constitución el significado público original que tenían cuando la Constitución o sus enmiendas

---

*care must be taken to ensure that historical materials, such as the Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee, do not stunt its growth. Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 SCR 486 n. 53. Se emplea como argumento contrario al derecho constitucional a contraer matrimonio homosexual: (...) some interveners emphasize that while Lord Sankey L.C. envisioned our Constitution as a “living tree” in the Persons case, he specified that it was “capable of growth and expansion within its natural limits” (p. 136). These natural limits, they submit, preclude same-sex marriage. As a corollary, some suggest that s. 1 of the Proposed Act would effectively amount to an amendment to the Constitution Act, 1867 by interpretation based on the values underlying s. 15(1) of the Charter. The natural limits argument can succeed only if its proponents can identify an objective core of meaning which defines what is “natural” in relation to marriage. Absent this, the argument is merely tautological. The only objective core which the interveners before us agree is “natural” to marriage is that it is the voluntary union of two people to the exclusion of all others. Reference re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79 (CanLII), [2004] 3 SCR 698, n. 26-27. Y el Tribunal constitucional español, sin embargo, la adopta a favor del matrimonio de personas del mismo sexo: “Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.” Sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, «BOE» núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, Fundamento jurídico 9.*

<sup>89</sup> J. PÉREZ ALONSO, «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de Roe v. Wade a Dobbs v. Jackson», cit., p. 529.

fueron aprobadas”<sup>90</sup> o intencionalismo (“la intención de quienes adoptaron o ratificaron una determinada cláusula constitucional”).<sup>91</sup> Al final, no estamos sino ante distintas versiones del positivismo jurídico, imágenes especulares la una de la otra<sup>92</sup> e incluso dialécticamente manipulables: cuando en los *hearings* para su confirmación como magistrada Elena Kagan afirmaba ante el Comité judicial del Senado “we are all originalists”<sup>93</sup> lo dice desde el convencimiento de que los Padres de la Constitución americana eran, en el fondo, progresivistas,<sup>94</sup> y así lo reflejó después en la *dissenting opinion* del caso *Dobbs*.<sup>95</sup>

Poco a poco, los magistrados del Tribunal Supremo se sitúan en el lado activista o en el lado de la moderación judicial. Sin embargo, dudo de que se pueda decir de forma contundente que hasta el doble mandato de Barack Obama y la presidencia en el Supremo del magistrado Roberts haya una alineación absoluta entre la propuesta presidencial en la que se produce el nombramiento del magistrado y la orientación ideológica práctica de su voto.

Una prueba de lo anterior es la decisión *Casey*,<sup>96</sup> “estación término” a la que llegó *Roe*, con un tribunal claramente dividido 5 a 4. A favor de la decisión, Blackmun (nombrado por el presidente Nixon, Rep.), Stevens (Ford, Rep.), O’Connor (Reagan, Rep.), Kennedy (Reagan, Rep.) y Souter (W. Bush, Rep.); en contra, Rehnquist (Reagan, Rep.), White (Kennedy, Dem.), Scalia (Reagan, Rep.) y Thomas (W. Bush, Rep.). *Casey* es la inercia final de un Tribunal convencido de que un periodo de veinte años ha sido más que suficiente para incrustar en los hábitos de vida de Estados Unidos un derecho constitucional al aborto.

---

<sup>90</sup> P. NUEVO LÓPEZ, «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en Estados Unidos tras la sentencia *Dobbs*», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 26, 2, 2022, p. 591.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, Medford, 2022, pt. Two versions of textualism, <https://www.perlego.com/book/3261479/common-good-constitutionalism-pdf>.

<sup>93</sup> C-Span, *June 29, 2010 | Clip of Kagan Confirmation Hearing, day 2, part 1*, fecha de consulta 22 mayo 2023, en <https://www.c-span.org/video/?c4910015/user-clip-originalists>.

<sup>94</sup> Una tesis distinta en P. NUEVO LÓPEZ, «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en Estados Unidos tras la sentencia *Dobbs*», cit., p. 592.

<sup>95</sup> *The Framers (both in 1788 and 1868) understood that the world changes. So they did not define rights by reference to the specific practices existing at the time. Instead, the Framers defined rights in general terms, to permit future evolution in their scope and meaning. And over the course of our history, this Court has taken up the Framers’ invitation. It has kept true to the Framers’ principles by applying them in new ways, responsive to new societal understandings and conditions. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et Al. v. Jackson Women’s Health Organization et Al.*, No. 19–1392. Argued December 1, 2021—Decided June 24, 2022 BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., dissenting, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., dissenting, p. 16.

<sup>96</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

El caso trata de cinco disposiciones de la Ley de control del aborto de Pensilvania de 1982: el artículo 3205 (consentimiento informado de la gestante e información al menos 24 horas antes de que se practique el aborto), el artículo 3206 (consentimiento informado de uno de los progenitores para que una menor pueda abortar, con un procedimiento judicial alternativo), el §3209 (la mujer casada que desee abortar debe firmar una declaración indicando que ha notificado a su marido), el §3203 (define una "emergencia médica" que eximirá de los requisitos anteriores), y §§3207(b), 3214(a) y 3214(f) (requerimientos de información a los centros en los que se practica el aborto). Antes de que estas disposiciones entraran en vigor, los demandantes (cinco clínicas abortistas, y un médico que se representaba a sí mismo y a un grupo de colegas que practican abortos) interpusieron demanda solicitando sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones anteriores, así como medidas cautelares. El Tribunal federal de Distrito declaró inconstitucionales todas las disposiciones y prohibió permanentemente su aplicación. El Tribunal federal de Apelación, a su vez, confirmó y revocó en parte, anulando la disposición de notificación al marido, pero manteniendo las demás. El caso llega finalmente ante el Tribunal Supremo como *writ of certiorari*. Se determina en la sentencia la inconstitucionalidad de la notificación al marido, mientras que el resto de las disposiciones se declaran conformes con la Constitución. A tal conclusión, claramente favorable a la ley de Pensilvania, se llega en virtud de un nuevo criterio general de revisión constitucional del aborto: "El hecho de que una ley que sirve a un propósito válido, no diseñado para atentar contra el derecho en sí mismo, tenga el efecto incidental de dificultar o encarecer la obtención de un aborto no puede ser suficiente para invalidarla. Sólo cuando la regulación estatal impone una carga indebida (*undue burden*) sobre la capacidad de una mujer para tomar esta decisión, el poder del Estado alcanza el núcleo de una libertad protegida por la cláusula del debido proceso legal."<sup>97</sup>

A los efectos que aquí nos interesan, el resultado es quizá lo menos relevante: parece más bien una fase más dentro del ya amplio debate judicial acerca de la constitucionalidad de las normas estatales limitativas del aborto, es decir, de un complejo mosaico normativo creado por cincuenta estados teniendo como telón de fondo la constitucionalidad del derecho al aborto. Por el contrario, lo que importa es el extenso razonamiento de la ponencia de O'Connor, Kennedy y Souter en la primera parte, más general si se quiere, de la sentencia.

Los tres magistrados ponentes cobran conciencia de que "la libertad no encuentra refugio en una jurisprudencia dubitativa"<sup>98</sup> acerca del estatuto jurídico del aborto en el Derecho americano. Y parece que pretenden, a lo largo de treinta y cinco páginas, blindar el derecho constitucional al aborto frente a quienes, dentro y fuera del propio Tribunal, quieren anular *Roe*. De la motivación de la sentencia destacan, entre otros, los siguientes argumentos:

---

<sup>97</sup> 505 U.S. at 874.

<sup>98</sup> 505 U.S. at 844.

1. La reafirmación de la dimensión sustantiva de la cláusula del debido proceso legal<sup>99</sup> y de la exclusión de los derechos fundamentales del debate político o moral en la sociedad democrática.<sup>100</sup>
2. La afirmación de esferas vitales en las que las decisiones se sustraen a la valoración social y jurídica.<sup>101</sup> Entre esas decisiones personales, el Tribunal se pronunció sobre cuestiones en material sexual, de las que *Roe* no es sino una continuación.<sup>102</sup>
3. Las posibles dudas acerca de la oportunidad o necesidad de anular la sentencia *Roe* se ven contrarrestadas formalmente por el principio *stare decisis* (vinculación al

---

<sup>99</sup> *The most familiar of the substantive liberties protected by the Fourteenth Amendment are those recognized by the Bill of Rights (...) It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter. We have vindicated this principle before. Marriage is mentioned nowhere in the Bill of Rights and interracial marriage was illegal in most States in the 19th century, but the Court was no doubt correct in finding it to be an aspect of liberty protected against state interference by the substantive component of the Due Process Clause in Loving v. Virginia, 388 U. S. 1, 12 (1967). 505 U.S. at 847-848.*

<sup>100</sup> *Men and women of good conscience can disagree, and we suppose some always shall disagree, about the profound moral and spiritual implications of terminating a pregnancy, even in its earliest stage. Some of us as individuals find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot control our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code. 505 U.S. at 850.*

<sup>101</sup> *It is conventional constitutional doctrine that where reasonable people disagree the government can adopt one position or the other (...) That theorem, however, assumes a state of affairs in which the choice does not intrude upon a protected liberty (...) Our law affords constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education. (...) At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State. 505 U.S. at 851.*

<sup>102</sup> *These are intimate views with infinite variations, and their deep, personal character underlay our decisions in Griswold, Eisenstadt, and Carey. The same concerns are present when the woman confronts the reality that, perhaps despite her attempts to avoid it, she has become pregnant. (...) Roe was, of course, an extension of those cases and, as the decision itself indicated, the separate States could act in some degree to further their own legitimate interests in protecting prenatal life. 505 U.S. at 853.*

precedente)<sup>103</sup> y materialmente por los perjuicios que se producirían tanto para la mentalidad del pueblo americano<sup>104</sup> como para la credibilidad del Tribunal.<sup>105</sup>

4. Completando lo anterior, y para despejar la sombra de duda acerca de la posibilidad de anular *Roe*, la sentencia reafirma el carácter que esta sentencia otorgó al aborto: “De lo que hemos dicho hasta ahora se deduce que es un derecho constitucional de la mujer tener cierta libertad para interrumpir su embarazo. Concluimos que la decisión básica en *Roe* se basó en un análisis constitucional que ahora no podemos repudiar.”<sup>106</sup>
5. Ahora bien, la articulación de las restricciones constitucionalmente admisibles a ese derecho constitucional se reformula. Por una parte, porque se cuestiona el esquema básico de restricciones que descansaba en la viabilidad del feto<sup>107</sup> y en el sistema de plazos por trimestres (que no vendrían exigidos, por decirlo así, por el contenido esencial del derecho).<sup>108</sup> Por otra parte, se propone un nuevo criterio de constitucionalidad de las restricciones legales al aborto: “Sólo cuando la regulación estatal impone una carga indebida (*undue burden*) sobre la capacidad de una mujer para tomar esta decisión, el poder del Estado alcanza el corazón de la libertad protegida por la cláusula del debido proceso legal.”<sup>109</sup> Se entiende que este criterio de la “carga indebida” cohonesta mejor

---

<sup>103</sup> [T]he reservations any of us may have in reaffirming the central holding of *Roe* are outweighed by the explication of individual liberty we have given combined with the force of *stare decisis*. 505 U.S. 853. [A] majority of the Court either decided to reaffirm or declined to address the constitutional validity of the central holding of *Roe* (...) Even on the assumption that the central holding of *Roe* was in error, that error would go only to the strength of the state interest in fetal protection, not to the recognition afforded by the Constitution to the woman's liberty. 505 U.S. at 853.

<sup>104</sup> An entire generation has come of age free to assume *Roe*'s concept of liberty in defining the capacity of women to act in society, and to make reproductive decisions; no erosion of principle going to liberty or personal autonomy has left *Roe*'s central holding a doctrinal remnant. 505 U.S. at 860.

<sup>105</sup> Despite the variety of reasons that may inform and justify a decision to overrule, we cannot forget that such a decision is usually perceived (and perceived correctly) as, at the least, a statement that a prior decision was wrong. There is a limit to the amount of error that can plausibly be imputed to prior Courts. If that limit should be exceeded, disturbance of prior rulings would be taken as evidence that justifiable reexamination of principle had given way to drives for particular results in the short term. The legitimacy of the Court would fade with the frequency of its vacillation. 505 U.S. at 866.

<sup>106</sup> 505 U.S. at 869.

<sup>107</sup> 505 U.S. at 860.

<sup>108</sup> We reject the trimester framework, which we do not consider to be part of the essential holding of *Roe*. 505 U.S. at 873.

<sup>109</sup> The fact that a law which serves a valid purpose, one not designed to strike at the right itself, has the incidental effect of making it more difficult or more expensive to procure an abortion cannot be enough to invalidate it. Only where state regulation imposes an undue burden on a woman's ability to make this decision does the power of the State reach into the heart of the liberty protected by the Due Process Clause. 505 U.S. at 874.

el derecho constitucional con los intereses legítimos del Estado en la vida potencial, de forma que se puedan promulgar normas para promover la salud o la seguridad de la mujer que desea abortar, pero no aquellas que tengan el propósito o el efecto de presentar un obstáculo sustancial a una mujer que desea abortar. Por lo demás, se confirma el criterio *Roe* de que después de la viabilidad, el Estado, en la promoción de su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si lo desea, regular —e incluso prohibir— el aborto, excepto cuando sea necesario, a juicio médico apropiado, para la preservación de la vida o la salud de la madre.<sup>110</sup>

El resultado de la sentencia *Casey* confirmaba la permanencia en el tiempo de *Roe*, al tiempo que reafirmaba la tesis de que el cambio no vendría del legislativo (sometido al escrutinio judicial). Y ello por dos motivos: a nivel legislativo federal, por las dificultades inherentes a un amplio consenso entre los dos grandes partidos, cada vez más divididos respecto del aborto: los republicanos en contra, los demócratas a favor; y a nivel legislativo estatal, porque toda posible restricción al aborto acaba tarde o temprano antes los tribunales supremos estatales o los tribunales federales, dispuestos a limitar la restricción del aborto debido al derecho constitucional a su práctica. El cambio jurídico tendría que venir entonces del propio Tribunal Supremo, cuyo criterio cada vez más parece descansar no en los argumentos abstractos, sino en las personas concretas.

### **3. DOBBS: LA 'DESCENTRALIZACIÓN' DEL ABORTO**

#### **3.1. Un vuelco en la composición del Tribunal Supremo**

Que los jueces concretos que ocupan la sede del Tribunal Supremo es un factor determinante no dejaba de ser una conclusión intuitiva: tan pronto la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo fuera provida, el régimen *Roe* llegaría a su fin. Y la mayoría provida llegó por oleadas en un corto espacio de tiempo.

El primer atisbo de cambio llegó cuando Samuel Alito, nombrado por George W. Bush, sustituye a Sandra Day O'Connor. Entra un voto provida que sustituye la posición *pro-choice* de la magistrada de Texas. Barack Obama nombró a Sonia Sotomayor para reemplazar a David Souter y a Elena Kagan como sustituta de Jean Paul Stevens, con lo que el equilibrio se mantenía hasta el momento. Con motivo del repentino fallecimiento de Antonin Scalia, se presentaba a Obama la posibilidad de introducir en el Supremo un voto abortista, en la persona de Merrick Garland

---

<sup>110</sup> *[T]he State may enact regulations to further the health or safety of a woman seeking an abortion. Unnecessary health regulations that have the purpose or effect of presenting a substantial obstacle to a woman seeking an abortion impose an undue burden on the right. (...) We also reaffirm Roe's holding that "subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother."* 505 U.S. at 878-879.

(entonces juez federal) que garantizara la perdurabilidad de la era *Roe* muchos más años. Sin embargo, los senadores republicanos se negaron a considerar a Garland, alegando que, a la luz de las próximas elecciones de 2016, debía ser el próximo presidente quien nombrara a un sustituto de Scalia. El entonces líder de la mayoría del Senado, el republicano Mitch McConnell, dijo que quería "dar voz al pueblo" para cubrir el puesto. Con la presidencia de Donald Trump el nombramiento recayó en Neil Gorsuch, que daba continuidad a la posición de Scalia en este asunto. La renuncia de Anthony Kennedy (el voto oscilante del Tribunal) permitió a Trump nombrar a Brett Kavanaugh tras unos agresivos *hearings* senatoriales en los que se le acusó de agresión sexual sin pruebas.<sup>111</sup> El golpe de gracia al sector *pro-choice* se produce con la muerte de Ruth Bader Ginsburg en septiembre de 2020; aunque la situación era semejante a la del eventual nombramiento de Garland, sin embargo, los senadores republicanos se aprestaron a seguir el procedimiento de confirmación a favor de Amy Coney Barrett. Con ella quedaba constituida una nueva mayoría potencialmente provida; solo era necesario que, como en ocasiones anteriores, una ley estatal restrictiva del aborto llegara al Supremo para dar la vuelta al planteamiento que había sido la tónica de los últimos casi cincuenta años.

### 3.2. Antecedentes de la sentencia Dobbs

El estado de Mississippi aprobó una ley (*Mississippi's Gestational Age Act*) el 19 de marzo de 2018.<sup>112</sup> La ley tiene una amplia y esquematizada exposición de motivos (*legislative findings and purpose*) en la que se recuerda que Estados Unidos es una de las siete naciones del mundo que permiten el aborto no terapéutico o electivo a petición después de la vigésima semana de gestación; que las autoridades médicas saben ahora más que nunca sobre el desarrollo prenatal humano y, en concreto, que los órganos vitales del feto comienzan a funcionar a las diez semanas de gestación, a las once semanas el feto comienza a moverse libremente en el vientre materno, a las doce semanas puede abrir y cerrar los dedos, empieza a succionar y percibe los estímulos del mundo exterior, adoptando ya la forma humana en todos los aspectos relevantes. Igualmente, la ley toma en consideración que la mayoría de los procedimientos de aborto realizados después de las quince semanas de gestación son procedimientos de dilatación y evacuación que implican el uso de instrumentos quirúrgicos para aplastar y desgarrar al niño por nacer antes de extraer

---

<sup>111</sup> S. KIRCHGAESSNER, "Revealed: Senate investigation into Brett Kavanaugh assault claims contained serious omissions. The 2018 investigation into the then supreme court nominee claimed there was 'no evidence' behind claims of sexual assault", *The Guardian*, 28 Apr. 2023, fecha de consulta 25 mayo 2023, en <https://www.theguardian.com/us-news/2023/apr/28/brett-kavanaugh-investigation-omissions-senate-sexual-assault-claims>; H. Matthews, Why the Kavanaugh hearings were a show trial gone bad, *The Conversation*, 7 oct. 2018, fecha de consulta 25 mayo 2023, en <https://theconversation.com/why-the-kavanaugh-hearings-were-a-show-trial-gone-bad-102025>.

<sup>112</sup> Miss. Code Ann. § 41-41-191. *Gestational Age Act; legislative findings and purpose; definitions; abortion limited to fifteen weeks' gestation; exceptions; requisite report; reporting forms; professional sanctions; civil penalties; additional enforcement; construction; severability; right to intervene if constitutionality challenged.*

los pedazos del bebé muerto del útero; la legislatura considera que la realización intencionada de tales actos por razones no terapéuticas o electivas es una práctica bárbara, peligrosa para la madre y denigrante para la profesión médica. El legislativo, en fin, advierte que el aborto conlleva importantes riesgos físicos y psicológicos para la mujer, y estos riesgos físicos y psicológicos aumentan con la edad gestacional. Y en virtud de los hechos y consideraciones previas, el legislativo aprueba restringir la práctica del aborto no terapéutico o electivo a partir de la decimoquinta semana de gestación, salvo casos de emergencia médica<sup>113</sup> o anomalía fetal grave.<sup>114</sup> La ley no prevé sanciones para la gestante, sino la inhabilitación profesional para el médico que practicara el aborto más allá de las 15 semanas fuera de las excepciones previstas, y multa de 500 dólares para la falsedad documental (i.e. justificar en el informe oficial previsto en la norma la práctica del aborto sin que se dieran los supuestos admitidos).

*Jackson Women's Health Organization*, una clínica abortista, y uno de sus médicos en nombre propio, impugnaron la *Mississippi's Gestational Age Act* ante el Tribunal Federal de Distrito, alegando que violaba los precedentes del Tribunal Supremo, en particular la sentencias *Roe* y *Casey*. El Tribunal de Distrito prohibió permanentemente la aplicación de la ley, razonando que la restricción del aborto a las 15 semanas violaba la jurisprudencia alegada. Por su parte, el Quinto Circuito del Tribunal Federal de Apelaciones confirmó la sentencia. Es entonces cuando el doctor Thomas Dobbs, Director de Sanidad del Estado de Mississippi, recurre ante el Supremo defendiendo la ley basándose en que *Roe* y *Casey* se decidieron erróneamente y que la ley es válida porque satisface los criterios de revisión constitucional.

### **3.3. La filtración del borrador de la sentencia**

La vista oral del caso en el Tribunal Supremo tuvo lugar el 1 de diciembre de 2021.<sup>115</sup> Cinco meses más tarde se filtra a la prensa el borrador de la sentencia a cargo del magistrado Samuel Alito.<sup>116</sup> Al día siguiente, el presidente del Tribunal Supremo, Roberts, hizo pública una

---

<sup>113</sup> Por "urgencia médica" entiende la ley una situación en la que, según el juicio del médico, es necesario practicar un aborto para preservar la vida de una mujer embarazada cuya vida corre peligro a causa de un trastorno físico, una enfermedad física o una lesión física, incluida una afección física potencialmente mortal derivada del propio embarazo, o cuando la continuación del embarazo creará un riesgo grave de deterioro sustancial e irreversible de una función corporal importante.

<sup>114</sup> A los efectos de la norma, se entiende por "anomalía fetal grave" una afección física potencialmente mortal que, de acuerdo con un juicio médico razonable, independientemente de la administración de tratamiento médico para salvar la vida, es incompatible con la vida extrauterina.

<sup>115</sup> Supreme Court of the United States, *Oral Argument – Audio* (Dobbs v. Jackson Women's Health Docket Number: 19-1392 Date Argued: 12/01/21, fecha de consulta 29 mayo 2023, en [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/audio/2021/19-1392](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/19-1392).

<sup>116</sup> J. GERSTEIN; A. WARD, «Exclusive: Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows», *POLITICO*, 2022, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>.

declaración en la que condenaba la filtración y anunciaba que había encargado a la alguacil del Tribunal Supremo, Gail Curley, que investigara los hechos y sus responsables. Roberts también confirmó la autenticidad del borrador.

Las reacciones de los magistrados fueron diversas, desde la visión fatalista de Thomas ("cuando se pierde esa confianza, especialmente en la institución en la que estoy, la institución cambia radicalmente. Empiezas a mirar por encima del hombro. Es como una especie de infidelidad, que puedes explicarla, pero no puedes deshacerla")<sup>117</sup> a la denuncia de la pérdida de legitimidad popular y a la identificación de la causa provida con la politización del Tribunal ("Los jueces se crean problemas de legitimidad... cuando se desvían hacia lugares donde parece que son una extensión del proceso político o cuando imponen sus propias preferencias personales")<sup>118</sup>. Las acusaciones sobre los motivos y responsables de la filtración se cruzaban en ambas direcciones: desde la izquierda se culpa a la derecha de intentar influir en los jueces del bloque conservador para no cambiar su voto a última hora y afianzarse en la anulación de *Roe*; desde la derecha se imputa a la izquierda intentar un revuelo mediático nacional que comprometa la independencia de los magistrados. Desde la histórica *American Civil Liberties Union* se legitima plenamente la filtración frente al peligro de un mal mayor (la derogación de *Roe*): "La violación del protocolo en el Tribunal palidece en comparación con la violación de las libertades constitucionales que el Tribunal está encargado de defender".<sup>119</sup>

Los elementos relevantes inmediatos de la filtración fueron de dos tipos.<sup>120</sup> En primer lugar, las responsabilidades para los jueces del Tribunal Supremo no quedaban tipificadas en caso de filtración, no así para los letrados del Tribunal, quienes verían muy seriamente comprometido su futuro profesional tras su contrato en el Supremo. En segundo lugar, la eventual responsabilidad profesional de los periodistas de la revista *Político*, Josh Gerstein y Alexander Ward, quienes podrían haber violado el Código Deontológico de la Sociedad de Periodistas Profesionales. Ninguna de estas dos responsabilidades (la de los letrados y la de los periodistas) ha llegado a sustanciarse.

---

<sup>117</sup> R. BARNES, «Clarence Thomas says Supreme Court leak has eroded trust in institution», *Washington Post*, 2022, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/05/14/clarence-thomas-supreme-court-leak-roe-trust/>.

<sup>118</sup> K. DEESE, «Justice Elena Kagan expects Supreme Court leak investigation update by end of month», *Washington Examiner*, 2022, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <https://www.washingtonexaminer.com/policy/courts/kagan-expects-scotus-leak-investigation-update-by-end-of-month>.

<sup>119</sup> «ACLU COMMENT ON REPORTING OF LEAKED SCOTUS OPINION OVERTURNING ROE», *American Civil Liberties Union*, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <https://www.aclu.org/press-releases/aclu-comment-reporting-leaked-scotus-opinion-overturning-roe>.

<sup>120</sup> S. D. GERBER, «The Leak of the Dobbs Draft», en Morgan Marietta (ed.) *SCOTUS 2022. Major Decisions and Developments of the US Supreme Court*, Palgrave Macmillan, 2022.

La filtración del borrador del caso *Dobbs* no carece de precedentes, uno de ellos precisamente con motivo del caso *Roe*. El día en que se iba a anunciar esa sentencia, el magistrado presidente Burger estaba sentado en su despacho leyendo la revista *Time*, en la que se anunciaba que el Tribunal Supremo había decidido anular casi todas las leyes antiabortistas del país; Burger ordenó que se investigara la fuente de la filtración y se denunció a Larry Hammond, letrado ayudante del Juez Powell, por haber proporcionado datos a la revista *Time*; Hammond se ofreció a dimitir, pero tras hablar con Powell y Burger, se le permitió quedarse.

El 19 de enero de 2023 la oficina de prensa del Tribunal Supremo publica la declaración del Tribunal acerca de la investigación.<sup>121</sup> Atendiendo a las averiguaciones efectuadas, el informe de la alguacil Gail Curley señala que no es posible determinar la identidad de ninguna persona que pueda haber divulgado el documento ni tampoco cómo llegó el borrador a la revista *Político*; nadie confesó haber divulgado públicamente el documento y ninguna de las pruebas disponibles proporcionó una base para identificar a la persona que filtró el documento. Aunque los investigadores y los expertos del Tribunal, concluye también el informe, no pueden descartar absolutamente un pirateo informático, las pruebas disponibles hasta la fecha no revelan indicios de acceso externo indebido. Los investigadores tampoco pueden descartar, añade el informe, la posibilidad de que el borrador del dictamen se divulgara por descuido o negligencia, por ejemplo, al dejarlo en un espacio público dentro o fuera de la sede del Tribunal. Tan solo se ha logrado identificar algunas indiscreciones domésticas sobre el borrador y sobre los votos de los magistrados. Por último, se recomienda adoptar para el futuro algunas medidas de prevención (no es infrecuente que, ante las agresiones, las administraciones públicas estadounidenses pasen de forma radical a la desconfianza estructural) como limitar drásticamente el número de personas que tienen acceso a los documentos importantes, establecer protocolos de seguridad relativos a los borradores de las sentencias y a la destrucción o reciclaje de documentos, revisar la seguridad de los procesos informativos internos, diseñar mecanismos informáticos de seguimiento de los documentos impresos, y facilitar una formación más detallada y clara a los funcionarios sobre las obligaciones de confidencialidad.

Ha pasado el tiempo, y la filtración del borrador de Alito es ya historia. La prensa especializada mantiene una sombra de duda acerca de si los propios magistrados fueron o no sometidos a investigación.<sup>122</sup> No creo que la filtración, al final, haya influido de forma decisiva para aumentar

---

<sup>121</sup> Supreme Court of the United States – Press Releases, *Press Release Regarding Investigation Report*, January 19 2023, fecha de consulta 30 mayo 2023, en [https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr\\_01-19-23](https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_01-19-23). La nota de prensa comprende el comunicado conjunto del Tribunal, el comunicado de Michael Chertoff validando la investigación realizada por la Alguacil del Tribunal y por último en informe de la propia Alguacil.

<sup>122</sup> J. GERSTEIN, «Five takeaways from Supreme Court leak investigation», *Político*, 2023, fecha de consulta 30 mayo 2023, en <https://www.politico.com/news/2023/01/19/five-takeaways-from-supreme-court-leak-investigation-00078673>.

o disminuir la confianza del pueblo americano en la institución judicial. Más bien, su huella se habrá notado con más intensidad intramuros en la vida diaria de los moradores del edificio “templo de la justicia” que, al menos durante un tiempo, vivirán en un clima de desconfianza.

### **3.4. El contenido de la sentencia *Dobbs***

La sentencia *Dobbs* se adopta el 24 de junio de 2022 por 6-4, siguiendo (esta vez con total claridad) la línea divisoria que marca el partido (republicano o demócrata) del presidente que nombró a cada uno de los jueces.<sup>123</sup> El ponente de la sentencia es Samuel Alito.

El elemento respecto del cual se pide al Tribunal que se pronuncie es si todos los abortos previos a la viabilidad del feto o todos los abortos electivos (i.e. no amparados por una causa de justificación) son inconstitucionales. Y los elementos fundamentales de la sentencia que aquí querría destacar son tres: existencia o no de un derecho fundamental al aborto, aplicabilidad a *Roe* de la doctrina del precedente y un nuevo criterio de revisión de la constitucionalidad de las restricciones normativas al acceso al aborto.

#### *3.4.1. ¿Existe en la Constitución americana un derecho al aborto?*

Vayamos al primero de esos elementos: existencia en la Constitución americana de un derecho al aborto. Constata la sentencia que la Constitución no hace referencia expresa al derecho a obtener un aborto y, en consecuencia, quienes alegan que ese derecho existe en la Constitución deben demostrar que está implícito en el texto. *Roe* entendía que, aun no explícito, el derecho estaba en la suprema norma como parte del derecho a la intimidad, que tampoco aparece reconocido en el texto constitucional; derecho a la privacidad que, para *Roe*, emanaba de las Enmiendas Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta: el derecho al aborto podía encontrarse, por tanto, “en algún sitio” de la norma suprema, aunque su localización precisa no era algo definitivo o decisorio. Por su parte, *Casey* no mantuvo esta postura imprecisa, sino que sostiene que el derecho al aborto es parte de la “libertad” protegida por la Decimocuarta Enmienda. De fondo, la teoría constitucional que sustenta estos argumentos es que la cláusula del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda tiene no solo un contenido procesal o procedimental, sino también un contenido sustantivo.

Respecto de este último, los derechos comprendidos o reconocidos a través de esa Enmienda son, o bien los declarados en las ocho primeras Enmiendas (aplicables al gobierno federal, pero también en virtud de la “doctrina de la incorporación” a los estados de la Unión), o bien una segunda categoría de derechos (que son los que aquí importan) no mencionados por la Constitución, pero que forman parte del bloque iusfundamental si el derecho está “profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición” y si es esencial para el “esquema de

---

<sup>123</sup> *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et Al.*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022).

libertad ordenada” de la Nación.<sup>124</sup> Ese arraigo histórico del derecho innominado ya fue estudiado por el Tribunal Supremo en relación con el suicidio asistido, llegando a la conclusión de que no hay tal arraigo, no está amparado por la cláusula del debido proceso legal.<sup>125</sup> El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que hasta finales del siglo XX, no existía el derecho constitucional a abortar. Ninguna disposición constitucional estatal había reconocido tal derecho. En el *Common law* inglés no existió ese derecho: que no estuviera considerado homicidio antes del movimiento fetal, o que la gradación de la pena fuera distinta en diversas épocas o en diversas autoridades, no quiere decir que el aborto constituyera un derecho fundamental; las autoridades clásicas del derecho inglés (como Blackstone, Coke, Hale, o mucho antes Bracton) describían el aborto practicado tras el tiempo del movimiento fetal como una acción criminal. El motivo original para establecer una distinción entre abortos antes o después del movimiento fetal no está del todo claro, pero algunos han atribuido la norma a la dificultad de demostrar, con los medios científicos rudimentarios disponibles, que hubiera un ser vivo antes de ese movimiento fetal; no obstante, esa regla perdió su importancia, pues ese criterio se abandonó en el siglo XIX, los tratadistas y comentaristas criticaron la distinción del movimiento, por no estar de acuerdo ni con el resultado de la experiencia médica ni con los principios del *Common law*, de forma que en Estados Unidos, durante el siglo XIX, la gran mayoría de los Estados promulgaron leyes que penalizaban el aborto en todas las todas las fases del embarazo. Más en concreto, en 1868 (año en que se ratificó la Decimocuarta Enmienda) tres cuartas partes de los Estados, 28 de 37, habían promulgado leyes que tipificaban el aborto como delito incluso antes del movimiento fetal.<sup>126</sup> A finales de la década de 1950, las leyes de todos los Estados, excepto cuatro y el Distrito de Columbia prohibían el aborto a menos que se realice para salvar o preservar la vida de la madre; este consenso abrumador perduró hasta el día en que se decidió *Roe*. A la vista de todos estos datos, resulta

---

<sup>124</sup> *In deciding whether a right falls into either of these categories, the Court has long asked whether the right is “deeply rooted in [our] history and tradition” and whether it is essential to our Nation’s “scheme of ordered liberty.”* *Timbs v. Indiana*, 586 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2019) (*slip op.*, at 3) (*internal quotation marks omitted*); *McDonald*, 561 U. S., at 764, 767 (*internal quotation marks omitted*); *Glucksberg*, 521 U. S., at 721 (*internal quotation marks omitted*). *And in conducting this inquiry, we have engaged in a careful analysis of the history of the right at issue.* 597 U. S. \_\_\_ at 12 (2022).

<sup>125</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

<sup>126</sup> Un estudio filológico de *big data* basado en los escritos de la época muestra que es imposible que la Constitución americana reconociera un derecho al aborto, pues entonces en el idioma inglés la palabra aborto significaba “aborto espontáneo”, no aborto provocado. C. D. CUNNINGHAM, «“Abortion” in the Founding Era: A Reply to Methodological Critiques of Miller & Bacallao, Justice Alito’s Question», *Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper Forthcoming*, 2022, fecha de consulta 10 julio 2022, en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4145941](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4145941); S. N. MILLER; M. K. BACALLAO, «Justice Alito’s Question: “Can it be said that the right to abortion is deeply rooted in the history and traditions of the American people?” Corpus linguistic evidence suggests the answer is “No.”», *Harvard Journal of Law & Public Policy - Per Curiam*, 11, 2022, (2022).

evidente que el aborto no está profundamente arraigado en la historia y tradición de los Estados Unidos.

El Tribunal señala que los partidarios de *Roe* y *Casey* sostienen que el derecho al aborto es parte integrante de un arraigado derecho más amplio, que *Roe* denominó derecho a la intimidad y *Casey* describió como la libertad de tomar decisiones íntimas y personales que son fundamentales para la dignidad y la autonomía personales. *Casey* se explayó exponiendo una teoría sobre las esferas vitales inmunes a la intervención estatal: en el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de la existencia, del significado, del universo y del misterio de la vida humana. Pero, en cualquier caso, en *Casey* no se afirmó que ese derecho de amplio alcance fuera absoluto, y tal afirmación no sería plausible. Aunque los individuos son ciertamente libres de pensar y decir lo que deseen sobre la “existencia”, el “significado”, el “universo” y “el misterio de la vida humana”, no siempre son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos. La facultad de actuar conforme con tales creencias puede corresponder a una de las muchas formas de entender la libertad, pero desde luego no es “libertad ordenada”. La libertad ordenada establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos. El concepto histórico de libertad ordenada de la Nación americana no impide que los representantes elegidos por el pueblo decidan cómo debe regularse el aborto. El derecho a abortar tampoco tiene una base sólida en los precedentes. Estos intentos de justificar el aborto mediante apelaciones a un derecho más amplio a la autonomía y a definir el propio “concepto de existencia” resultan excesivos. Lo que distingue claramente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que se basan *Roe* y *Casey* es algo que ambas decisiones admitieron, que el aborto destruye lo que esas decisiones denominan “vida potencial” y lo que la ley en este caso considera la vida de un “ser humano no nacido”, interés que no se ha contrapuesto de forma adecuada para la delimitación del pretendido derecho al aborto que, por tanto, no puede considerarse tal bajo esa perspectiva de la “libertad ordenada”.

#### 3.4.2. *¿Debe permanecer Roe conforme a la doctrina del precedente?*

Como se recordará, *Casey* fue la sentencia del Tribunal Supremo que marcaba un cambio de criterio práctico en las restricciones al aborto y, simultáneamente, confirmaba “de fondo” la validez de *Roe* también sobre la base de la doctrina de los precedentes (*stare decisis*, mantener los casos decididos o las sentencias anteriores).

En esta ocasión, el Tribunal Supremo revisa la doctrina de los precedentes y entiende que no se aplica a *Roe*. ¿A qué se debe este cambio de criterio respecto de *Casey*?

Para empezar, el Tribunal recuerda algunas de las razones que justifican la doctrina de los precedentes: proteger los intereses de aquellos que han tomado medidas basándose en una decisión anterior, reducir los incentivos para impugnar los precedentes establecidos, ahorrando nuevos litigios, fomentar la imparcialidad al exigir que los casos similares se decidan de la misma manera, contribuir a la integridad real y percibida del proceso judicial y frenar la arrogancia judicial al recordar al juzgador que debe respetar el juicio de quienes decidieron casos importantes en el pasado. Al mismo tiempo, el Tribunal advierte que el precedente no es una regla fija y que cuando

una sentencia emprende el mal camino el país soporta la mala decisión a menos que el Tribunal corrija su propio error, cosa que hizo en su momento en temas importantes como la segregación en las escuelas públicas, la normativa sobre el salario mínimo o la exención a los escolares testigos de Jehová del obligatorio saludo a la bandera nacional. En el caso de *Roe y Casey*, el Tribunal entiende que hay factores que juegan a favor de la anulación de aquella decisión: la naturaleza de su error, que dañó la convivencia nacional y cortocircuitó el proceso democrático legislativo; la calidad de su razonamiento, fundado en bases débiles respecto de la historia y los precedentes, junto con la viabilidad que es un criterio poco claro; la “utilidad” de la decisión de la Corte en cuanto a su razonamiento, especialmente el criterio establecido en *Casey* de la “carga indebida” (*undue burden*) que no parece que pueda entenderse y aplicarse de manera coherente y previsible, y que provoca la disparidad de criterios dependiendo de cada tribunal federal que conozca del litigio; el efecto producido en otras áreas del derecho (como diluir la norma estricta para las impugnaciones constitucionales, omisión de los principios estándar de *res judicata* y las normas relativas a la interpretación favorable a la constitucionalidad, distorsión de las doctrinas de la Primera Enmienda).

No debiera extrañar a los partidarios del activismo judicial que el Tribunal pueda anular precedentes con cierta facilidad: durante la “Era Warren” se anularon 45 precedentes, mientras que desde el comienzo de la historia del tribunal hasta ese momento solo se habían anulado 88...<sup>127</sup> Al final, el activismo judicial parece que solo puede jugar en un sentido: el propio... Este uso partidista del activismo ya había sido denunciado por el defenestrado Bork, candidato al Supremo propuesto por Reagan: “¿Qué podría decir un admirador del Tribunal Warren si el Tribunal Supremo llegara a estar dominado por activistas conservadores?”<sup>128</sup> De todos modos, el Tribunal zanja la acusación de provocar innecesariamente la pérdida de legitimidad y confianza del pueblo americano con un argumento del magistrado Renhquist: “El poder judicial deriva su legitimidad, no de seguir la opinión pública, sino de decidir con sus mejores luces si las promulgaciones legislativas de los poderes del Gobierno se ajustan a la Constitución. La doctrina de *stare decisis* es un complemento de este deber, y no debería estar más sujeta a los caprichos de la opinión pública de lo que está la tarea judicial”.<sup>129</sup>

### 3.4.3. El nuevo criterio de revisión de las restricciones al aborto

En general, para analizar la conformidad de una norma con la Constitución, el Tribunal Supremo opera con tres niveles atendiendo a la importancia del derecho fundamental implicado. De menor a mayor, dichos niveles son: *rational basis test*, *intermediate scrutiny test* y *strict scrutiny test*.

---

<sup>127</sup> J. L. WALTMAN, *Principled judicial restraint*, cit., cap. 2 How We Got Here, Part 1: From the Old Activism to the Warren Court.

<sup>128</sup> R. H. BORK, *The tempting of America: the political seduction of the law*, Free Press, New York, 1990, p. 265.

<sup>129</sup> 505 U. S., at 963.

*Rational basis test*, la “prueba del fundamento racional”, se emplea para determinar la constitucionalidad de un reglamento o de una ley ordinaria; para superar la prueba del fundamento racional, la ley u ordenanza debe tener un interés estatal legítimo y debe existir una conexión racional entre los medios y los objetivos de la ley u ordenanza. *Intermediate scrutiny test*, o prueba de escrutinio intermedio, se utiliza para determinar la constitucionalidad de una ley estatal o federal que afecta negativamente a determinadas clases protegidas; para superar el escrutinio intermedio, la ley impugnada debe promover un interés gubernamental importante y debe hacerlo por medios que estén sustancialmente relacionados con ese interés. En el nivel superior, la prueba de escrutinio estricto, *strict scrutiny test*, es una forma de revisión judicial que los tribunales utilizan para determinar la constitucionalidad de ciertas leyes que infringen los derechos fundamentales recogidos en la Constitución; para superar el escrutinio estricto, la norma impugnada debe promover un “interés gubernamental imperioso” (*compelling state interest*) y debe haberla adecuado estrictamente para lograr ese interés.

Pues bien: en la sentencia que analizamos, el Tribunal establece que el *rational basis test* es el criterio apropiado para las impugnaciones contra normas que restrinjan el aborto: el acceso al aborto no es un derecho constitucional porque tal derecho no tiene base en el texto de la Constitución o en la historia de la Nación. Los intereses legítimos que pueden justificar la norma restrictiva del aborto serían, a modo de ejemplo para el Tribunal, el respeto y la preservación de la vida prenatal en todas las etapas del desarrollo, la protección de la salud y la seguridad maternas, la eliminación de procedimientos médicos particularmente crueles, la preservación de la integridad de la profesión médica, la mitigación del dolor fetal o la prevención de la discriminación por motivos de raza, sexo o discapacidad. A la luz de esas consideraciones, la ley de Mississippi no es contraria a la Constitución.

Escapa al propósito de esta investigación un estudio más pormenorizado de los votos particulares, aunque no puede dejar de señalarse algunos rasgos generales de los mismos. En primer lugar, el voto particular del magistrado presidente Roberts sostiene que podría haberse llegado a declarar que la ley enjuiciada es compatible con la Constitución sin necesidad de anular el precedente *Roe*: “La anulación de la norma subsidiaria [la viabilidad] era suficiente para resolver este caso a favor de Mississippi. La ley en cuestión permite abortar hasta las quince semanas, lo que proporciona una oportunidad adecuada para ejercer el derecho que protege *Roe*.”<sup>130</sup>

Por su parte, el magistrado Clarence Thomas se manifiesta partidario de interpretar de forma restrictiva la cláusula del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, es decir, reconociendo que no incluye derechos sustantivos: “Considerables pruebas históricas indican que el ‘debido proceso legal’ sólo exigía que el poder ejecutivo y el judicial cumplieran con las promulgaciones legislativas y el derecho consuetudinario al privar a una persona de la vida, la

---

<sup>130</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ at 9 (ROBERTS, C. J., concurring in judgment).

libertad o la propiedad (...) la cláusula del debido proceso legal garantiza a lo sumo el proceso (...) el 'debido proceso sustantivo' es un oxímoron que 'carece de base en la Constitución' (...) Dado que la cláusula del debido proceso legal no protege derechos sustantivos, no garantiza el derecho al aborto (...) En casos futuros, deberíamos reconsiderar todos los precedentes de este Tribunal en materia de debido proceso sustantivo, incluidos *Griswold*, *Lawrence* y *Obergefell*, puesto que cualquier decisión sobre el debido proceso sustantivo es 'demostrablemente errónea'".<sup>131</sup> Este posicionamiento de Thomas propició la cancelación de sus clases en la George Washington University, a consecuencia de las protestas de los estudiantes.

El extenso voto disidente firmado por Breyer, Sotomayor y Kagan es una crítica total a la decisión mayoritaria, que manifiesta otra forma de ver la función constitucional del Tribunal Supremo, una especie de "foro de principios"<sup>132</sup> generales que den cauce a las demandas y expectativas sociales del momento; "[e]l poder, no la razón, es la nueva moneda de cambio de este Tribunal en la toma de decisiones (...) *Roe* se ha mantenido durante cincuenta años. *Casey*, un precedente sobre el precedente que confirma específicamente *Roe*, se ha mantenido desde hace treinta. Y la doctrina de *stare decisis* —un elemento crítico del estado de derecho— respalda incondicionalmente su existencia continuada. El derecho que esas decisiones establecieron y preservaron está incrustado en nuestra ley constitucional (...) originándose otros derechos que protegen la integridad corporal, la autonomía personal y las relaciones familiares. El derecho al aborto también está arraigado en la vida de las mujeres, en sus expectativas, influye en sus decisiones sobre relaciones y el trabajo, apoyando (como hacen todos los derechos reproductivos) su igualdad social y económica. Desde el reconocimiento (y la afirmación) del derecho, nada ha cambiado para apoyar lo que hoy hace la mayoría. Ni la ley ni los hechos ni las actitudes han aportado nuevas razones para un resultado diferente al de *Roe* y *Casey*. Lo único que ha cambiado es este Tribunal."<sup>133</sup>

### 3.5. Algunas reflexiones en un nuevo marco estratégico sobre el aborto

Tras hacerse pública la sentencia *Dobbs*, en los medios jurídicos abortistas se produce lo que se podría denominar una "maximización de la derrota" en virtud de la terminología catastrofista empleada con el fin de avergonzar a los vencedores por su "malicioso *extravincere*". Por ejemplo, en alguna revista jurídica se ha sostenido que el razonamiento de *Dobbs* abonaría el derecho a

---

<sup>131</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ at 1-3 (THOMAS, J., concurring).

<sup>132</sup> J. WALDRON, «Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, 22-39, 2022, fecha de consulta 10 julio 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4144889>.

<sup>133</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ at 57 (BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., dissenting).

la violación marital (*marital rape*)<sup>134</sup>, en otros artículos se sostiene que el siguiente paso a nivel estatal será la criminalización de la fecundación artificial, la penalización de la contracepción y la definición legal del comienzo de la vida con la fertilización o la calificación por ley del embrión como “persona natural”.<sup>135</sup> Para otros, en fin, *Dobbs* significa el embarazo y alumbramiento forzosos para muchas mujeres, así como el aumento de traumas físicos y emocionales, de enfermedades mentales y muertes<sup>136</sup>; y en los casos de violación o incesto, unos efectos devastadores permanentes para el resto de la vida de las mujeres en aquellos estados en los que la ley no admita el aborto para esos supuestos.

Al margen de los grandes titulares de prensa (o de revistas jurídicas también) un análisis más detallado revela que el impacto práctico no será tan evidente<sup>137</sup> y que las consecuencias jurídicas no son tan radicales. *Dobbs* silencia todo lo referente a considerar persona al *nasciturus*<sup>138</sup> y si una constitución estatal establece que el aborto es un derecho fundamental “es como si *Dobbs* nunca hubiera sucedido” en ese Estado.<sup>139</sup> El gobierno federal a través de la Secretaría de Salud se reunió con varios gobernadores demócratas para hablar de las medidas que puede tomar el gobierno federal para mantener el acceso al aborto. Las organizaciones médicas estadounidenses han criticado la decisión con fuerza. Grandes empresas y empleadores respondieron a la probabilidad de que se anulara *Roe* (y, posteriormente, a la decisión de *Dobbs*) anunciando políticas de asistencia a las empleadas que solicitan abortos en los estados que los prohíben.<sup>140</sup> Los *ballots* (iniciativas populares y referendos) estatales tras la sentencia *Dobbs* con

---

<sup>134</sup> T. KORDSIEMON, «A Right to Marital Rape? The Immorality of the Dobbs Approach to Unenumerated Rights», *Houston Law Review Online*, 2022, fecha de consulta 22 octubre 2022, en <https://houstonlawreview.org/article/38040>.

<sup>135</sup> M. F. DAVIS, «The state of abortion rights in the US», *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, vol. 159, 1, 2022; G. LETTERIE; D. FOX, «Legal personhood and frozen embryos: implications for fertility patients and providers in post- *Roe* America», *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 10, 1, 2023.

<sup>136</sup> W. ACEVES, «The Problem with Dobbs and the Rule of Legality», *Georgetown Law Journal Online*, vol. 111, 2022, pp. 77-78, fecha de consulta 24 abril 2023, en <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-111/the-problem-with-dobbs-and-the-rule-of-legality/>.

<sup>137</sup> G. N. ROSENBERG, «Abortion After Dobbs», *Law & Courts Newsletter*, vol. 32, 2, 2022, fecha de consulta 29 enero 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4323249>.

<sup>138</sup> G. V. BRADLEY, «Dobbs and Constitutional Limits on Abortion», *Human Life Review*, vol. 48, 3, 2022.

<sup>139</sup> E. MECHMANN, «The Legal Consequences of Dobbs», *Human Life Review*, vol. 48, 3, 2022, p. 23.

<sup>140</sup> Accenture, Adobe, Airbnb, Amazon, Apple, Bank of America, Ben & Jerry's, BlackRock, Bloomberg L.P., Boston Consulting Group, Box, Bumble, BuzzFeed, Citigroup, Chobani, Condé Nast, Culture Amp, CVS Health Corp., Danone North America, Dell, Deloitte U.S., Dick's Sporting Goods, Discord, DoorDash, Estée Lauder, Expedia, Fidelity, Ford Motor, Goldman Sachs, Google, H&M, Hewlett-Packard, Ikea U.S., Impossible Foods, Intuit, Johnson & Johnson, JPMorgan Chase, KPMG U.S., Levi Strauss, Lyft, Macy's, Mastercard, Match Group, Meta, Microsoft, Neiman Marcus Group, Netflix, The New York Times Company, Nike, Nordstrom, OpenSea, Paramount, Patagonia, PayPal, PricewaterhouseCoopers, Procter & Gamble,

motivo de las *mid-term elections* de noviembre de 2022 no han significado un avance de la causa provida: la cuestión se dilucidaba en los estados de California, Kentucky, Michigan, Montana y Vermont. En Kentucky se preguntó a los votantes si estaban a favor de añadir a la Constitución del estado un texto que prohibiera su interpretación en el sentido de establecer un derecho constitucional estatal al aborto. En Montana, los votantes decidieron si los bebés “nacidos vivos en cualquier fase de desarrollo son personas legales” que “requieren atención médica”. En California, Michigan y Vermont se preguntó a los votantes si querían añadir un derecho constitucional al aborto a sus constituciones estatales. Los partidarios del acceso al aborto ganaron las cinco consultas electorales con márgenes de cincuenta y cuatro puntos en Vermont (77-23), treinta y cuatro puntos en California (67-33) y catorce puntos en Michigan (57-43). La medida de Montana fue derrotada por catorce puntos (43-57). Sólo en Kentucky la votación fue ajustada, perdiendo la medida antiabortista por cuatro puntos (48-52).<sup>141</sup> Dada la fuerte interrelación entre la política estadounidense y la cuestión del aborto, el tema ha supuesto una fuerte baza en las *mid-term elections*, y así cabría deducirlo de los espectaculares resultados obtenidos por el partido demócrata.<sup>142</sup> En fin, la medicalización del aborto<sup>143</sup> y la tele-medicina por internet (tanto desde dentro como desde fuera de los Estados Unidos),<sup>144</sup> hacen desaparecer la visibilidad social del aborto. Los grupos provida han puesto el acento en la necesidad de un nuevo clima social reivindicativo de mejores políticas sociales que destierren el aborto como solución:<sup>145</sup> asistencia sanitaria accesible y asequible para padres e hijos, incluida la ampliación

---

Ralph Lauren, Reddit, Rivian, Salesforce, Sephora, Snap, Starbucks, Target, Tesla, The Body Shop, Uber, UnitedHealth Group, URBN, Vanguard, Vimeo, Vox Media, Walt Disney, Warner Brothers, Wells Fargo, Yahoo, Yelp, Zillow.

<sup>141</sup> G. N. ROSENBERG, «Abortion After Dobbs», cit., p. 27.

<sup>142</sup> D. SCOTT, «The midterms were a resounding win for abortion rights — with one exception», *Vox*, 2022, fecha de consulta 10 noviembre 2022, en <https://www.vox.com/policy-and-politics/23444732/2022-midterm-elections-results-abortion-rights-nebraska-north-carolina>; M. YGLESIAS, «Democrats are doing far better than expected. How come?», *The Guardian*, 2022, fecha de consulta 13 noviembre 2022, en <https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/nov/09/democrats-did-far-better-than-expected-how-come>.

<sup>143</sup> En la actualidad pendiente de determinar la regularidad de la aprobación de la mifepristona por la *Food and Drug Administration* en el caso *Alliance for Hippocratic Medicine v. U.S. Food and Drug Administration*, No. 2:22-cv-00223-Z.

<sup>144</sup> R. ACKERMANN, «Abortion pills via telemedicine: 10 Breakthrough Technologies 2023», *MIT Technology Review*, 2023, fecha de consulta 15 enero 2023, en <https://www.technologyreview.com/2023/01/09/1064871/abortion-pills-telemedicine-10-breakthrough-technologies-2023/>.

<sup>145</sup> J. VAN MAREN; E. SCHEIDLER; C. CAMOSY; J. BRAHM, «Building a Post-Roe Future. It's time for the pro-life movement to embrace bold, new pro-family policies», fecha de consulta 29 enero 2023, en <https://postroefuture.com/>.

de la financiación de *Medicaid* para la atención prenatal, el parto y los gastos posparto; ampliación de los créditos fiscales por hijos que promuevan la formación de familias y saquen a los niños de la pobreza; permisos parentales retribuidos que garanticen que todos los niños puedan recibir la atención y los cuidados que necesitan en los primeros meses de vida; horarios de trabajo flexibles que permitan a las familias establecer una vida hogareña tranquila, con horarios de trabajo predecibles y mejores opciones de empleo a tiempo parcial; opciones de guarderías asequibles que apoyen a los padres que trabajan, sin desincentivar la opción de criar a los niños pequeños en casa, que muchas familias dicen preferir; plena aplicación de las leyes vigentes sobre manutención prenatal de los hijos y búsqueda de nuevas formas eficaces de exigir responsabilidad del varón de los hijos que engendra, etc.

Desde el punto de vista de la legislación, los efectos de la sentencia *Dobbs* se despliegan en varias direcciones. Por un lado, la derogación de *Roe* supuso la automática entrada en vigor de las llamadas *trigger laws* (leyes aprobadas, pero que no entran en vigor hasta producirse una circunstancia concreta) restrictivas del aborto en 13 estados.<sup>146</sup> Por otro lado, estas u otras leyes se ven recurridas ante las jurisdicciones estatales o federales; así por ejemplo el 12 de agosto de 2022 el Tribunal Supremo de Idaho se negó a emitir una orden judicial de suspensión cautelar para impedir la aplicación, mientras esté pendiente el litigio, de una *trigger law* estatal;<sup>147</sup> pocos días después, sin embargo, un tribunal federal declaraba que la normativa federal de tratamientos médicos de urgencia (*Emergency Medical Treatment and Labor Act*) tenía prioridad sobre la ley estatal en materia de aborto.<sup>148</sup> También ante el Tribunal Supremo de Louisiana, el 14 del mismo mes de agosto, se solicitó la suspensión cautelar de una *trigger law* estatal, pero el Tribunal denegó la medida cautelar.<sup>149</sup> En el caso *Planned Parenthood of Michigan v. Attorney General of the State of Michigan*, la *Court of Claims* dictó una orden judicial permanente que impedía la aplicación de la prohibición del aborto anterior a *Roe*; la orden era consecuencia de la medida cautelar previa del Tribunal contra la aplicación y que sostuvo que la aplicación de la prohibición violaría las cláusulas del debido proceso legal y de la igualdad de protección de la Constitución de Michigan.<sup>150</sup> En Georgia, el Tribunal Supremo estatal invalidó, por una mayoría de 7 sobre 9 jueces, la suspensión cautelar de la *Heartbeat Abortion Ban* decretada por un tribunal estatal

---

<sup>146</sup> N. CAHN, «What triggers the ‘trigger laws’ that could ban abortions?», *The Conversation*, 2022, fecha de consulta 5 junio 2023, en <https://theconversation.com/what-triggers-the-trigger-laws-that-could-ban-abortions-184361>.

<sup>147</sup> *Planned Parenthood v. State of Idaho*, Docket Nos. 49615, 49817, 49899, 12 August 2022.

<sup>148</sup> *United States v. State of Idaho*, Case No. 1:22-cv-00329-BLW (D ID, Aug. 24, 2022).

<sup>149</sup> *June Medical Services, LLC v. Landry*, (LA Sup. Ct., Aug. 11, 2022).

<sup>150</sup> *Planned Parenthood of Michigan v. Attorney General of the State of Michigan*, Case No. 22-000044-MM (MI Ct. Cl., Sept. 7, 2022).

inferior.<sup>151</sup> En enero de 2023, en el caso *Planned Parenthood South Atlantic v. State of South Carolina*, el Tribunal Supremo de Carolina del Sur declaró inconstitucional la estatal *Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act*.<sup>152</sup> El 31 de mayo de 2023, el Tribunal Supremo de Oklahoma, en una decisión de 6-3, declaró inconstitucionales dos prohibiciones del aborto promulgadas recientemente.<sup>153</sup>

Los ejemplos podrían multiplicarse. Nos encontramos, en resumen, en un momento en el que las leyes de los cincuenta estados se resitúan tras la sentencia *Dobbs*,<sup>154</sup> sea para restringir el aborto, sea para protegerlo, pero simultáneamente esas leyes son recurridas ante los tribunales estatales, que pueden declararlas conformes o contrarias a las constituciones de cada uno de los estados.

“Desde las gradas”, en esta suerte de “tercer tiempo” de un partido de fútbol americano, el público más afín a la posición abortista anima a su equipo atacante a aprender y emular lo que hicieron los conservadores durante las dos últimas generaciones, resistiendo las decisiones del Tribunal Supremo con las que discrepaban enérgicamente, logrando que se aprueben leyes que desafíen o socaven las sentencias objetables del Tribunal Supremo y buscando medios para reducir el impacto de dichas sentencias.<sup>155</sup>

#### 4. ABORTO Y FACTOR RELIGIOSO EN ESTADOS UNIDOS

En un artículo divulgativo posterior a *Dobbs* el conocido constitucionalista americano Laurence Tribe afirmaba: “El movimiento teocrático para promover la gobernanza basada en la religión — la antítesis de la auténtica libertad religiosa— ha establecido como ley del país la posición esencialmente irracional avanzada en *Dobbs*, sustituyendo el compromiso entre vida y libertad plasmado en *Roe* y *Casey* por la afirmación absolutista de que la existencia de una vida potencial

---

<sup>151</sup> *State of Georgia v. SisterSong Women of Color Reproductive Justice Collective*, Case No. S23M0358 (GA Sup. Ct., Nove 23, 2022)

<sup>152</sup> *Planned Parenthood South Atlantic v. State of South Carolina*, Appellate Case No. 2022-001062 Opinion No. 28127 (SC Sup. Ct., Jan. 5, 2023).

<sup>153</sup> *Oklahoma Call for Reproductive Justice v. State of Oklahoma*, 2023 OK 6, Case Number: 120376 (OK Sup. Ct., May 31, 2023).

<sup>154</sup> National Conference of State Legislatures, *State Abortion Laws in the Absence of Roe v. Wade*, June 24, 2022, fecha de consulta 5 mayo 2023, en <https://www.ncsl.org/health/state-abortion-laws-in-the-absence-of-roe-v-wade>.

<sup>155</sup> L. C. McCLAIN; J. E. FLEMING, «Ordered Liberty after Dobbs», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 35, 2023, p. 641; D. S. COHEN; G. DONLEY; R. REBOUCHÉ, «Re-Thinking Strategy after Roe», *Stanford Law Review Online*, vol. 75, 2022, fecha de consulta 16 julio 2022, en <https://www.stanfordlawreview.org/online/rethinking-strategy-after-dobbs/>.

transforma instantánea y automáticamente el cuerpo de una mujer en un recipiente que los gobiernos son libres de regular como les parezca.”<sup>156</sup>

Fue el mismo Tribe quien declaró que la sentencia *Roe* sería un exponente claro de la separación Iglesia-Estado, pues a su juicio nunca se puede justificar de forma netamente secular (o sin argumentos religiosos) la prohibición del aborto.<sup>157</sup>

Por lo demás, un esquema jurídico-político basado en políticas identitarias atribuye a la argumentación y al sector provida un sesgo religioso y heteropatriarcal.<sup>158</sup> Incluso, la causa abortista ha sido fagocitada por nuevas creencias y espiritualidades de sesgo neopagano que asocian feminismo, política identitaria y aborto.<sup>159</sup>

En conclusión, podría parecer que en Estados Unidos el aborto es un debate en el que el derecho sería simplemente la correa de transmisión bien de la teocracia (*Dobbs*), bien del secularismo (*Roe*). ¿Qué puede decirse al respecto?

#### 4.1. ¿Teocracia en el Tribunal Supremo?

¿Hay relación entre afiliación religiosa y voto en la sentencia *Dobbs*? La respuesta es negativa. La mayoría de los magistrados del Supremo que votó la sentencia *Dobbs*, de forma directa o coincidiendo en el resultado, son católicos. Lo son el magistrado jefe Roberts, Thomas, Alito, Kavanaugh y Barret. No lo es Gorsuch, que es episcopaliano, aunque votara con ellos. Simultáneamente, Sotomayor, que firma el voto disidente de la sentencia, es católica.

La relación entre la afiliación religiosa de los jueces del Supremo y su voto en asuntos relativos al aborto no es lineal. Algunos ejemplos. El católico juez Anthony M. Kennedy votó a favor del

---

<sup>156</sup> L. H. TRIBE, «Deconstructing Dobbs», *The New York Review*, 2022, fecha de consulta 16 febrero 2023, en <https://www.nybooks.com/articles/2022/09/22/deconstructing-dobbs-laurence-tribe/>.

<sup>157</sup> (...) *a broader establishment clause issue, going to a whole area of governmental regulation, is raised whenever the views of organized religious groups have come to play a pervasive role in an entire subject's legislative consideration for reasons intrinsic to the subject matter as then understood (...) Forbidding the destruction of living human beings, the proposed justification with which the analysis in this section began, states a compelling secular purpose, but not one whose connection with the destruction of fetal "life" can be established in any wholly secular way. Thus, given the problem of religious entanglement, any justification for a governmental role in the abortion decision must be grounded in some other compelling secular objective (...) arguments advancing fetal humanity as the basis for a governmental prohibition of abortion necessarily involved the entanglement of religion with politics.* L. TRIBE, «Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law», *Harvard Law Review*, vol. 87, 1973, pp. 27, 25, 23.

<sup>158</sup> J. R. ABRAMS, «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», cit., p. 143.

<sup>159</sup> T. I. BURTON, *Strange Rites: New Religions for a Godless World*, PublicAffairs, New York, 2020, cap. 6. The Magic Resistance; en contra de la asociación igualdad-aborto, E. BACHIOCHI, «Embodied Equality: Debunking Equal Protection Arguments for Abortion Rights», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34, 3, 2011.

aborto en *Casey*. Byron R. White era episcopaliano y votó contra el aborto, mientras que Souter, también episcopaliano, lo hizo a favor. Brennan era católico y votó a favor del aborto en *Roe*... Lo mismo sucede en otros ámbitos de la vida pública americana, como es sabido, pues el presidente Biden, piadoso católico, es un ferviente defensor del aborto,<sup>160</sup> como lo es igualmente la católica Nancy Pelosi, expresidente de la Cámara de Representantes.

#### 4.2. El lenguaje de las sentencias examinadas

En la sentencia *Dobbs* las referencias al *nasciturus* suelen adoptar dos términos: *potential life*, término adoptado de la decisión *Roe*, y *unborn human being*. No se declara la personalidad del no nacido. Y no se adoptan argumentos de carácter religioso, filosófico o ni siquiera biológicos o médicos para atribuir personalidad al no nacido; como mucho, se indica (sin adoptar esas afirmaciones como criterio decisorio propio) que en el siglo XIX se abandonó el movimiento fetal como criterio de responsabilidad criminal por el aborto provocado. Se afirma igualmente que la viabilidad de *Roe* es un criterio superado, que no encuentra apoyo ni siquiera entre los filósofos y eticistas que intentan justificar la licitud del aborto.<sup>161</sup>

Las referencias a la religión, las creencias, etc. suelen venir de parte de las tesis favorables al aborto. Veamos algún ejemplo al respecto:

- “El Tribunal *Roe* sabía que pisaba un terreno difícil y controvertido. Comprendió que las ‘experiencias’, los ‘valores’ y la ‘formación religiosa’ y las creencias de diferentes personas conducían a ‘opiniones opuestas’ sobre el aborto.”<sup>162</sup>
- “La filosofía de cada uno, sus experiencias, su exposición a la crudeza de la existencia humana, su formación religiosa, sus actitudes hacia la vida y la familia y sus valores, y las normas morales que uno establece y trata de observar, todo ello puede influir y teñir su pensamiento y sus conclusiones sobre el aborto.”<sup>163</sup>
- “La ausencia de un delito de derecho común para el aborto precoz parece haberse desarrollado a partir de una confluencia de conceptos filosóficos, teológicos y de derecho civil y canónico anteriores sobre cuándo comienza la vida. Estas disciplinas enfocaban

---

<sup>160</sup> Parece que solo ha cambiado de postura respecto de la financiación. M. ZIEGLER, *Abortion and the law in America*, cit., p. 39.

<sup>161</sup> *This arbitrary line has not found much support among philosophers and ethicists who have attempted to justify a right to abortion (...) viability is heavily dependent on factors that have nothing to do with the characteristics of a fetus (...) The viability line, which Casey termed Roe’s central rule, makes no sense, and it is telling that other countries almost uniformly eschew such a line.* 597 U. S. \_\_\_\_ at 50, 51, 53 (Opinion of the Court).

<sup>162</sup> *The Roe Court knew it was treading on difficult and disputed ground. It understood that different people’s “experiences,” “values,” and “religious training” and beliefs led to “opposing views” about abortion.* 597 U. S. \_\_\_\_ at 7 (BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., dissenting).

<sup>163</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. at 116.

la cuestión en términos del momento en que el embrión o el feto se ‘formaba’ o se convertía en un ser humano reconocible, o en términos del momento en que nacía una ‘persona’, es decir, cuando se le infundía un ‘alma’ o se le ‘animaba’.”<sup>164</sup>

- “En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de la existencia, del significado, del universo y del misterio de la vida humana. Las creencias sobre estas cuestiones no podrían definir los atributos de la persona si se formaran bajo la coacción del Estado.”<sup>165</sup>

¿Cómo interpretar estas referencias? En mi opinión, es parte del relato liberal a favor del aborto, que podría sintetizarse así. El aborto es un asunto polémico en Estados Unidos. No hay un acuerdo nacional sobre el tema. Es polémico porque los asuntos cruciales de la existencia (comienzo y final de la vida, modos de vida, creencias, opciones, etc.) dependen de cada uno. Precisamente al tratarse de creencias y opiniones, difícilmente se alcanza un consenso, porque (sobre todo las creencias religiosas) son temas privados, que producen desacuerdo y que, en no pocos casos, son irracionales. Y si son irracionales, entonces no pueden llevarse al debate público, que debe estar presidido por la razón pública. ¿Cuál es entonces la solución liberal? Que cada uno decida acerca del aborto en libertad. Lo cual se garantiza mediante una ley permisiva, no prohibitiva.

Este posicionamiento encierra al menos dos objeciones. Primera: proyecta sobre la religión y las creencias una sombra de sospecha, las sitúa en el ámbito de lo divisivo y negativo. Falta a la neutralidad ideológica, lo cual no tiene mayor importancia si esa postura la sostiene uno o varios ciudadanos en el debate del libre mercado de ideas y creencias, pero no puede ni debe ser la postura del Estado. Segunda: anula los argumentos contrarios, no da posibilidad a un diálogo, aboca al choque de absolutos: o conmigo (“permite el aborto, aunque tu no abortes, nadie te obliga”) o contra mí (tu postura de partida contra el aborto es contraria a la libertad).

No creo que la sentencia *Dobbs* sea una decisión judicial de matiz religioso. No se menciona la religión en ningún momento. Solo se acude a argumentos jurídicos, quizá objetables y criticables, pero no desde luego por su sesgo religioso. El aborto es un asunto de intrínseca dimensión moral, pero no exclusivamente religiosa: el intelectual de izquierda ateo Christopher Hitchens<sup>166</sup> se manifestó en contra del aborto por motivos no religiosos.<sup>167</sup> “Que las religiones judeocristianas se opongan a robar no significa que un estado o el Gobierno federal no puedan, en consonancia

---

<sup>164</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. at 132-133.

<sup>165</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. at 851.

<sup>166</sup> C. HITCHENS, «A Left-Wing Atheist’s Case Against Abortion», *Crisis Magazine*, 2019, fecha de consulta 6 junio 2023, en <https://www.crisismagazine.com/opinion/a-left-wing-atheists-case-against-abortion>.

<sup>167</sup> K. HAZZARD, «The atheist’s case against abortion: respect for human rights», *America Magazine*, 2017, fecha de consulta 6 junio 2023, en <https://www.americamagazine.org/politics-society/2017/10/19/atheists-case-against-abortion-respect-human-rights-227462>.

con la *Establishment Clause*, promulgar leyes que prohíban el latrocinio.”<sup>168</sup> La tesis judicial de *Dobbs* se incardina en el recurso a la historia para definir los derechos que los jueces originalistas del Supremo utilizan con frecuencia; el objetivo del originalismo es reducir la confianza en el juicio moral independiente de los jueces por temor a que tales juicios sean inevitablemente subjetivos e idiosincrásicos; este enfoque histórico no era dominante en el momento en que se decidieron *Roe* y *Casey*, pero lo es ahora. Probablemente los que califican *Dobbs* como una decisión religiosa no es por lo que la sentencia contiene, sino porque consideran que *Dobbs* es un éxito del movimiento provida estadounidense que ha tenido desde su comienzo, entre otras, una motivación religiosa.<sup>169</sup>

### 4.3. El papel de las confesiones religiosas en el aborto

Para algunos investigadores, la Iglesia católica protagonizaría casi en exclusiva la oposición al aborto.<sup>170</sup> La posición de la Iglesia católica sobre el tema no es, desde luego, ambigua, como demuestra la Declaración de la Conferencia Episcopal Americana tras la sentencia<sup>171</sup> o la existencia en el organigrama de dicha Conferencia de un Comité dedicado a las actividades provida. No obstante, atribuir a la Iglesia católica ese protagonismo exclusivo pretende consolidar la idea, tal como antes se apuntaba, de que los argumentos contra el aborto son de índole religiosa y, por tanto, irracionales o al menos contrarios a la razón pública secular y liberal, por lo que no pueden ser compartidos y, mucho menos, impuestos a nadie. Se hace alusión a las teorías teológicas medievales sobre la animación<sup>172</sup> y con ello se denuncia que es a causa del

---

<sup>168</sup> *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 319 (1980).

<sup>169</sup> B. LEDEWITZ, «Dobbs Is Not a Religion Case», *Canopy Forum*, 2023, fecha de consulta 13 agosto 2022, en <https://canopyforum.org/2022/08/01/dobbs-is-not-a-religion-case/>.

<sup>170</sup> R. NOSSIFF, *Before Roe*, cit.

<sup>171</sup> UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, «USCCB Statement on U.S. Supreme Court Ruling in *Dobbs v. Jackson*», 2022, fecha de consulta 15 junio 2023, en <https://www.usccb.org/news/2022/usccb-statement-us-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson>.

<sup>172</sup> *Roe v. Wade*, 410 U. S. at 134-135. La conexión de la teoría tomista con el derecho canónico parece clara, no así dicha conexión con el *Common law*. La teoría de la animación es anterior a Tomás de Aquino, su fuerza jurídica ya estuvo presente en el Decreto de Graciano. Lo normal sería que, puesto que Lutero defendió la animación racional desde la concepción, dicha teoría fuera incorporada progresivamente al *Common law* después de la Reforma, cosa que no sucedió. W. P. MÜLLER, *The criminalization of abortion in the West*, cit., pp. 100-122. El argumento de la irracionalidad católica aparece en otras jurisdicciones, recientemente en la española: “El valor del *nasciturus* como bien protegible se basa históricamente, y desde que irrumpe en este debate la doctrina de la Iglesia, en la concepción del embrión y del feto como portadores del alma humana, esto es como sujetos animados. Incluso puede recordarse que la misma doctrina de la iglesia a este respecto ha ido cambiando desde el planteamiento agustiniano de la ‘animación retardada’, que asumía la interrupción del embarazo antes de que el alma viniera a ocupar el cuerpo prenatal como una falta menor, hasta el planteamiento decimonónico de Pío IX, que pasa a considerar punible todo aborto voluntario, reduciendo drásticamente la capacidad decisoria de la mujer. Pero, cualquiera de estas

dogma religioso sobre el alma por lo que los cristianos, especialmente los católicos, creen que el aborto es malo; las personas que se adhieren a esta teología se oponen a la destrucción de los no nacidos debido a la opinión teológica de que cada feto está dotado de alma en el momento de la concepción.

A este respecto, un canonista y juez federal americano que vivió de cerca la sentencia *Roe*, John T. Noonan, afirmaba que se hizo habitual en la vida pública americana identificar a los políticos que se oponen al aborto por su religión, normalmente la católica. Lo cual, añade Noonan, no sucede cuando los políticos o personajes públicos defienden o atacan otros asuntos de índole moral: “El senador Mansfield no se convirtió en ‘el senador católico Mansfield’ cuando por conciencia se opuso a la guerra de Vietnam. Hugh Carey no se convirtió en ‘el gobernador católico de Nueva York’ cuando se opuso, por motivos morales, al maltrato de los ancianos. Sin embargo, al igual que la prensa racista identificaba a todos los ladrones, si era posible, como negros, la prensa identificaba a todos los opositores públicos al aborto, si era posible, como católicos. La implicación de este tipo de identificación era evidente: ‘Sólo un católico vería el asunto de esta manera; debe haber alguna peculiaridad del dogma católico que hace que los católicos adopten esta posición extraordinaria’. Realizada mil veces por los medios de comunicación, la identificación era una técnica muy eficaz para perpetuar una leyenda.”<sup>173</sup>

Un examen histórico más detenido y prolongado en el tiempo permite comprobar que el comienzo del movimiento provida en Estados Unidos tuvo un carácter profesional, vinculado también al nativismo xenófobo: se esgrimió la necesidad de prohibir el aborto a las mujeres blancas protestantes, advirtiendo del peligro que suponía el crecimiento mayor de la población católica inmigrante sobre la autóctona.<sup>174</sup> Y si bien es cierto que las confesiones religiosas cristianas no católicas no fueron especialmente proclives a condenar jurídica y/o moralmente el aborto,<sup>175</sup> desde la segunda mitad del siglo XX se podría afirmar que la causa provida ha supuesto una “alianza transversal” por una causa ecuménica común entre representantes de diversos grupos religiosos.<sup>176</sup>

---

consideraciones, son esencialmente religiosas y sin negar su valor en el contexto en que se formulan y su proyección hacia quienes comparten esos planteamientos éticos, no tienen carácter absoluto, ni una proyección jurídica automática, porque no todo lo éticamente reprochable es necesariamente punible.” Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo, ECLI:ES:TC:2023:44, Voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

<sup>173</sup> J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., pp. 54-55.

<sup>174</sup> J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., pp. 147-170.

<sup>175</sup> *Ibid.*, pp. 182-196.

<sup>176</sup> P. L. BERGER, «Contraception and the Culture War», *The American Interest*; J. D. HUNTER, «Religious Freedom and the Challenge of the Modern Pluralism», en James Davison Hunter, Os Guinness (eds.)

Aunque los medios de comunicación presentaron el movimiento contra el aborto como una bandera católica, ya en 1972 ese estereotipo empezó a tambalearse. En Michigan, por ejemplo, la lucha contra un referéndum para legalizar el aborto estuvo encabezada por tres protestantes; en Minnesota, la líder de la campaña provida del estado era una metodista liberal (cuyo marido, por cierto, era miembro de *Planned Parenthood*). En Massachusetts, una de las principales activistas provida era una médica metodista afroamericana que había sido la primera mujer negra en graduarse en la Facultad de Medicina de Harvard. En Nueva York, donde los católicos representaban la inmensa mayoría de los activistas del movimiento, había más diversidad religiosa de la que los medios de comunicación reconocían, en parte porque los católicos habían unido sus fuerzas con los judíos ortodoxos. Uno de los defensores de la vida más conocidos de la ciudad de Nueva York era un pastor luterano liberal, famoso por sus protestas contra la guerra de Vietnam.<sup>177</sup>

#### 4.4. Aborto y libertad religiosa

Podría sostenerse que hay una cierta correlación *de facto* entre el derecho fundamental de libertad religiosa y la posición provida de algunos creyentes: puesto que los argumentos contra el aborto, se dice, están fundados sobre todo en creencias, dogmas y motivos religiosos, la protección jurídica de su actuación conforme a esas creencias forma parte de la libertad religiosa.

Después de *Dobbs* se ha abierto paso la reclamación del aborto como manifestación del ejercicio de la libertad religiosa, lo cual opera de dos modos: a nivel institucional, considerando el aborto como un acto de culto, cosa que ha planteado el grupo religioso *The Satanic Temple*;<sup>178</sup> y a nivel personal o individual, postulando que las creencias religiosas obligan a obtener un aborto en caso de que el embarazo amenace la salud física o mental de la gestante. Veamos este último caso con más detalle, remontándonos de forma sintética en los antecedentes normativos de la libertad religiosa a finales del siglo XX.

##### 4.4.1. Algún apunte sobre la protección de la libertad religiosa en Estados Unidos

---

*Articles of Faith, Articles of Peace: The Religious liberty Clauses and the American Public Philosophy*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1990, p. 57.

<sup>177</sup> D. K. WILLIAMS, *Defenders of the Unborn: The Pro-Life Movement before Roe v. Wade*, Kindle Amazon ed., Oxford University Press US, 2016, cap. Introduction.

<sup>178</sup> H. FRIEDMAN, «Religion Clause: Satanic Temple Seeks RFRA Exemption From Texas Abortion Restrictions», *Religion Clause*, 2021, fecha de consulta 12 septiembre 2021, en <http://religionclause.blogspot.com/2021/09/satanic-temple-seeks-rfra-exemption.html>; «Religion Clause: Satanic Temple Files Novel Challenges To Indiana Abortion Law», *Religion Clause*, 2022, fecha de consulta 2 octubre 2022, en <http://religionclause.blogspot.com/2022/09/satanic-temple-files-novel-challenges.html>; «Religion Clause: Satanic Temple Opens Reproductive Health Clinic Offering Its Abortion Ritual», *Religion Clause*, 2023, fecha de consulta 5 febrero 2023, en <http://religionclause.blogspot.com/2023/02/satanic-temple-opens-reproductive.html>; *ibid.*

En el contexto del activismo judicial norteamericano, en 1963 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que la lesión de la libertad religiosa solo podía estar justificada en situaciones muy excepcionales que debían ser examinadas bajo un riguroso *strict scrutiny test* constitucional; por ello, en la sentencia *Sherbert v. Verner*<sup>179</sup> se declara contrario al derecho de libertad religiosa denegar el subsidio de desempleo a una adventista del Séptimo Día por rechazar un eventual empleo que obligara a trabajar en sábado. En el año 1990 parece anularse implícitamente la doctrina *Sherbert* con otra importante sentencia, *Employment Division v. Smith*,<sup>180</sup> en la que se establece que las conductas ilícitas no pueden verse despenalizadas por un pretendido amparo en la libertad religiosa. En concreto, el despido de dos trabajadores de un centro de rehabilitación de toxicómanos por el consumo ritual-religioso de peyote o mescalina no puede ser exceptuado de la norma que prohíbe el acceso al subsidio de desempleo por despido improcedente. La sentencia *Smith* vino seguida de una intensa crítica que condujo a la aprobación de una ley federal, la *Religious Freedom Restoration Act* en 1993,<sup>181</sup> apoyada por la práctica totalidad del espectro de grupos religiosos, ideológicos y políticos estadounidenses<sup>182</sup> y dirigida a restablecer por vía legislativa la fuerte protección que la sentencia *Sherbert* otorgaba a la libertad religiosa. Sin embargo, en 1997 el Tribunal Supremo, en *City of Boerne v. Flores*<sup>183</sup> sobre la regulación urbanística que afectaba a la ampliación de un lugar de culto, declara que el Congreso federal se había excedido en sus competencias respecto de la aplicabilidad de la *Religious Freedom Restoration Act* a asuntos de competencia reservada a los Estados, de forma que parte de ella queda invalidada. En consecuencia, se produce un doble movimiento legislativo: por una parte, el Congreso federal aprueba la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* en 2000,<sup>184</sup> que aplica la doctrina *Sherbert* a áreas jurídicas muy concretas (prisiones y normas urbanísticas aplicables a los lugares de culto); y, por otro lado, 23 Estados de la Unión se aprestan a aprobar sus propias leyes estatales de protección de la libertad religiosa.

#### 4.4.2. El aborto como expresión del ejercicio de la libertad religiosa

---

<sup>179</sup> *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963). J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 1, 1985, pp. 436-438.

<sup>180</sup> *Employment Division, Department of Human Resources of the State of Oregon v. Smith*, 494 US 872 (1990). J. I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades: la libertad religiosa en los Estados Unidos durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 243-426.

<sup>181</sup> *The Religious Freedom Restoration Act* of 1993, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (November 16, 1993), codified at 42 U.S.C. § 2000bb.

<sup>182</sup> D. LAYCOCK, «The Religious Freedom Restoration Act», *Brigham Young University Law Review*, vol. 1993, 1993.

<sup>183</sup> *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997).

<sup>184</sup> *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA), Pub. L. 106-274, codified as 42 U.S.C. § 2000cc

Algunos sectores de quienes se recababa el apoyo para la aprobación de aquella *Religious Freedom Restoration Act* federal de 1993, pusieron como reparo a la ley la posibilidad de que, amparándose en ella, se pudiera reclamar un derecho al aborto por motivos religiosos, particularmente si en el futuro se anularan *Roe* y *Casey*. Algún reputado académico americano calificó estos reparos como “temores infundados”.<sup>185</sup> Sin embargo, los temores infundados se han hecho realidad.

Efectivamente, después de *Dobbs* algún sector doctrinal ha propugnado que mujeres creyentes judías podrían, obligadas por sus creencias, solicitar el aborto como expresión de su libertad religiosa y que esa reclamación tendría éxito conforme a algunas leyes estatales de protección de ese derecho fundamental.<sup>186</sup> Complementariamente, otro destacado sector considera que, aun cuando la hipótesis de una pretensión de aborto por motivos religiosos sea posible, y a pesar de la retórica y la doctrina expansivas de los magistrados del Tribunal Supremo en relación con la libertad religiosa, el Tribunal denegaría las exenciones religiosas en el contexto del aborto, no sólo —precisan— por las inclinaciones políticas de los jueces, sino también porque la doctrina del Supremo sobre la libertad religiosa es lo “suficientemente manipulable” como para que los jueces puedan amparar algunos casos y desestimar otros (este del aborto, en concreto).<sup>187</sup>

Lo anterior no dejaría de ser un simple debate académico, de no ser porque la realidad —una vez más— supera la ficción: en el estado de Indiana se ha presentado, al escribir estas páginas, una reclamación judicial de suspensión de las leyes restrictivas del aborto, por motivos religiosos, como medida provisional mientras el Tribunal Supremo del estado de Indiana resuelve si la ley estatal infringe o no el derecho fundamental a la libertad y a la intimidad. La demandante es la *American Civil Liberties Union (ACLU)* en nombre de la asociación *Hoosier Jews for Choice* y de cuatro mujeres anónimas que representan a diversas confesiones religiosas. La demanda sostiene que la nueva ley del aborto viola la *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)* de Indiana. La ACLU pidió al tribunal (y éste le ha concedido) legitimidad activa en la demanda colectiva (*class action*) contra la ley. Un poco antes, otro juez de condado dictó también en Indiana una medida cautelar de suspensión de la ley. En virtud de esa medida cautelar, se mantiene la anterior ley estatal sobre el aborto, que permitía abortar hasta las 20 semanas.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> D. LAYCOCK, «The Religious Freedom Restoration Act», cit., p. 238.

<sup>186</sup> C. M. CORBIN, «Religious Liberty for All? A Religious Right to Abortion», *Wisconsin Law Review*, 2, 2023, pp. 495-506.

<sup>187</sup> R. SCHRAGGER; M. SCHWARTZMAN, «Religious Freedom and Abortion», *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2022-74, 2022, fecha de consulta 13 noviembre 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4266006>.

<sup>188</sup> C. SMITH, «Judge grants class action certification for RFRA-based lawsuit against Indiana abortion ban», *Indiana Capital Chronicle*, 2023, fecha de consulta 9 junio 2023, en <https://indianacapitalchronicle.com/2023/06/07/judge-grants-class-action-certification-for-rfra-based-lawsuit-against-indiana-abortion-ban/>.

Por medio, un sector de la doctrina académica cercana a asociaciones judías presentó un *amicus curiae brief* (informe de terceros interesados), en el proceso de suspensión de la ley restrictiva del aborto. En general, estos autores consideran que la reclamación del derecho al aborto como ejercicio de la libertad religiosa es errónea y perjudicial.<sup>189</sup>

Es errónea porque los demandantes, ya representados por ACLU, ya en nombre propio, no son víctimas reales, sino potenciales: el conflicto es una mera especulación. Es como invitar a un magistrado o a un tribunal a impartir una clase a estudiantes de Derecho sobre un caso hipotético, y lo que dice en clase se convierte automáticamente en sentencia obligatoria. “Para fundamentar su demanda en virtud de la RFRA del estado de Indiana, los demandantes presentan hasta cuatro alegaciones. En primer lugar, las mujeres judías sostienen que, en determinadas circunstancias, tienen la obligación religiosa de abortar. En segundo lugar, estas mismas mujeres —que actualmente no están embarazadas y cuya salud y vida no están amenazadas— han afirmado que la ley del aborto de Indiana puede violar esa obligación religiosa en el futuro, si se quedan embarazadas. En tercer lugar, las demandantes sostienen que Indiana no puede tener un interés imperioso en proteger la vida fetal porque ese interés contradice las creencias religiosas de las demandantes. En cuarto lugar, las demandantes sostienen que la ley del aborto no es el medio menos restrictivo para lograr el interés del Estado. Cada elemento de este análisis presenta problemas.”<sup>190</sup> Primero, porque como se indicaba antes es un caso hipotético, no hay base real. Segundo, porque la sinceridad de las creencias que se exige del damnificado en su libertad religiosa no puede predicarse sino de *cada uno* de los demandantes, cosa que no se puede decir de ACLU ni quizá de todos los demandantes individuales. Tercero, porque al margen de las “confesiones religiosas de conveniencia” (*Flying Spaghetti Monster, Church of Marihuana, The Satanic Temple*) que no serían consideradas religiones para los efectos de la RFRA, no es posible afirmar (como hacen los demandantes) en virtud del testimonio de tres rabinos la doctrina moral general del judaísmo; esos rabinos no pueden hablar, y no lo hacen, en nombre de todos los judíos.<sup>191</sup> No existe un equivalente judío del Papa. En Estados Unidos, muchos judíos se asocian a sinagogas reformistas, conservadoras u ortodoxas. Incluso dentro de estas categorías no existe un conjunto oficial o estandarizado de enseñanzas. El tribunal de primera instancia —sostienen los autores del *amicus curiae brief*— se equivocó al afirmar como cuestión de hecho lo que obliga la ley judía; es más: hay ramas del judaísmo que sostienen la santidad de la vida intrauterina aun cuando para la ley judía no pueda predicarse

---

<sup>189</sup> J. BLACKMAN; H. SLUGH; T. FORTGANG, «Abortion and Religious Liberty», *Texas Review of Law & Politics (Forthcoming)*, vol. 27, 2023, fecha de consulta 26 febrero 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4354775>.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>191</sup> M. J. BROYDE, «Law, Religion & Abortion Law of the United States: A Jewish View», *Canopy Forum*, 2022, fecha de consulta 11 abril 2023, en <https://canopyforum.org/2022/09/26/law-religion-abortion-law-of-the-united-states-a-jewish-view/>.

del feto la plenitud de estatus legal. La investigación apropiada en este caso sería exigir una prueba específica acerca de la sinceridad de las creencias de las demandantes. Cuarto: la demanda sostiene que la existencia de excepciones a la responsabilidad criminal por el aborto en la ley de Indiana (violación, incesto, anomalías fetales mortales y cuando la vida de la embarazada esté en peligro) manifiesta que no es el “medio menos restrictivo” para no lesionar la libertad religiosa y, por ello, no cumpliría las condiciones establecidas por la RFRA, por lo que atenta contra la libertad religiosa; sin embargo, el argumento es tremendamente peligroso si lo trasladamos al campo de las circunstancias atenuantes y eximentes de responsabilidad en el asesinato: el asesinato ritual religioso de los Mayas, los Sabatarianos o los Kevorkianos siempre estaría protegido por la RFRA.

Y por último, la reclamación del derecho al aborto como ejercicio de la libertad religiosa es perjudicial porque, en caso de que sea acogida por los tribunales, es más que posible que de inmediato se solicitara la derogación de la RFRA en el legislativo estatal, y con ello la protección de la que ha gozado hasta ahora el derecho de libertad religiosa en Indiana desaparecería, tanto para los demandantes que defienden el aborto como para todos los ciudadanos, creyentes y no creyentes.

#### **4.5. Desobediencia a las leyes restrictivas del aborto**

Otra consecuencia inmediata de la sentencia *Dobbs* ha sido la pretensión de legitimar la desobediencia a las leyes restrictivas del aborto bajo el manto protector de la objeción de conciencia.

En general, son malos estos tiempos para la objeción de conciencia porque el contexto jurídico en el que ésta se sitúa ha cambiado. Antes, la objeción de conciencia se planteaba como mecanismo jurídico de reconocimiento del disenso ante excepciones normativas a la observancia de un derecho fundamental (por ejemplo, la despenalización del aborto respecto del derecho a la vida): al admitir la objeción de conciencia, la “mala conciencia del poder”<sup>192</sup> reconocía de forma implícita que el objetor tenía razón y debía respetarse su objeción a infringir una norma. Ahora, esas excepciones normativas se han convertido en pseudo-derechos fundamentales (derecho al aborto, derecho a morir), o se ha pasado de la criminalización (la sodomía) a la institucionalización (el matrimonio de personas del mismo sexo), de forma que la objeción de conciencia se contempla como una anomalía inadmisibles que pretende destruir un consenso social porque obstaculiza el ejercicio de los derechos fundamentales.

A lo anterior se une que el tipo de objeción de conciencia protagonista estos últimos años no ha sido la omisión de un deber cívico, personal y directo, aparentemente aislado del comportamiento de otros (la objeción de conciencia al servicio militar o a servir en el jurado son ejemplos clásicos).

---

<sup>192</sup> R. NAVARRO-VALLS; R. PALOMINO LOZANO, «Las objeciones de conciencia», en Instituto Martín de Azpilcueta (ed.) *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 1090.

En su lugar, la objeción de conciencia ha puesto el acento en la omisión de actos que se estiman cooperación al mal realizado por otros (*complicity conscience claims*): médicos que se niegan a practicar el aborto, funcionarios que no quieren celebrar bodas de personas del mismo sexo o reposteros que rehúsan manifestar su apoyo a la celebración del orgullo LGBTIQ+. Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a considerar que estas formas de objeción de conciencia nunca son admisibles porque causan daño a terceros en el ejercicio de sus derechos constitucionales.<sup>193</sup>

La sentencia *Dobbs* parece haber despertado el interés por formas de desobediencia a la ley que resultan más atractivas porque “benefician” (i.e. son solicitadas por) a terceros (los usuarios de servicios sanitarios), ejercitadas por parte de médicos y personal sanitario que entienden que por encima de la norma estatal estaría el bienestar del individuo, en un concepto holístico (y radicalmente subjetivo) de salud.<sup>194</sup> Las áreas de la sanidad que, se argumenta, reclaman la protección de la acción del sanitario a petición y en beneficio del paciente son variadas: aborto, contracepción, inseminación artificial, ayuda a morir, bloqueadores hormonales, ablación poco profunda del clítoris para evitar las formas más peligrosas de mutilación genital ritual a las que podrían someterse los pacientes fuera de un entorno clínico, amputación para personas con trastornos de identidad corporal, trasplantes de órganos mercantilizados no procedentes de donación altruista, empleo no recreativo de opiáceos y marihuana.<sup>195</sup> A la hora de legitimar este amplio espectro de intervenciones, se distingue entre objetores “que rechazan” (lo que hasta ahora han sido los objetores de conciencia en su mayoría) y los objetores “prestadores o proveedores” del servicio médico, que entiende es su deber de conciencia actuar positivamente en contra de las leyes del Estado. Los defensores de esas acciones positivas *contra legem* son conscientes de que las acciones forzadas son más perjudiciales que las omisiones forzadas, lo que justifica una mayor protección a las omisiones en conciencia que a las acciones en conciencia; el Tribunal Constitucional español, por su parte, fue más allá de una valoración general sobre el carácter perjudicial de las acciones forzadas, indicando que “los mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen la libertad en mayor medida que las

---

<sup>193</sup> F. ARLETTAZ, «Matrimonio homosexual, oposición religiosa y objeción de conciencia en Argentina. A cinco años de la Ley de matrimonio igualitario», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 1, 1, 2015, fecha de consulta 21 junio 2023, en <https://ojs.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/4820>; D. NEJAIME; R. B. SIEGEL, «Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics», *Yale Law Journal*, vol. 124, 2014.

<sup>194</sup> “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, Preámbulo, Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, julio de 1946. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Documentos básicos*, 48ª ed, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2014, p. 1, fecha de consulta 10 junio 2023, en <https://apps.who.int/iris/handle/10665/202593>.

<sup>195</sup> D. Fox, «Medical Disobedience», *Harvard Law Review*, vol. 136, 4, 2022, pp. 1052-1063.

prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción.”<sup>196</sup> No obstante, los partidarios de la desobediencia médica añaden: “Esta línea acto/omisión importa, pero nuestro régimen de conciencia le da demasiada importancia. Incluso si la negativa de conciencia a veces merece más protección, ¿por qué toda disposición de conciencia no debería recibir ninguna?”<sup>197</sup>: la actuación en conciencia no sólo no perjudica al individuo, sino que además busca su beneficio. Concluyen que la acción en contra de la ley merece, por lo menos, la misma protección que la omisión, porque es más caro costear las omisiones del personal sanitario que sus acciones contra la ley, y porque no está justificado que un hospital con ideario religioso niegue tratamientos médicos solicitados incluso por sus correligionarios aun en contra del código moral institucional (especialmente en regiones en las que la oferta sanitaria está casi copada por hospitales confesionales). En caso de que el Estado no estuviera dispuesto a otorgar exenciones a la responsabilidad penal por actuación sanitaria en conciencia, entonces —se concluye— se deben suprimir las exenciones a las omisiones de actuación sanitaria, o bien gravar económicamente las exenciones otorgadas a los objetores por omisión, para compensar los daños económicos que causan al sistema.

La defensa de la activa desobediencia médica confunde el principio de beneficencia con el cumplimiento de los reclamos y deseos de los usuarios<sup>198</sup> y aísla una relación (en Estados Unidos) de base netamente contractual (el tratamiento sanitario específico) de otros intereses estatales en juego. Por lo demás, quien haya seguido estos últimos años el pulso de la valoración académica de la objeción de conciencia sanitaria en Estados Unidos habrá podido comprobar sin dificultad que cuando se trata de cuestiones sanitarias que defienden los progresistas (derecho al aborto, a la eutanasia, a las operaciones y tratamientos de transexualidad) se pide la supresión de las exenciones por motivos de conciencia del personal sanitario que se niega a actuar simplemente por la hipotética existencia de un “principio de daño” liberal cuyo contenido, alcance y consecuencias son por lo menos discutibles.<sup>199</sup> Y, simultáneamente, cuando las aguas invierten el cauce y peligra el acceso a esas mismas actividades conflictivas, se pide la generación de un régimen de exenciones de responsabilidad criminal para el personal sanitario que activamente vaya a desobedecer a la ley. Esto es pura y simple supremacía moral liberal lógica y jurídicamente injustificable.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

---

<sup>196</sup> STC 154/2002, de 18 de julio, BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002, ES:TC:2002:154, fundamento jurídico 12.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 1065.

<sup>198</sup> *Providers affirm their obligations to put patient interests first by honoring the wishes of people in need of medical treatment. Ibid.*, p. 1074.

<sup>199</sup> S. D. SMITH, *The Disenchantment of Secular Discourse*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2010, pp. 70-106.

La sentencia *Dobbs* clausura un ciclo de cincuenta años, iniciado por la sentencia *Roe*. En este ciclo se han dado cita tensiones diversas, en el plano del activismo social, pero también tensiones del propio sistema jurídico que envuelven y definen las grandes cuestiones morales: federalismo vs. estatalismo, poder judicial vs. poder legislativo, interpretación constitucional (originalismo vs. progresivismo), entre otras.<sup>200</sup> El ciclo *Roe-Dobbs*, por tanto, es un paradigma especialmente interesante de la dimensión jurídica de los conflictos morales en el mundo occidental. Sin embargo, y en contra de lo que pudiera parecer, la sentencia *Dobbs* no cierra el debate sobre el aborto; más bien abre una nueva fase de este, en el que los dos bloques contendientes cambian de posición o de función: de la defensa al ataque y viceversa, como en el fútbol americano. El final del debate sobre el aborto probablemente requiera de un cambio cultural y de una profundización antropológica, más que de disponer de nueve votos en el Tribunal Supremo. No quiero decir que nueve votos en el “Templo de la justicia” de Washington no sean importantes, desde luego, pero no son suficientes para conciliar a la Nación americana. No deja de sorprender, igualmente, que el aborto sea un tema de alta tensión social en Estados Unidos y, sin embargo, no se hayan suscitado con tanta intensidad otros como la maternidad subrogada, la fecundación artificial o la eutanasia.

Por lo demás, el factor religioso ha jugado un papel activo y pasivo en el ciclo *Roe-Dobbs*, al igual que lo juega en otros debates morales de nuestras sociedades contemporáneas. Sin embargo, una mirada atenta permite comprobar que la religión se resiste a un encasillamiento rígido en uno o en otro bando del conflicto sobre el aborto. Con facilidad, el factor religioso se convierte en arma arrojadiza para descalificar argumentos y personas de la discusión pública. Discusión que continúa y continuará en los años venideros.

#### Bibliografía

ABRAMS, J. R., «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», *ConLawNow*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 131-149, fecha de consulta 21 mayo 2023, en <https://ideaexchange.uakron.edu/conlawnow/vol14/iss1/10>.

ACEVES, W., «The Problem with Dobbs and the Rule of Legality», *Georgetown Law Journal Online*, vol. 111, 2022, fecha de consulta 24 abril 2023, en <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-111/the-problem-with-dobbs-and-the-rule-of-legality/>.

ACKERMANN, R., «Abortion pills via telemedicine: 10 Breakthrough Technologies 2023», *MIT Technology Review*, 2023, fecha de consulta 15 enero 2023, en

---

<sup>200</sup> J. I. RUBIO LÓPEZ, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, Pamplona, 2011, pp. 896-1011.

<https://www.technologyreview.com/2023/01/09/1064871/abortion-pills-telemedicine-10-breakthrough-technologies-2023/>.

«ACLU Comment on Reporting of Leaked SCOTUS Opinion Overturning Roe», *American Civil Liberties Union*, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <http://www.aclu.org/press-releases/aclu-comment-reporting-leaked-scotus-opinion-overturning-roe>.

ARLETTAZ, F., «Matrimonio homosexual, oposición religiosa y objeción de conciencia en Argentina. A cinco años de la Ley de matrimonio igualitario», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 28-62, fecha de consulta 21 junio 2023, en <https://ojs.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/4820>.

BACHIOCHI, E., «Embodied Equality: Debunking Equal Protection Arguments for Abortion Rights», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34, n.º 3, 2011, pp. 889-950.

BARNES, R., «Clarence Thomas says Supreme Court leak has eroded trust in institution», *Washington Post*, 2022, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/05/14/clarence-thomas-supreme-court-leak-roe-trust/>.

BERGER, P. L., «Contraception and the Culture War», *The American Interest*, fecha de consulta 23 marzo 2023, en <https://www.the-american-interest.com/2012/02/22/contraception-and-the-culture-war/>.

BERNSTEIN, C., «The Constitutional Personality of the Unborn», *Social Science Research Network*, 2022, fecha de consulta 27 febrero 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4241391>.

BLACKMAN, J.; SLUGH, H.; FORTGANG, T., «Abortion and Religious Liberty», *Texas Review of Law & Politics (Forthcoming)*, vol. 27, 2023, fecha de consulta 26 febrero 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4354775>.

*Black's Law Dictionary*, 6th ed., West Publishing Company, St. Paul, Minn., 1990.

BORK, R. H., *The tempting of America: the political seduction of the law*, Free Press, New York, 1990.

BOWMAN, K.; GOLDSTEIN, S., *Attitudes About Abortion. A Comprehensive Review of Polls from the 1970s to Today*, American Enterprise Institute, 2021, fecha de consulta en <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2021/10/Attitudes-About-Abortion.pdf?x91208>.

BRADLEY, G. V., «Dobbs and Constitutional Limits on Abortion», *Human Life Review*, vol. 48, n.º 3, 2022, pp. 5-18.

BROYDE, M. J., «Law, Religion & Abortion Law of the United States: A Jewish View», *Canopy Forum*, 2022, fecha de consulta 11 abril 2023, en <https://canopyforum.org/2022/09/26/law-religion-abortion-law-of-the-united-states-a-jewish-view/>.

BUCHANAN, A.; ROTKIRCH, A., *Fertility Rates and Population Decline: No Time for Children?*, Palgrave Macmillan, 2013.

- BURTON, T. I., *Strange Rites: New Religions for a Godless World*, PublicAffairs, New York, 2020.
- CAHN, N., «What triggers the 'trigger laws' that could ban abortions?», *The Conversation*, 2022, fecha de consulta 5 junio 2023, en <https://theconversation.com/what-triggers-the-trigger-laws-that-could-ban-abortions-184361>.
- COAN, A., «What Is the Matter with Dobbs?», *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, n.º 22-24, 2022, pp. 1-54, fecha de consulta 17 diciembre 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4294242>.
- COHEN, D. S.; DONLEY, G.; REBOUCHÉ, R., «Re-Thinking Strategy after Roe», *Stanford Law Review Online*, vol. 75, 2022, fecha de consulta 16 julio 2022, en <https://www.stanfordlawreview.org/online/rethinking-strategy-after-dobbs/>.
- CORBIN, C. M., «Religious Liberty for All? A Religious Right to Abortion», *Wisconsin Law Review*, n.º 2, 2023.
- CUNNINGHAM, C. D., «“Abortion” in the Founding Era: A Reply to Methodological Critiques of Miller & Bacallao, Justice Alito’s Question», *Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper Forthcoming*, 2022, pp. 1-2, fecha de consulta 10 julio 2022, en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4145941](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4145941).
- DAVIS, M. F., «The state of abortion rights in the US», *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, vol. 159, n.º 1, 2022, pp. 324-329.
- DEESE, K., «Justice Elena Kagan expects Supreme Court leak investigation update by end of month», *Washington Examiner*, 2022, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <https://www.washingtonexaminer.com/policy/courts/kagan-expects-scotus-leak-investigation-update-by-end-of-month>.
- DELGADO RAMOS, D., «Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de Derecho Político*, n.º 99, 2017, pp. 325-356.
- DELLAPENNA, J. W., *Dispelling the myths of abortion history*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2005.
- DURHAM, W. C.; SMITH, R., «§ 23:49. Abortion», en *Religious Organizations and the Law*, 2nd, Westlaw, 2022.
- ELY, J. H., «The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade», *Yale Law Journal*, vol. 82, n.º 5, 1972, pp. 920-949.
- FINNIS, J., «Born and Unborn: Answering Objections to Constitutional Personhood», *First Things*, 2021, fecha de consulta 29 marzo 2023, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/born-and-unborn-answering-objections-to-constitutional-personhood>.
- FORSYTHE, C. D., *Abuse of discretion: the inside story of Roe v. Wade*, Encounter Books, New York, 2012.

- FOX, D., «Medical Disobedience», *Harvard Law Review*, vol. 136, n.º 4, 2022, pp. 1032-1111.
- FRIEDMAN, H., «Religion Clause: Satanic Temple Files Novel Challenges To Indiana Abortion Law», *Religion Clause*, 2022, fecha de consulta 2 octubre 2022, en <http://religionclause.blogspot.com/2022/09/satanic-temple-files-novel-challenges.html>.
- FRIEDMAN, H., «Religion Clause: Satanic Temple Opens Reproductive Health Clinic Offering Its Abortion Ritual», *Religion Clause*, 2023, fecha de consulta 5 febrero 2023, en <http://religionclause.blogspot.com/2023/02/satanic-temple-opens-reproductive.html>.
- FRIEDMAN, H., «Religion Clause: Satanic Temple Seeks RFRA Exemption From Texas Abortion Restrictions», *Religion Clause*, 2021, fecha de consulta 12 septiembre 2021, en <http://religionclause.blogspot.com/2021/09/satanic-temple-seeks-rfra-exemption.html>.
- GERARDS, J., «Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 18, n.º 3, 2018, pp. 495-515.
- GERBER, S. D., «The Leak of the Dobbs Draft», en Morgan Marietta (ed.) *SCOTUS 2022. Major Decisions and Developments of the US Supreme Court*, Palgrave Macmillan, 2022, pp. 201-208.
- GERSTEIN, J., «Five takeaways from Supreme Court leak investigation», *Politico*, 2023, fecha de consulta 30 mayo 2023, en <https://www.politico.com/news/2023/01/19/five-takeaways-from-supreme-court-leak-investigation-00078673>.
- GERSTEIN, J.; WARD, A., «Exclusive: Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows», *POLITICO*, 2022, fecha de consulta 29 mayo 2023, en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>.
- GILLES, S. G., «What Does Dobbs Mean for the Constitutional Right to a Life-or-Health-Preserving Abortion?», *Mississippi Law Journal*, vol. 92, n.º 2, 2022.
- GLENDON, M. A., *Abortion and divorce in Western law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1987.
- GLENDON, M. A., «Religious freedom: A Second Class Right?», *Emory Law Journal*, vol. 61, 2012, pp. 971-990.
- GLENDON, M. A., *Rights talk: the Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.
- HAZZARD, K., «The atheist's case against abortion: respect for human rights», *America Magazine*, 2017, fecha de consulta 6 junio 2023, en <https://www.americamagazine.org/politics-society/2017/10/19/atheists-case-against-abortion-respect-human-rights-227462>.
- HITCHENS, C., «A Left-Wing Atheist's Case Against Abortion», *Crisis Magazine*, 2019, fecha de consulta 6 junio 2023, en <https://www.crisismagazine.com/opinion/a-left-wing-atheists-case-against-abortion>.
- HUNTER, J. D., «Religious Freedom and the Challenge of the Modern Pluralism», en James Davison Hunter, Os Guinness (eds.) *Articles of Faith, Articles of Peace: The Religious liberty*

*Clauses and the American Public Philosophy*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1990, pp. 54-73.

HUNTER, J. D., «What Americans Really Think About Abortion», *First Things*, vol. June-July, 1992, pp. 13-21, fecha de consulta en <https://www.firstthings.com/article/1992/06/what-americans-really-think-about-abortion>.

KORDSIEMON, T., «A Right to Marital Rape? The Immorality of the Dobbs Approach to Unenumerated Rights», *Houston Law Review Online*, 2022, fecha de consulta 22 octubre 2022, en <https://houstonlawreview.org/article/38040>.

KORTSMIT, K.; MANDEL, M. G.; REEVES, J. A.; CLARK, E.; PAGANO, H. P.; NGUYEN, A.; Y OTROS, «Abortion Surveillance — United States, 2019», *MMWR. Surveillance Summaries*, vol. 70, 2021, fecha de consulta 16 mayo 2023, en <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/ss/ss7009a1.htm>.

LAYCOCK, D., «The Religious Freedom Restoration Act», *Brigham Young University Law Review*, vol. 1993, 1993, p. 221.

LEDEWITZ, B., «Dobbs Is Not a Religion Case», *Canopy Forum*, 2023, fecha de consulta 13 agosto 2022, en <https://canopyforum.org/2022/08/01/dobbs-is-not-a-religion-case/>.

LETTERIE, G.; FOX, D., «Legal personhood and frozen embryos: implications for fertility patients and providers in post- *Roe* America», *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 10, n.º 1, 2023, pp. 1-13.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 1, 1985, pp. 395-458.

MCCLAIN, L. C.; FLEMING, J. E., «Ordered Liberty after Dobbs», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 35, 2023, pp. 623-645.

MECHMANN, E., «The Legal Consequences of Dobbs», *Human Life Review*, vol. 48, n.º 3, 2022, pp. 19-28.

MILLER, S. N.; BACALLAO, M. K., «Justice Alito's Question: "Can it be said that the right to abortion is deeply rooted in the history and traditions of the American people?" Corpus linguistic evidence suggests the answer is "No."», *Harvard Journal of Law & Public Policy - Per Curiam*, n.º 11, 2022, (2022).

MITCHELL, J. F., «Why Was *Roe v. Wade* Wrong?», en Geoffrey R. Stone, Lee Bollinger (eds.) *Roe v. Dobbs: The Past, Present, and Future of a Constitutional Right to Abortion (Forthcoming)*, Oxford, 2023, fecha de consulta 25 marzo 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4381961>.

MOHR, J. C., *Abortion in America: the Origins and Evolution of National Policy*, Oxford University Press, New York, 1979.

MÜLLER, W. P., *The criminalization of abortion in the West: its origins in medieval law*, Cornell University Press, Ithaca, 2012.

NAVARRO-VALLS, R.; PALOMINO LOZANO, R., «Las objeciones de conciencia», en Instituto Martín de Azpilcueta (ed.) *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pp. 1089-1157.

NEJAIME, D.; SIEGEL, R. B., «Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics», *Yale Law Journal*, vol. 124, 2014, pp. 2516-2591.

NOONAN, J. T., *A private choice. Abortion in America in the seventies*, Free Press, New York, 1979.

NOSSIFF, R., *Before Roe: abortion policy in the states*, Temple University Press, Philadelphia, 2001.

NUEVO LÓPEZ, P., «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en Estados Unidos tras la sentencia Dobbs», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 26, n.º 2, 2022, pp. 587-607.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Documentos básicos*, 48ª ed, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2014, fecha de consulta 10 junio 2023, en <https://apps.who.int/iris/handle/10665/202593>.

PÉREZ ALONSO, J., «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de Roe v. Wade a Dobbs v. Jackson», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 51, 2023, pp. 529-564.

PUPPINCK, G., «Abortion and the European Convention on Human Rights», *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3, n.º 2, 2013.

RODEN, G. J., «Unborn Children as Constitutional Persons», *Issues in Law & Medicine*, vol. 25, n.º 3, 2009, pp. 185-274.

ROSENBERG, G. N., «Abortion After Dobbs», *Law & Courts Newsletter*, vol. 32, n.º 2, 2022, pp. 18-41, fecha de consulta 29 enero 2023, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4323249>.

RUBIO LÓPEZ, J. I., *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, Pamplona, 2011.

RUBIO LÓPEZ, J. I., *La primera de las libertades: la libertad religiosa en los Estados Unidos durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona, 2006.

SCHRAGGER, R.; SCHWARTZMAN, M., «Religious Freedom and Abortion», *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n.º 2022-74, 2022, fecha de consulta 13 noviembre 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4266006>.

SCOTT, D., «The midterms were a resounding win for abortion rights — with one exception», *Vox*, 2022, fecha de consulta 10 noviembre 2022, en <https://www.vox.com/policy-and-politics/23444732/2022-midterm-elections-results-abortion-rights-nebraska-north-carolina>.

SMITH, C., «Judge grants class action certification for RFRA-based lawsuit against Indiana abortion ban», *Indiana Capital Chronicle*, 2023, fecha de consulta 9 junio 2023, en <https://indianacapitalchronicle.com/2023/06/07/judge-grants-class-action-certification-for-rfra-based-lawsuit-against-indiana-abortion-ban/>.

SMITH, S. D., *The Disenchantment of Secular Discourse*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2010.

SOLÉ ROMEO, G., *Historia del feminismo (siglos XIX y XX)*, Eunsa, Pamplona, 2011.

SOOHOO, C., «An Embryo is not a Person: Rejecting Prenatal Personhood for a More Complex View of Prenatal Life», *ConLawNOW*, vol. 14, 2023, fecha de consulta 29 marzo 2023, en <https://ideaexchange.uakron.edu/conlawnow/vol14/iss1/8/>.

THOMSON, J. J., «A Defense of Abortion», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, n.º 1, 1971, Wiley, pp. 47-66.

TRIBE, L., «Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law», *Harvard Law Review*, vol. 87, 1973.

TRIBE, L. H., *Abortion: The Clash of Absolutes*, Norton, New York, 1992.

TRIBE, L. H., «Deconstructing Dobbs», *The New York Review*, 2022, fecha de consulta 16 febrero 2023, en <https://www.nybooks.com/articles/2022/09/22/deconstructing-dobbs-laurence-tribe/>.

UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, «USCCB Statement on U.S. Supreme Court Ruling in Dobbs v. Jackson», 2022, fecha de consulta 15 junio 2023, en <https://www.usccb.org/news/2022/usccb-statement-us-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson>.

VAN MAREN, J.; SCHEIDLER, E.; CAMOSY, C.; BRAHM, J., «Building a Post-Roe Future. It's time for the pro-life movement to embrace bold, new pro-family policies», fecha de consulta 29 enero 2023, en <https://postroefuture.com/>.

VERMEULE, A., *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, Medford, 2022.

WALDRON, J., «Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, n.º 22-39, 2022, fecha de consulta 10 julio 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4144889>.

WALTMAN, J. L., *Principled judicial restraint: a case against activism*, Palgrave Macmillan, New York, NY Basingstoke, Hampshire, 2015.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D., «Right to Privacy», *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, p. 193.

WHELAN, E., «Doubts About Constitutional Personhood», *First Things*, 2021, fecha de consulta 27 abril 2023, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/doubts-about-constitutional-personhood>.

WILLIAMS, D. K., *Defenders of the Unborn: The Pro-Life Movement before Roe v. Wade*, Kindle Amazon ed., Oxford University Press US, 2016.

WITHERSPOON, J. S., «Reexamining Roe: Nineteenth-Century Abortion Statutes and the Fourteenth Amendment», *St. Mary's Law Journal*, vol. 17, n.º 1, 1985, pp. 29-78.

YGLESIAS, M., «Democrats are doing far better than expected. How come?», *The Guardian*, 2022, fecha de consulta 13 noviembre 2022, en

<https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/nov/09/democrats-did-far-better-than-expected-how-come>.

ZIEGLER, M., *Abortion and the law in America: Roe v. Wade to the present*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2020.