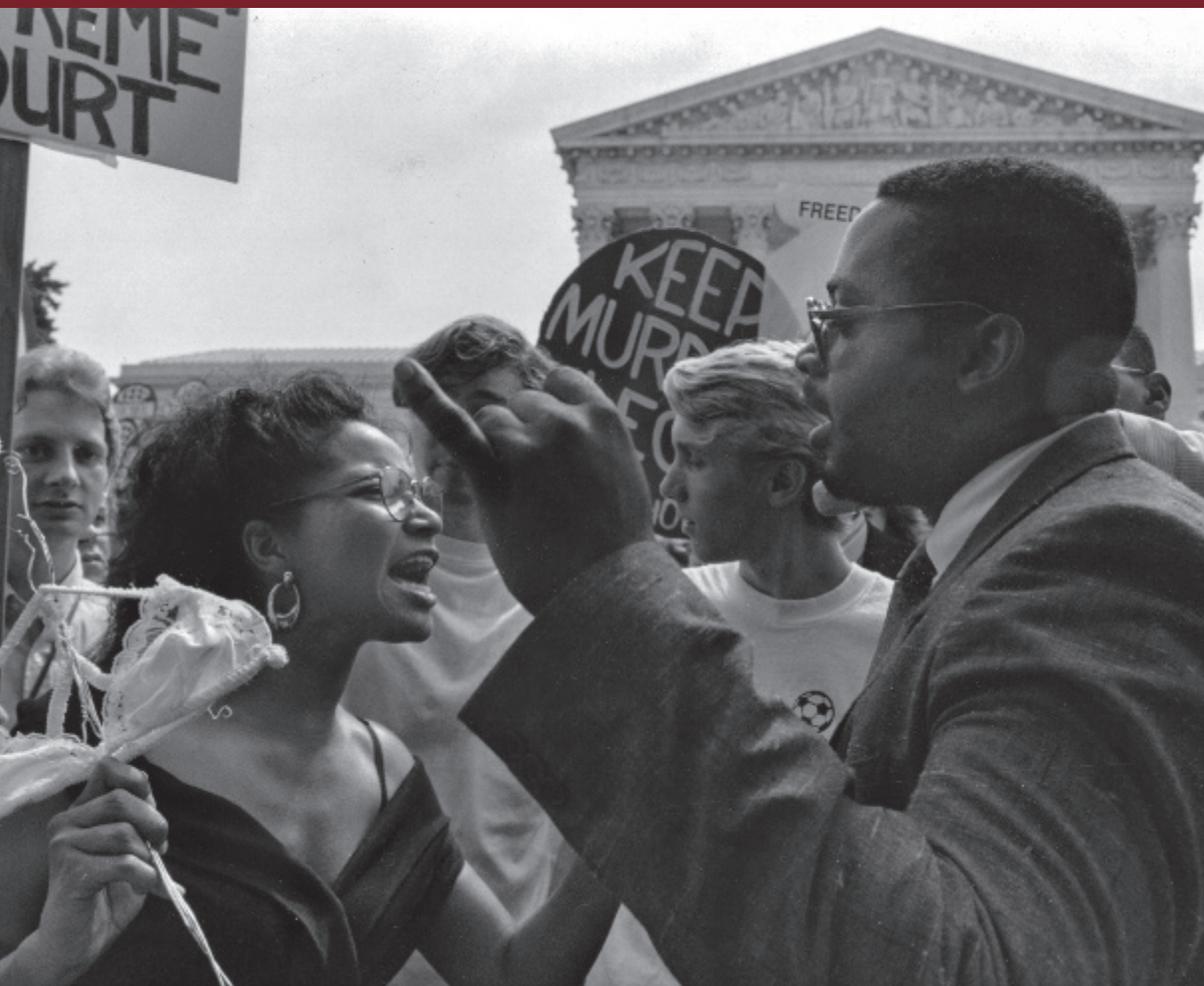


Rafael Palomino Lozano
(Coordinador)

DOBBS v. JACKSON

EL CAMBIO DE PARADIGMA SOBRE EL ABORTO



DOBBS v. JACKSON
EL CAMBIO DE PARADIGMA SOBRE EL ABORTO

RAFAEL PALOMINO LOZANO
(Coordinador)

DOBBS v. JACKSON
EL CAMBIO DE PARADIGMA
SOBRE EL ABORTO



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

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

1.ª edición, 2024

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

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

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

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

Índice

Presentación	11
<i>Michael W. McConnell</i>	
Capítulo 1. Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: el derecho a la vida como su primer derecho	19
<i>José Ignacio Rubio López</i>	
1. LOS LÍMITES DEL PODER LEGISLATIVO (ABORTO Y MAYORÍAS LEGISLATIVAS)	21
2. LA VIDA DEL NO NACIDO EN LOS ESTADOS UNIDOS: DE <i>ROE</i> A <i>DOBBS</i> (1973–2022)	24
3. LA VIDA DEL NO NACIDO EN ESPAÑA	32
4. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL NO NACIDO: SU DERECHO A LA VIDA	40
4.1. <i>Argumentos favorables a la condición personal del no nacido</i>	41
4.1.1. Argumentos biológicos	42
4.1.2. Argumentos metafísicos	48
4.1.3. Argumentos jurídicos	58
4.2. <i>Algunos ejemplos de protección jurídica del no nacido</i>	72
4.2.1. En materia penal	73
4.2.2. En el ámbito civil	81
5. CONCLUSIÓN: PERSONA ES SU NOMBRE	84
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93
Capítulo 2. <i>Dobbs v. Jackson</i>. Aborto y factor religioso en los Estados Unidos	101
<i>Rafael Palomino Lozano</i>	
1. INTRODUCCIÓN	101
2. UN CICLO JUDICIAL FAVORABLE AL ABORTO: DE <i>ROE</i> A <i>CASEY</i>	102
2.1. <i>Roe. Sobre «las penumbras y emanaciones» de derechos constitucionales</i> ...	102
2.1.1. Factores jurídicos	103
2.1.2. Contexto social	108
2.1.3. La decisión <i>Roe</i> : «mal derecho constitucional»	110
2.2. <i>Casey. La libertad no encuentra refugio en una jurisprudencia dubitativa</i> ...	117
3. <i>DOBBS</i> : LA «DESCENTRALIZACIÓN» DEL ABORTO	124
3.1. <i>Un vuelco en la composición del Tribunal Supremo</i>	124
3.2. <i>Antecedentes de la sentencia Dobbs</i>	125
3.3. <i>La filtración del borrador de la sentencia</i>	127

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

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

Elena García-Antón Palacios

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

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

Jorge Salinas Mengual

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

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

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

Santiago Cañamares Arribas

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

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

Santiago Leyra-Curiá

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

Presentación

Michael W. McConnell¹

Primero *Roe*, luego *Dobbs*: una polémica seguida de otra

Hace cincuenta años, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó sentencia legalizando el aborto en todo el país. El día antes de *Roe v. Wade*, 410 U.S. 111 (1973), el aborto era totalmente ilegal en casi todos los estados, aunque algunos habían relajado recientemente sus leyes. Y el día después de *Roe*, de repente las mujeres tenían un derecho constitucional para abortar por cualquier motivo, un derecho que se aplicaba efectivamente en cualquier momento durante los nueve meses de embarazo. (En teoría, los estados aún podrían prohibir el aborto en los últimos tres meses a menos que fuera necesario para la salud de la mujer, pero el Tribunal definió «salud» de manera tan amplia, que esta limitación no tenía sentido). El número de abortos se disparó rápidamente a casi 1,5 millones cada año, aproximadamente el 30% del total de embarazos.

Roe v. Wade es la decisión constitucional que ha suscitado una controversia más intensa y duradera en la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Con el tiempo, incluso las decisiones más controvertidas se vuelven aceptables, y a veces modélicas. Pero *Roe* es una excepción. Aun ahora, cincuenta años después, es uno de los temas más determinantes de nuestra polarizada política. Hace dos años, *Roe* fue revocado en un caso llamado *Dobbs v. Jackson Womens Health Org.*, 587 U.S. 215 (2022). Y ahora le toca a *Dobbs* sentarse en el banquillo de los acusados por la crítica pública.

La permanente controversia sobre *Roe v. Wade* surgió por dos razones distintas e independientes, que no deben mezclarse.

En primer lugar, la cuestión moral subyacente —si es permisible que el Estado prohíba o restrinja el aborto y cuándo— divide profundamente al público estadounidense y al de gran parte del mundo. Presenta un conflicto entre la vida de un ser que ciertamente es humano y es visto por muchos como una «persona» con derecho a la protección de las leyes, frente al derecho de la madre a controlar su propio cuerpo y a ocupar un lugar de igualdad en el mundo económico

¹ Titular de la Cátedra de Derecho Richard y Frances Mallery y Director del Centro de Derecho Constitucional de la Universidad de Stanford. Senior Fellow de la Hoover Institution. De 2002 a 2009, McConnell fue Magistrado del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Décimo Circuito.

y cívico moderno. Según la encuesta Gallup, en todos los años transcurridos entre las sentencias *Roe* y *Dobbs*, entre el 60 y el 70% de los estadounidenses dijeron a los encuestadores que creían que el aborto debería ser legal sólo en determinadas circunstancias, o no debería serlo en absoluto. Aquellos que pensaban que el aborto debería ser legal en todas las circunstancias —esencialmente lo que la sentencia *Roe* afirmaba— aumentaron del 21 por ciento en 1975 al 34 por ciento el año pasado, pero nunca llegaron a ser mayoría.

En segundo lugar, el método de interpretación utilizado para llegar al resultado en *Roe* estaba totalmente dissociado del texto o de las interpretaciones históricas propias de una Constitución escrita. Un exdecano de la Facultad de Derecho de Stanford, defensor del derecho al aborto, declaró que la sentencia «no es derecho constitucional y casi da la impresión de no sentir la obligación de serlo». Algunos partidarios del aborto se convirtieron así en críticos de *Roe*, sosteniendo que el derecho al aborto debería haberse adoptado a través de procesos democráticos o, al menos, de forma más gradual. Otros buscaron una forma de justificar *Roe* como una cuestión de razonamiento constitucional. Uno de esos intentos fue un libro titulado *What Roe v. Wade Should Have Said* (lo que *Roe v. Wade* debería haber dicho). Ninguna de esas tentativas tuvo demasiado éxito.

La sentencia *Roe* ubicó el aborto en lo que llamó «el derecho a la privacidad». Pero ese derecho no se menciona en ninguna parte de la Constitución. Según *Roe*, «al menos las raíces de ese derecho» pueden encontrarse en la Primera Enmienda, en las «penumbras de la Declaración de Derechos», en la Novena Enmienda, o en el «concepto de libertad garantizado por la primera sección de la Decimocuarta Enmienda». Esa vaga afirmación sugiere que al Tribunal no le importaba mucho en qué parte de la Constitución podría encontrarse este supuesto derecho. Lo único importante era que fuera «lo suficientemente amplio» como para abarcar el aborto.

Esto nos lleva al siguiente problema lógico: ¿qué pasa con el interés estatal en proteger la vida humana, o incluso la vida humana potencial? Un derecho a la privacidad existe, por definición, solo cuando nadie más resulta dañado o afectado por la conducta. Y la protección de la vida humana, incluso de la vida humana potencial, parece ser uno de los más importantes objetivos de un Estado. Por lo tanto, el caso requería la resolución de lo que el Tribunal denominó la «cuestión más delicada y difícil» de «cuándo comienza la vida».

Sobre esta cuestión, el Tribunal observó que había una «amplia divergencia de pensamiento». En la frase más famosa de la sentencia, el Tribunal declaró que «cuando personas formadas en las respectivas disciplinas de la medicina, la filosofía y la teología no pueden llegar a ningún consenso, el poder judicial... no está en condiciones de especular sobre una respuesta». Pero si el Tribunal no podía responder a esa pregunta, ¿cómo pudo al mismo tiempo afirmar que los 45 (o más) estados que prohibieron el aborto violaban la Constitución? Cuando

la Constitución no resuelve una cuestión, normalmente permitimos que el proceso democrático siga su curso. Una de las cosas que hace la democracia es permitir que los ciudadanos debatan y decidan cuestiones delicadas y difíciles para las que no hay clara respuesta jurídica o científica.

Dadas estas deficiencias legales y lógicas, cuando fue surgiendo en Tribunal Supremo una mayoría de magistrados designados por los Republicanos, la gente esperaba, a principios de la década de 1990, que el Tribunal revocase *Roe*. Por el contrario, en *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), el Tribunal reafirmó el principio básico de *Roe*, al tiempo que permitía una mayor flexibilidad permitiendo la regulación estatal que no supusiera una «carga indebida» (*undue burden*) para el derecho al aborto. La opinión de la minoría dominante (*plurality opinion*²), escrita por tres magistrados de designación Republicana, se distanciaba de la lógica de *Roe*, pero reafirmaba, sobre la doctrina de *stare decisis*³, la idea de que el Tribunal rara vez debe anular el precedente. Para los tres magistrados de la minoría dominante, cuando un precedente «resuelve un tipo de controversia fuertemente divisiva como la reflejada en *Roe*, [su] interpretación de la Constitución llama a las partes enfrentadas en una controversia nacional a que pongan fin a su división aceptando un mandato común arraigado en la Constitución». Aquello fue una impresionante afirmación de arrogancia judicial.

Treinta años más tarde llegó *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022). Una mayoría de cinco jueces en *Dobbs* anuló *Roe* de arriba a abajo, devolviendo toda la cuestión del derecho al aborto a las fuerzas políticas, presumiblemente a los estados. Otro magistrado de la Corte, su presidente, John Roberts, habría preferido que la decisión se limitara a mantener la constitucionalidad de ley en cuestión, que prohibía casi todos los abortos después de las quince semanas de gestación, estimando que ese límite no constituye una carga indebida para la facultad de una mujer para abortar.

Dobbs ha sido uno de los giros más llamativos en la historia del Tribunal Supremo, y el más claramente fundamentado en una las posiciones doctrinales en materia de interpretación constitucional: la idea de que el significado de la Constitución depende únicamente, o principalmente, del texto constitucional tal como se entendía en el momento en que se escribió, tal vez complementado por tradiciones y prácticas «profundamente arraigadas», adoptadas desde entonces.

No resulta sorprendente que, dada la naturaleza extraordinariamente polémica del tema del aborto, la sentencia *Dobbs* despertara inmediatamente una tormenta de críticas (y también, debemos mencionarlo, un notable apoyo expresado de manera menos ruidosa). El aborto se ha convertido, de nuevo, en una cuestión clave en las elecciones presidenciales y estatales de 2024, con los Republicanos

² Una *plurality opinion* es la posición que tiene más apoyo dentro del Tribunal, pero no ha logrado la mayoría, es decir, más de la mitad de los magistrados.

³ Es decir, la doctrina del respeto debido al precedente judicial.

oponiéndose a él de manera mayoritaria, pero no sólida, y con los Demócratas prestándole su firme apoyo.

El apoyo al derecho al aborto en todas las etapas del embarazo ha aumentado en Estados Unidos. Muchos interpretan este aumento como un repudio a la sentencia *Dobbs*, pero eso malinterpreta el caso. *Dobbs* se mostraba indiferente acerca de la conveniencia de leyes contra el aborto; simplemente devolvía la decisión sobre este tema al gobierno representativo. El hecho de que la ciudadanía esté eligiendo usar en muchos estados esa autoridad para legislar a favor del derecho al aborto es totalmente compatible con la sentencia.

En todo caso, la controversia sobre *Dobbs* presenta una serie de cuestiones interesantes.

En primer lugar, *Dobbs* plantea la pregunta acerca de qué metodología interpretativa empleará el Tribunal Supremo en el futuro, especialmente en lo que respecta a derechos reconocidos que, como el aborto, no son mencionados en el texto constitucional. Sin duda, la sentencia *Dobbs* deja claro que las afirmaciones de derechos que carecen de un respaldo textual o histórico serio no serán reconocidas simplemente porque los magistrados del Tribunal piensen que promoverían valores constitucionales beneficiosos. Hasta aquí la parte fácil. Pero ¿qué sucederá con las reivindicaciones de derechos que carecen de apoyo textual, pero pueden alegar un pedigrí histórico más sólido o una amplia aceptación pública? ¿Hasta qué punto los magistrados aplicarán estrictamente el enfoque de «texto e historia» utilizado en *Dobbs*?

Y lo que es más importante: ¿qué peso le dará el Tribunal al precedente? Obviamente, *Dobbs* rechaza la rígida exigencia de seguir las sentencias anteriores por muy equivocadas que sean, lo cual algunos observadores dicen erróneamente que es la norma. Incluso los magistrados discrepantes en *Dobbs* reconocieron que la obligación de seguir el precedente «no es un mandato inexorable» y que «a veces es apropiado revocar una decisión anterior», incluso (aunque rara vez) cuando ni «la ley ni los hechos» hayan cambiado mientras tanto. No obstante, los precedentes siguen teniendo sin duda un peso significativo, aunque no sea determinante. ¿Cuánto peso? Y, en particular, las decisiones anteriores de la Corte que ahora cuentan con un amplio apoyo público —como el fin de la segregación racial, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la anticoncepción—, ¿recibirán mayor peso como precedente que las que siguen siendo controvertidas o impopulares? En otras palabras, la ratificación posterior por la opinión del pueblo ¿sustituye la falta de mención en la Constitución de ese mismo pueblo? ¿O se sentirá obligada la Corte a esgrimir el razonamiento textualista e historicista de *Dobbs* contra una amplia gama de sentencias que son hoy populares?

En segundo lugar —y también de interés principal para los tribunales y los abogados— ¿presagia *Dobbs* un abandono por parte del Tribunal de su compromiso ocasional con el gradualismo y el minimalismo? El presidente del Tribunal,

Roberts, afirmó en su voto concurrente que la mayoría se extralimitó en sus funciones, no porque su rechazo a *Roe* estuviera equivocado en cuanto al fondo, sino porque el caso que se había presentado al Tribunal se refería únicamente a un límite de 15 semanas al aborto, cuya validez podría mantenerse bajo la doctrina constitucional vigente sin abrir la puerta a restricciones más severas.

A la mayoría de las personas le importan menos estas cuestiones interpretativas que el asunto subyacente: la disponibilidad del aborto. Técnicamente hablando, la opinión dominante en la sentencia se mostraba indiferente acerca de cómo deberían ser las leyes sobre el aborto, y devolvía el poder de decisión al proceso democrático. Los estados podrían ampliar el derecho al aborto o limitarlo. Pero la sentencia fue ampliamente percibida como antiaborto y provida. Antes de *Dobbs*, las mujeres tenían derecho al aborto por cualquier motivo en la mayoría de las etapas del embarazo, con excepciones moderadas que no imponían una «carga sustancial» al ejercicio del derecho. Después de *Dobbs*, los estados podían prohibir el aborto desde el momento de la concepción, y a veces lo hicieron.

Las verdaderas consecuencias de *Dobbs* no se conocerán hasta dentro de unos años, después de que el debate jurídico y político sobre este asunto haya tenido tiempo de asentarse. Pero los resultados en el primer año no han sido los que muchos esperaban. Desde luego, no los que esperaban los provida. En 2023, el primer año de calendario desde *Dobbs*, el número de abortos en Estados Unidos subió a su nivel más alto en más de una década: 1.026.690, con una tasa de 15,7 abortos por cada 1.000 mujeres en edad reproductiva. (La tasa de abortos aumentó después de *Roe*, alcanzó su punto máximo en 1990, disminuyó durante 30 años, y comenzó a aumentar nuevamente en 2019). Aquellos que esperaban que *Dobbs* redujera el número de abortos se han sentido decepcionados, al menos hasta ahora.

Desde *Dobbs*, y en el momento en que se escriben estas páginas, alrededor de 14 estados han aprovechado su recién restaurado poder para aprobar leyes que prohíben los abortos en gran parte de los casos, y otros 7 han aprobado límites por encima de cierto tiempo de gestación. Pero ha habido también un movimiento de rebote. En Kansas y Ohio, siendo ambos estados Republicanos conservadores donde solía haber un fuerte sentimiento provida, los votantes aprobaron referendos a favor de ampliar el derecho al aborto, y Florida podría seguir su ejemplo este otoño. En Arizona, el legislativo, con el apoyo de algunos Republicanos, ha abolido una ley del siglo XIX que nunca había sido derogada y que el Tribunal Supremo del estado afirmó que había vuelto a entrar en vigor como resultado de *Dobbs*.

En los otros estados, quienes practican abortos han redoblado sus esfuerzos, especialmente en los estados limítrofes con los prohibicionistas del aborto. Las tasas de aborto en estos estados fronterizos aumentaron un 37 por ciento. Mientras tanto, el uso de la telemedicina y las píldoras abortivas ha hecho que sea más fácil y barato para las mujeres terminar con sus embarazos.

La postura política acerca del aborto parece ser la siguiente: alrededor de una quinta parte de la población se opone firmemente al aborto en todos o casi todos los casos; alrededor de un tercio de la población (probablemente en aumento) está a favor de permitir el aborto en todos o casi todos los casos; y un amplio porcentaje está a favor de restricciones de varios tipos, como el tiempo de gestación, los abortos selectivos por sexo, el consentimiento de los padres de la gestante, la denegación de financiación pública, etc. Los votantes que creen que el aborto implica acabar con una vida humana inocente desde el momento de la concepción son una minoría en todo el país, pero constituyen una mayoría en un número indeterminado de estados. Cuando *Roe* estaba en vigor, las únicas restricciones que se podían aplicar eran aquellas que los tribunales dictaminaron que no imponían una «carga sustancial». Esta nebulosa condición se correspondía en general con leyes que gozaban de un amplio apoyo popular. Esto empoderó a los moderados provida, neutralizó a los absolutistas provida, y dio garantías a los partidarios del aborto que no habría posibilidad de restricciones drásticas. Ahora, después de *Dobbs*, los legisladores provida tienen la posibilidad real de aprobar prohibiciones totales en al menos unos pocos estados (probablemente menos de quince). Esto ha desatado una feroz oposición. Los partidarios del derecho al aborto que confiaban en los tribunales antes de *Dobbs* se han reactivado para luchar políticamente por esos derechos, y no están de humor como para tolerar restricciones que buscan un término medio.

Dobbs ha transformado la naturaleza del equilibrio político. La energía del movimiento provida pasó de las limitaciones moderadas al aborto, que a menudo podían ganar el apoyo mayoritario, a las prohibiciones totales, que ya no podían ganar ese apoyo (excepto en unos pocos estados). Debido a que ven en conciencia el aborto como una cuestión de vida o muerte, los activistas provida tienen poco interés en reformas marginales. De hecho, los políticos provida moderados que se oponen a las prohibiciones totales pueden enfrentarse a dificultades en las primarias. Este cambio beneficia a la causa del derecho al aborto, porque el pueblo estadounidense favorece el centro y reacciona contra cualquier bando que parezca estar tomando los extremos. *Dobbs* no solo ha devuelto la cuestión del aborto a los procesos democráticos, sino que ha modificado el panorama político.

La paradoja de *Dobbs*, por lo tanto, es que puede haber fortalecido la posición de los activistas por el derecho al aborto y aumentado el número de abortos. Uno se pregunta cuál habría sido el resultado si el presidente del Tribunal Supremo, John Roberts, se hubiera salido con la suya. Si el Tribunal sólo hubiera aprobado un límite gestacional de 15 semanas, dejando formas más drásticas de regulación para casos futuros, habría hecho que la transición a una regulación más estricta del aborto fuera más gradual. El resultado final podría haber sido más favorable para la causa provida.

DOBBS v. JACKSON
EL CAMBIO DE PARADIGMA SOBRE EL ABORTO

Capítulo 1

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

José Ignacio Rubio López

Universidad Eclesiástica San Dámaso (UESD)

SUMARIO: 1. LOS LÍMITES DEL PODER LEGISLATIVO (ABORTO Y MAYORÍAS LEGISLATIVAS).— 2. LA VIDA DEL NO NACIDO EN LOS ESTADOS UNIDOS: DE *ROE* A *DOBBS* (1973-2022).— 3. LA VIDA DEL NO NACIDO EN ESPAÑA.— 4. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL NO NACIDO: SU DERECHO A LA VIDA. 4.1. *Argumentos favorables a la condición personal del no nacido*. 4.1.1. Argumentos biológicos. 4.1.2. Argumentos metafísicos. 4.1.3. Argumentos jurídicos. 4.2. *Algunos ejemplos de protección jurídica del no nacido*. 4.2.1. En materia penal. 4.2.2. En el ámbito civil.— 5. CONCLUSIÓN: PERSONA ES SU NOMBRE.— 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

«Con la atracción de este Amor y la fuerza de su Llamada
no dejaremos de explorar
y el fin de toda nuestra exploración
será llegar a donde empezamos.

Y conocer el lugar por primera vez
a través de la desconocida y recordada puerta
cuando lo último de la tierra que queda por descubrir
sea aquello que fue el principio».

T. S. ELIOT, *Cuatro cuartetos*: «IV Poema: *Little Gidding*, parte V».

Tras el horror del III Reich y la experiencia dramática de la II Guerra Mundial, en medio de un cierto resurgir del derecho natural tras el resultado al que había conducido el positivismo jurídico¹, la Declaración Universal de Dere-

¹ Ejemplo de este interés renovado por el derecho natural fue la publicación de la obra de Heinrich Rommen que, bajo el título del «eterno retorno del derecho natural», aparecida en 1936, fue reeditada y ampliada en Múnich en 1947, cfr. A. M. ROUCO VARELA, *Teología y Derecho* (Madrid: Cristiandad, 2003), p. 109. También otros autores se replantearon sus posiciones anteriores tras el horror de esos años. Así, en su crítica al positivismo jurídico, Gustav Radbruch dejó escrito, justo

chos Humanos de 1948 consagró en su articulado el derecho a la vida («todo individuo tiene derecho a la vida», artículo 3). El constitucionalismo moderno así lo reconoce también y nuestra Constitución de 1978 lo hace en su artículo 15 cuando afirma que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral». Siete años después, el Tribunal Constitucional, en sentencia 53/1985, de 11 de abril, dispuso que «la vida del *nasciturus*, en cuanto este encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional» (FJ 5). En nuestra historia, salvo unos años durante la Guerra Civil en el bando republicano, el aborto estuvo penalizado hasta la ley de supuestos de 1985 (Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio) y la ley de plazos de 2010 (2/2010, de 3 de marzo), con la reciente reforma de la ley de salud sexual y reproductiva de 2023 (Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero).

En el caso del derecho norteamericano, la Constitución federal de 1787 no dispuso un elenco de derechos fundamentales (*Bill of Rights*), pero sí la posibilidad de incorporarlos por la vía de Enmiendas en su artículo 5. Así fue como la Decimocuarta enmienda, aprobada por el Congreso en 1866 y ratificada dos años más tarde en 1868, dispuso que «ningún Estado privará a persona alguna

al acabar la guerra en 1945, que al derecho se le privó de todas las defensas que hubieran permitido combatir los abusos, siendo así que «por ello existen principios fundamentales de derecho que son más fuertes que toda disposición jurídica, de modo tal que una ley que los contradiga carecerá de validez. Estos principios fundamentales son conocidos como derecho natural o derecho racional», G. RADBRUCH, «Cinco minutos de filosofía del derecho», en S. L. PAULSON, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch* (Madrid: Marcial Pons, 2019), p. 211 (Quinto minuto). Radbruch abría de este modo una serie de ensayos de posguerra, advirtiendo un año después que «de ningún modo se ha de admitir que es Derecho “todo lo que es útil al pueblo”, sino que al pueblo le es útil, en último término, tan solo lo que es Derecho, lo que trae seguridad y tiende a la justicia»; también acuñó aquí una de las primeras versiones de lo que se ha conocido como la fórmula de Radbruch, esto es, «cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia (luego dirá cuando la contradicción de la ley con la justicia sea tan insoportable, siendo esta la llamada fórmula de la intolerancia), cuando en la formulación del Derecho positivo se deja a un lado conscientemente la igualdad (sería la fórmula de la negación), que constituye el núcleo de la justicia, entonces no estamos solo ante una ley que establece un “Derecho defectuoso”, sino que más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de Derecho», G. RADBRUCH, «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en G. RADBRUCH – E. SCHMIDT – H. WELZEL, *Derecho injusto y derecho nulo* (Madrid: Aguilar, 1971), pp. 13, 14. Con todo, Radbruch no dijo que el positivismo jurídico fuera el *causante* de la llegada de los nazis al poder y de los horrores del III Reich, a diferencia de Lon Fuller que sí lo sugirió, cfr. L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, n.º 71, 630, p. 659 (1958): «El positivismo jurídico alemán no solo prohibió a la ciencia jurídica toda consideración de los fines morales del derecho, sino que también fue indiferente a lo que he llamado la moral interna del propio derecho. El abogado alemán estaba, por tanto, especialmente preparado para aceptar como “ley” cualquier cosa que se llamara así, que se imprimiera a expensas del gobierno, y que pareciera venir “desde arriba”. A la luz de estas consideraciones no puedo ver ni absurda ni perversa la sugerencia de que las actitudes que prevalecían en la profesión jurídica alemana eran útiles para los nazis. Hitler no llegó al poder mediante una revolución violenta. Fue Canciller antes de convertirse en el Líder» (mientras no se diga lo contrario, las traducciones son del autor).

de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal; ni negará a alguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes». Pero es que antes la *Declaración de Independencia* de 1776 —otro de los textos fundacionales de la nación— había sostenido la existencia de verdades evidentes como serían los derechos humanos, derechos inalienables recibidos por el Creador, figurando como el primero de la tríada que ofrecía en ese elenco el de la vida, seguido de la libertad y de la búsqueda de la felicidad.

Habrà que esperar a la década de los años 70 del pasado siglo para que, como fruto de la revolución de los derechos civiles en Estados Unidos, el movimiento de liberación sexual de la mujer que, recogiendo el testigo de las reivindicaciones raciales de las décadas precedentes, ya había logrado su primera victoria en materia de contracepción (*Griswold v. Connecticut*, 1965), centrara ahora su lucha en el aborto, obteniendo su primera y decisiva victoria en la decisión del Supremo *Roe v. Wade* (1973), en vigor desde entonces hasta que el Supremo el 24 de junio de 2022 (*Dobbs v. Jackson*) procediera a anularla.

El caso es que ni en España ni en Estados Unidos sus más altos tribunales se han enfrentado realmente a la cuestión de fondo acerca de la persona del no nacido y su estatuto jurídico, cuestión que dejaremos planteada a continuación (I) para abordarla directamente en el apartado IV, una vez expuesta la situación jurídica del no nacido en los derechos norteamericano (II) y español (III). Unas consideraciones finales cerrarán este artículo (V).

1. Los límites del poder legislativo (aborto y mayorías legislativas)

En 1896 al Tribunal Supremo de los Estados Unidos le bastaron tres palabras para legitimar la segregación racial: «separados pero iguales»². De este modo, el Supremo validó una de las leyes *Jim Crow* del Sur³, la de Louisiana de 1890, por la que los vagones de tren debían disponer de compartimentos separados, pero iguales, para blancos y negros, sin que estos últimos pudieran acceder a los reservados para los primeros, siendo sancionados en caso contrario. Años más tarde, otra infame sentencia en 1927 consideró que «tres generaciones de imbéciles ya eran suficientes», por lo que el Estado de Virginia, que había aprobado una ley de esterilización forzosa en 1924, podría seguir con ello⁴. Y, por poner otro ejemplo más, el Supremo respaldó en 1944 una orden presidencial de Roosevelt que, tras el ataque sobre Pearl Harbor de 1941, había ordenado el

² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Sentencia anulada en *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³ Cf. D. K. FREMON, *Jim Crow laws and racism in United States history* (Berkeley Heights, NJ: Enslow Publishers, 2000), pp. 42-49.

⁴ Cf. *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, p. 207 (1927) (Holmes, J.). Sentencia que sería anulada parcialmente en *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) y en la *Americans with Disabilities Act* de 1990.

confinamiento de japoneses en campos de internamiento⁵. Un año antes, en las elecciones presidenciales de 1940, ese presidente demócrata se había impuesto a su adversario republicano con el 55% de los votos, venciendo en 38 Estados, volviendo en 1944 a un segundo mandato con resultados similares. Así pues, con toda legitimidad democrática, la mayoría había decidido en Estados Unidos segregar racialmente a su población de color, esterilizar a los incapaces en medio del apogeo eugenésico de esos años, o confinar en campos de aislamiento a cierta población por el solo hecho de su origen racial.

Pero es que las cosas no es que anduvieran mejor en Europa, sin entrar aquí en las purgas soviéticas y en las decenas de millones de muertos en los *gulags* rusos, campos de trabajos para disidentes⁶. El partido nacionalsocialista alemán (NSDAP) ganó las últimas elecciones de la República de Weimar el 5 de marzo de 1933, logrando 288 escaños de los 647 que tenía el Reichstag. Más de 17 millones de alemanes le dieron su confianza. A finales de ese mes Hitler contaba ya con el control legislativo gracias a la ley habilitante que le confería plenos poderes, perdiendo el Parlamento su autoridad. Dos años después, la ley de ciudadanía del Reich y la ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, ambas de 15 de septiembre de 1935, se convertirían en la justificación legal para la «extirpación» de los judíos de Alemania y la «solución final», tras la noche de los cristales rotos de noviembre de 1938. El mundo conoció entonces los frutos de una legislación positiva injusta inspirada en principios contrarios a la dignidad humana. Se estima que el genocidio de la Shoá supuso el asesinato de entre cinco y seis millones de judíos⁷. Pues bien, no dependiendo el horror del número de sus víctimas, la cifra de seis millones en seis años, los del exterminio, según es calificado por algún historiador judío, nos habla de la magnitud del mal de esos años.

Por su parte, entre 1938 y 1940, tras el «Manifiesto de la raza» y su defensa de la «pura raza italiana», el gobierno fascista en Italia fue aprobando leyes raciales (la mayoría por medio de Reales Decretos Ley) que prohibían desde el matrimonio entre italianos y judíos, hasta la prohibición de los organismos

⁵ Cfr. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Decisión que también sería revocada por el Supremo años más tarde, cuando el *Chief Justice* Roberts dijera que: «La reubicación forzosa de ciudadanos estadounidenses en campos de concentración, única y explícitamente por motivos raciales, es objetivamente ilegal y está fuera del alcance de la autoridad presidencial [...] Korematsu fue gravemente errónea el día en que se decidió, ha sido anulada en el tribunal de la historia, y —para ser claros— “no tiene lugar en la ley bajo la Constitución”, 323 U.S., p. 248 (Jackson, J., *dissenting*)», *Trump v. Hawaii*, 138 S.Ct. 2392, p. 2423 (2018) (Roberts, C. J.).

⁶ Cfr. S. COURTOIS Y OTROS, *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión* (Madrid: Arzalia Ediciones, 2021); A. SOLZHENITSYN, *Archipiélago Gulag, vols. I-III* (Barcelona: Tusquets editores, 2015); J. A. GETTY – O. V. NAUMOV, *The Road to Terror: Stalin and the Self-destruction of the Bolsheviks, 1932-1939* (New Haven, CT: Yale University Press, 1999); R. CONQUEST, *The Great Terror: A Reassessment* (NY: Oxford University Press, 2008).

⁷ Así lo hacen historiadores como R. HILBERG, *La destrucción de los judíos europeos* (Madrid: Akal, 2005).

públicos de emplear a judíos, de trabajar estos como abogados o periodistas, o de frecuentar los niños hebreos la escuela pública. Mussolini había llegado al poder en noviembre de 1922, tras la Marcha sobre Roma de finales de octubre, con el apoyo de 316 diputados y de un modo aparentemente constitucional bajo el Estatuto Albertino de 1848, recibiendo también más tarde plenos poderes.

Habida cuenta de todos estos trágicos ejemplos, hechos que hoy nos resultan repugnantes e impensables en sociedades democráticas de ciudadanos libres e iguales, cuando la cuestión en juego es el derecho a la vida del no nacido, parece legítimo preguntarse al menos si este asunto debiera quedar en manos de las mayorías legislativas de los Estados (no olvidemos que fueron esas mayorías las que aprobaron las citadas leyes raciales y eugenésicas), o si —por tratarse de un derecho natural sagrado e inviolable— debiera quedar al margen de toda discusión. Algo que no carece de interés si estuviéramos hablando de millones de vidas de seres humanos indefensos en el vientre de sus madres, cuando la organización pro-vida más antigua de América (el *National Right to Life Committee*, NRLC) estima —sobre datos ofrecidos por una organización pro-choice— en más de 63 millones el número de abortos producidos solo en los Estados Unidos entre 1973 y 2021⁸.

Este es el problema que, lejos de haber resuelto de una vez por todas, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su última sentencia de junio de 2022, dejó abierto, al no querer entrar en la cuestión del estatuto personal del no nacido, como directamente John Finnis y Robert P. George se lo pidieron en el escrito (*amicus curiae*) que le presentaron⁹. En realidad, el Supremo desplazó el problema al legislativo federal o estatal para que fueran las mayorías las que decidieran¹⁰. Pero es que, en España, una cuestión como la de la condición

⁸ Cfr. NATIONAL RIGHT TO LIFE COMMITTEE, NRLC, *The State of Abortion in the United States, January 2022*, p. 8: «Las consecuencias de *Roe v. Wade*: 63.459.781 abortos totales desde 1973», en <http://www.nrlc.org/uploads/communications/stateofabortion2022.pdf> (todas las referencias a internet aquí fueron a páginas visitadas desde los meses de agosto y septiembre de 2023, hasta el de mayo de 2024).

⁹ Cfr. J. FINNIS – R. P. GEORGE, *Brief of Amici Curiae Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in Support of Petitioners*, 29 de julio de 2021, pp. 2, 33, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185196/20210729093557582_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf. Tanto este *amicus* como la historia del caso (Docket No. 19-1392) de marzo de 2020 a junio de 2022, se puede consultar en la página del blog del Supremo, «SCOTUSblog»: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

¹⁰ Un ejemplo reciente lo encontramos en la consulta del 10 de agosto de 2023 en Ohio, cuando se les preguntó a los electores si querían elevar al 60% la actual mayoría necesaria para que, por votación popular, se corrigiera su Constitución. Y es que, en el mes de noviembre, estaba prevista la votación de una enmienda que reconociera el aborto como un derecho constitucional (*Reproductive Rights Amendment*). No salió adelante esa iniciativa, votando solo a su favor cerca del 43% (en <https://liveresults.ohiosos.gov/>), por lo que bastaría con que el 50% más uno de los electores lo quisieran para que se blindara constitucionalmente el aborto en ese Estado, lo que finalmente ocurrió en noviembre con el respaldo de casi el 57% de los votos a favor.

jurídico-personal del *nasciturus* fue algo completamente ajeno a la mayoría de los jueces de la sentencia 44/2023, de 9 de mayo, de nuestro Tribunal Constitucional. Pues bien, estos silencios y la gravedad del caso que nos ocupa son los que exigen, para entender correctamente la cuestión y darle una adecuada respuesta desde el derecho, adentrarnos primero en ambas experiencias jurídicas para ver en ellas la situación en la que quedó el no nacido.

2. La vida del no nacido en los Estados Unidos: de *Roe* a *Dobbs* (1973-2022)

Desde 1973 la cuestión del aborto ha estado presente en el debate cultural norteamericano. En estas últimas cinco décadas desde *Roe*, las posturas se han ido perfilando entre quienes defienden la vida del no nacido desde su concepción (*pro-life*) y quienes consideran que la cuestión de mantener un embarazo es algo que le debiera pertenecer en exclusiva a la gestante (*pro-choice*), sin que los Estados debieran intervenir en ello, al menos hasta un cierto punto. El debate comprende todos los aspectos posibles, desde el político al económico, pasando por el social, ético-moral, o religioso, y en cada uno de los frentes judicial, legislativo y ejecutivo. Aquí nos limitaremos al análisis jurídico de este asunto, no sin antes reconocer que si se ha llegado a *Dobbs* es gracias al esfuerzo de muchas organizaciones pro-vida que dieron voz al no nacido¹¹, movilizando esfuerzos y recursos que fueron permitiendo el cambio de políticas legislativas estatales, como la de Mississippi de 2018¹², fijando las 15 semanas de gestación como límite posible al aborto y buscando, con ello, provocar la intervención del Supremo. Entremos pues en el análisis jurídico de los precedentes norteamericanos.

Antes de *Roe*, hablar de un derecho constitucional al aborto era algo inconcebible en el derecho norteamericano, no solo porque esa práctica —en cualquier etapa de la gestación— estaba penalizada por entonces en todos los Estados con leyes en vigor desde 1825¹³, sino porque el derecho anglosajón desde sus orígenes (*common law*) nunca lo admitió, pese al hecho de tomar en consideración, a efectos penales, que no civiles, el momento en el que una mujer comienza a percibir su embarazo por el movimiento fetal, lo que se conoce como *quickening*.

En *Roe v. Wade* (1973), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dijo:

¹¹ Cfr. NRLC, *National Right to Life Praises the Supreme Court's Decision in Dobbs v. Jackson*, June 24, 2022, en <https://www.nrlc.org/communications/dobbs/>; USCCB *Statement on U.S. Supreme Court Ruling in Dobbs v. Jackson*, 24 de junio de 2022, en <https://www.usccb.org/news/2022/usccb-statement-us-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson>.

¹² Cfr. *Mississippi's Gestational Age Act of 2018*, Miss. Code Ann. §§ 41-41-191 (2018).

¹³ Cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, pp. 118-119 (nota 2) (1973) (Blackmun, J.); *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S.Ct. 2228, pp. 2285-2299 (Appendices A and B) (2022) (Alito, J.).

- 1) primero, que el derecho al aborto existía en la Constitución norteamericana, pese a que su texto nada dijera al respecto; no pudiendo ofrecer un estudio riguroso de la historia y tradición de ese supuesto derecho en el *common law* y en el derecho americano, ante la ausencia de datos y las evidencias en contra, el juez ponente se limitó a decir que el primero permitía el recurso al aborto antes de un cierto punto, zanjando así la cuestión, como si fuera un hecho indiscutible¹⁴, cuando se apoyaba en un autor, Cyril Means, defensor del aborto, cuyos estudios serían desacreditados más tarde, desmontando cada una de sus dos tesis, los dos axiomas de la «nueva ortodoxia sobre la historia del aborto» repetidos desde entonces hasta la saciedad (a saber, que el aborto no era un crimen en el *common law* y que las leyes estatales del XIX se aprobaron para proteger la salud de las madres, no la vida de los no nacidos)¹⁵;
- 2) segundo, que su justificación doctrinal era la autonomía personal y la privacidad como garantías previstas por la cláusula del *due process* de la Decimocuarta enmienda, aplicable a los Estados¹⁶;

¹⁴ Cfr. *Roe v. Wade*, pp. 132-141 (Blackmun, J.).

¹⁵ Cfr. *Roe v. Wade*, pp. 132-133, nota 21; 136, nota 26 (Blackmun, J.). Los artículos en cuestión eran: C. MEANS, «The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality», *New York Law Forum*, n.º 14, p. 411 (1968) (Means I); *id.*, «The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra or Ninth-Amendment Right About To Arise From the Nineteenth-Century Legislative Ashes of a Fourteenth-Century Common-Law Liberty?», *New York Law Forum*, n.º 17, 335, pp. 337-339 (1971) (al que se refiere Blackmun como Means II). Estos estudios de Means fueron desacreditados en: J. W. DELLAPENNA, *Dispelling the Myths of Abortion History* (Durham, NC: Carolina Academic Press, 2006), pp. 143-152, 325-331; J. FINNIS, «“Shameless Acts” in Colorado: Abuse of Scholarship in Constitutional Cases», *Academic Questions*, n.º 7, 10, pp. 11-12 (1994); R. DESTRO, «Abortion and the Constitution: The Need for a Life-Protective Amendment», *California Law Review*, n.º 63, 1250, pp. 1267-1282 (1975); R. BYRN, «An American Tragedy: The Supreme Court on Abortion», *Fordham Law Review*, n.º 41, 807, pp. 814-829 (1973), cfr. *Dobbs v. Jackson*, pp. 2254, nota 38 (Alito, J.). Pues bien, como enseña Dellapenna, a esas dos tesis sobre las que se fundó lo que llama «la nueva ortodoxia sobre la historia del aborto» habría que añadir dos más defendidas por otro autor en un obra posterior de 1978 [J. C. MOHR, *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900* (NY: Oxford University Press, 1978)]: que el aborto fue una práctica común y socialmente aceptada antes del siglo XIX; y que las leyes de ese siglo se aprobaron para suprimir la competencia de los «médicos irregulares» (comadronas, homeópatas, etc.) en beneficio de los «médicos regulares».

¹⁶ Cfr. *Roe v. Wade*, p. 153 (Blackmun, J.). Con antelación, el tribunal federal de Texas que resolvió el caso en primera instancia había defendido la constitucionalidad del aborto. Lo hizo amparándose en esa cláusula residual que es la Novena enmienda («la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará como la negación o rechazo de otros que el pueblo retiene»), aplicable a los Estados a través de la Decimocuarta. Este tribunal creyó que la prohibición del aborto suponía una violación del derecho de las parejas casadas y de las mujeres solteras «a elegir si tener hijos», pero se abstuvo de bloquear la ley penal estatal y no dijo nada acerca de plazos o trimestres, cfr. *Roe v. Wade*, 314 F. Supp. 1217, pp. 1221; 1222 (ND TX, June 17, 1970) (*Per curiam*). Ese pretendido *right to choose*, «derecho fundamental» según la sentencia, se quiso sostener entonces en una referencia a la intimidad personal (*privacy*) que había servido ya al Supremo cinco años atrás, en *Griswold v. Connecticut* (1965), para fallar a favor del derecho de contracepción y en contra de la ley de ese Estado por la existencia de una autonomía personal

- 3) tercero, el juez Blackmun propuso un sistema de plazos por trimestres sin que nadie se lo hubiera pedido y con escaso rigor científico, haciéndose eco de esos estudios discutibles y de la semana que pasó en la Clínica Mayo de Rochester (Minnesota) durante el receso del verano de 1972, ofreciendo una solución más propia de un órgano legislativo que judicial; y
- 4) finalmente, que el no nacido no estaba incluido en la definición de persona que empleaba la Decimocuarta enmienda, pues «si se reconociera la personalidad (del no nacido, se entiende), la pretensión del demandante se derrumba, pues el derecho a la vida del no nacido estaría garantizado específicamente en la Enmienda»¹⁷.

Así, en su respuesta al problema del aborto, una mayoría de siete jueces del Supremo concluyó que, durante los tres primeros meses, el derecho de la mujer al aborto sería absoluto, sin que los Estados pudieran intervenir en esa elección personal; en el segundo trimestre, los Estados podrían actuar en defensa de la salud de la madre; y, por último, en el tramo final, cuando el feto llegaba a ser viable, los Estados podrían restringir o prohibir ese derecho en atención al interés de la vida del no nacido, salvo en caso de peligro para la vida o salud de la madre¹⁸. Eso sí, al ser un derecho fundamental, su limitación o restricción debería superar el criterio más estricto de evaluación (*strict scrutiny*), no el del análisis racional de la medida (*rational basis test*), siendo entonces necesaria la presencia de un poderoso o apremiante interés estatal (*compelling state interest*) que no pudiera lograrse a través de otra medida menos restrictiva (*least restrictive means*)¹⁹.

Casi dos décadas después de *Roe*, una mayoría del Supremo, en *Planned Parenthood v. Casey* (1992)²⁰, mantuvo sustancialmente lo dispuesto en 1973 bajo la doctrina del precedente, aunque dejó atrás uno de sus criterios e introdujo otro nuevo (el de la viabilidad), así como un nuevo test (el del *undue burden* como un «obstáculo sustancial» en el camino de la mujer).

Manteniendo lo dicho en *Roe*, el Tribunal (partes I, II y III de la sentencia)²¹ dijo:

- primero, que las mujeres gozaban de un derecho constitucional al aborto, al ser una libertad o derecho fundamental que descansaba en la garantía

presente en la *penumbra* de ciertas garantías constitucionales, cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, pp. 484-485 (1965) (Douglas, J.). Eso de las penumbras es algo que pronto se dejó, pero el Tribunal siguió operando con la idea de autonomía personal y privacidad que esa sentencia conagraba, extendiendo su lógica a otras cuestiones y grupos en su dinámica expansiva.

¹⁷ Cfr. *Roe v. Wade*, pp. 156-157 (Blackmun, J.).

¹⁸ Cfr. *Roe v. Wade*, pp. 153-154; 163-164 (Blackmun, J.).

¹⁹ Cfr. *Roe v. Wade*, pp. 155-156 (Blackmun, J.).

²⁰ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey et al.*, 505 U.S. 833 (1992) (O'Connor, Kennedy, Souter, J. J.).

²¹ Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, pp. 845-853 (O'Connor, Kennedy, Souter, J. J.).

del *due process* de la Decimocuarta enmienda que reconocía el derecho de intimidad o privacidad en las decisiones reproductivas de la mujer, todo ello bajo la doctrina del *substantive due process*, de ahí que, antes de la viabilidad del no nacido, las mujeres tendrían derecho al aborto sin interferencias del Estado; antes de ese momento de la viabilidad, los intereses estatales no serían lo suficientemente fuertes como para prohibir el aborto o imponer un «obstáculo sustancial» a ese derecho de la mujer;

- segundo, que los Estados, después de la viabilidad del no nacido, podían restringir el aborto, siempre que esas leyes contemplaran excepciones en el caso de peligro para la vida o salud de la madre;
- y tercero, que los Estados tenían legítimos intereses, desde el inicio del embarazo, en proteger la salud de las mujeres y la vida de los no nacidos.

El Tribunal no vio contradicción entre estos tres principios, adhiriéndose a ellos una mayoría de cinco jueces. Y, por lo que se refiere a la doctrina de la fidelidad al precedente (*stare decisis*)²², el Supremo dijo que la integridad institucional y la garantía del precedente exigían mantener el núcleo fundamental de *Roe*, sin que se dieran razones para su anulación, pues esa decisión: primero, continuaba siendo factible; segundo, su anulación dañaría a quienes confiaron en ella; tercero, su doctrina no había quedado anacrónica; cuarto, su fundamentación fáctica no había cambiado tanto en esas dos décadas como para hacer que su conclusión central hubiera quedado obsoleta; y, finalmente, su anulación debilitaría la legitimidad del Tribunal, por la pérdida de confianza en él que supondría.

Ahora bien, a diferencia de *Roe v. Wade*, los tres jueces ponentes (parte IV de la sentencia²³, a la que no se unieron los dos jueces que sí se sumaron a las partes I, II y III de la sentencia, entre ellos, el juez Blackmun, autor de *Roe*²⁴):

- primero, abandonaron el criterio del trimestre empleado por *Roe* al que calificaron de rígido, innecesario, problemático y contradictorio —a veces— con los legítimos intereses estatales; en este sentido, dijeron que ese esquema «en su formulación concibe erróneamente la naturaleza del interés de la mujer embarazada, mientras que, en la práctica, infravalora el interés del Estado en la vida potencial»²⁵; no creyeron así que ese esquema por trimestres fuera parte esencial de la doctrina *Roe*, por lo que apostaron sin más por el criterio de la viabilidad; la ciencia médica

²² Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, pp. 854-869 (O'Connor, Kennedy, Souter, J. J.).

²³ Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, pp. 869-879 (O'Connor, Kennedy, Souter, J. J.).

²⁴ A juicio de Blackmun, el derecho al aborto debía seguir sujeto al criterio del estricto escrutinio por medio del criterio de los trimestres que, en su opinión, no ignoraba el interés estatal en la potencial vida del no nacido, cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, pp. 926-934 (Blackmun, J., concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part).

²⁵ Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, p. 873 (O'Connor, Kennedy, Souter, J. J.).

había demostrado que un no nacido podría ser viable a las 23 o 24 semanas y no a las 28;

- segundo, no quisieron aplicar, en el caso de las restricciones estatales antes de la viabilidad, el examen más riguroso del estricto escrutinio, ofreciendo el test del *undue burden* que la juez O'Connor ya había avanzado antes en *Akron* (1983) o en *Thornburgh* (1986). En estas ocasiones, esa juez había dicho que el *undue burden* debía entenderse como un «obstáculo absoluto» o una «grave restricción» de la decisión del aborto, no como algo que pudiera dificultar de algún modo los abortos²⁶; ahora esa carga injusta sobre la decisión del aborto se entendía como «un obstáculo sustancial en el camino de la mujer que buscara el aborto de un feto no viable»²⁷, sin más precisión, algo sobre lo que el Supremo volverá años después en *Whole Woman's Health* (2016);
- y tercero, dispusieron entonces que, desde la viabilidad del no nacido, el Estado podía restringir o incluso prohibir el aborto por su interés en la vida potencial del no nacido, siempre que no supusiera esto un riesgo para la vida o salud de la madre; en cambio, antes de la viabilidad, los legítimos intereses estatales en la salud de la madre y en la vida potencial del no nacido suponía que los Estados pudieran también regular el aborto, siempre que esas medidas no implicaran una carga injusta (*undue burden*) sobre el derecho fundamental al aborto de la madre.

Después de *Casey* será necesario esperar al 2016 para encontrar otra sentencia decisiva del Tribunal Supremo en *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016), consagrando el balance de cargas y beneficios en el *undue burden test*. En *Whole Woman's Health* (2016)²⁸, el Supremo quiso aclarar el criterio del *undue burden* con el que la jurisprudencia de los tribunales había venido operando desde *Casey*, demostrando con ello que no estaba muy claro y dando así la razón a sus críticos. El Tribunal dijo que ese test exigía una especie de operación de balance en la que los beneficios que las leyes buscaran se midieran con las posibles cargas que supusieran para la mujer. Breyer fue el encargado de formular esta aclaración en un momento en el que Rehnquist (†2005) y Scalia (†2016, 13 de febrero) ya no estaban, continuando su oposición el juez Thomas, con Alito y Roberts.

Para la mayoría del Tribunal, las leyes estatales en materia de aborto impondrían una carga injusta (*undue burden*) sobre el derecho al aborto de la mujer cuando no ofrecieran beneficios médicos suficientes para justificar las restricciones que hacían. Esas medidas serían entonces un obstáculo sustancial en el camino

²⁶ Cfr. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416, p. 464 (1983) (O'Connor, J., dissenting); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747, p. 828 (1986) (O'Connor, J., dissenting).

²⁷ Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, p. 877 (O'Connor, Kennedy, Souter, J. J.).

²⁸ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S.Ct. 2292 (2016).

de la mujer (*Casey*)²⁹. Escribiendo para esa mayoría, el juez Breyer entró en una operación de balance o equilibrio entre intereses enfrentados, diciendo que «la regla anunciada en *Casey* exige que los tribunales consideren las cargas que una ley impone sobre el acceso al aborto junto con los beneficios que confiere»³⁰. La ley de Texas que exigía a los médicos que practicaran abortos tener permiso de acceso en centros hospitalarios cercanos fue anulada por no superar ese test.

El caso es que, cuatro años después, en *June Medical Services, LLC v. Russo* (2020)³¹, el Supremo volvió a validar esa operación de equilibrio, analizando cargas y beneficios³² de una ley de Louisiana similar a la de Texas del 2016 que sufrió la misma suerte. El juez Breyer fue nuevamente el encargado de redactar la opinión del Tribunal para la misma mayoría de *Whole Woman's Health*, menos el juez Kennedy que, renunciando en julio de 2018, había sido sustituido por el juez Kavanaugh. Se necesitaba un quinto voto que le vino del *Chief Justice* Roberts. Su pragmatismo fue el que le hizo unirse a esos cuatro jueces. Aunque no le gustaba la versión del test del *undue burden* ofrecido en *Whole Woman's Health*³³, sin embargo, creía que la ley de Louisiana imponía una carga tan severa sobre el aborto como la idéntica de Texas, ley anulada por el Tribunal cuatro años antes, debiendo mantenerse entonces ese precedente, pues «la doctrina legal del *stare decisis* exigía, en ausencia de circunstancias especiales, tratar casos similares de la misma manera»³⁴. Con esa defensa del precedente³⁵, Roberts dejaba claro que no podría contarse con él para una futura derogación de *Roe-Casey*.

Y así llegamos finalmente a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)³⁶, en el que una mayoría de seis jueces consideró que el tiempo de *Roe-Casey* había llegado a su fin. El *Chief Justice* Roberts coincidió con el resultado, aunque no creía oportuno anular esos precedentes en ese momento, cuando menos hubiera logrado lo que se pedía, es decir, la constitucionalidad de la ley estatal.

(1) En primer lugar, el Supremo dijo que no había ningún derecho constitucional al aborto porque nada en el texto, la historia y tradición de la nación sostenía la existencia de ese supuesto derecho, ni que el aborto fuera una de las libertades amparadas bajo la cláusula del *due process* de la Decimocuarta enmienda³⁷. Ante el silencio constitucional, *Roe* tuvo que fundamentar el derecho al aborto

²⁹ Cfr. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S.Ct. 2292, p. 2300 (Breyer, J.).

³⁰ Cfr. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, p. 2309 (Breyer, J.).

³¹ *June Medical Services, LLC v. Russo*, 140 S.Ct. 2103 (2020).

³² Cfr. *June Medical Services, LLC v. Russo*, p. 2120 (Breyer, J.).

³³ Cfr. *June Medical Services, LLC v. Russo*, p. 2136 (Roberts, C. J., *concurring in the judgment*).

³⁴ Cfr. *June Medical Services, LLC v. Russo*, pp. 2133-2134 (Roberts, C. J., *concurring in the judgment*).

³⁵ Cfr. *June Medical Services, LLC v. Russo*, pp. 2134-2135 (Roberts, C. J., *concurring in the judgment*).

³⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S.Ct. 2228 (2022).

³⁷ Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pp. 2244-2261 (Alito, J.).

en un derecho de intimidad (*right of privacy*) presente en diversas Enmiendas (Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta), mientras que *Casey*, por su parte, afirmó ese derecho al aborto como una parte de la libertad protegida por la cláusula del *due process* de la Decimocuarta enmienda, como la libertad de hacer «íntimas y personales elecciones» que son «centrales a la autonomía y dignidad de la persona».

Roe y *Casey* hablaron de libertad y autonomía para referirse al aborto. En relación con la libertad, esas decisiones fijaron límites y marcaron la frontera entre intereses contrapuestos, el de la mujer que deseaba abortar y los intereses de lo que llamaron «vida potencial». Ahora bien, eso fue una decisión del Supremo, siendo así que el pueblo de cada Estado podía evaluar esos intereses de modo diverso, sin que la concepción histórica de la libertad ordenada de la nación impidiera que los representantes elegidos por el pueblo decidieran cómo debían regular el aborto. Y por lo que se refiere al concepto de autonomía, el Supremo ahora negaba que el aborto pudiera estar comprendido en este, pues lo que hacía al aborto singular y distinto de otros posibles derechos incluidos en esa noción era la destrucción de una «vida potencial» (*Roe*) o de «un ser humano no nacido» (según decía la ley estatal de Mississippi aquí juzgada). De ahí también que la conclusión del Tribunal negando que la Constitución comprendiera un derecho al aborto no les afectara a esos otros posibles derechos incluidos en un derecho de autonomía personal.

(2) En segundo lugar, el Tribunal procedió a anular lo dispuesto en *Roe-Casey* sin que la doctrina de la fidelidad al precedente (*stare decisis*) lo impidiera³⁸, siendo el trabajo del Tribunal interpretar la ley, aplicar principios de fidelidad al precedente y decidir los casos conforme a estos, no debiendo verse afectada su actividad por preocupaciones ajenas a su labor, como podría ser el temor a que sus decisiones en asuntos controvertidos fueran percibidas como influidas por consideraciones políticas o por la opinión pública³⁹. Había llegado el momento de anular los precedentes porque: si *Roe* fue «gravemente errónea», *Casey* mantuvo ese error; una y otra sentencia no habían argumentado bien; los criterios adoptados habían demostrado no ser viables ni operativos; habían producido esos casos efectos perniciosos en otras áreas del derecho; y no había en el caso del aborto intereses de confianza concretos que pudieran verse afectados por la revocación de esos precedentes.

(3) En tercer lugar, Alito dejó la cuestión del aborto en manos de los Estados y de sus legislativos, donde —a su juicio— siempre debió estar. Y puesto que el derecho al aborto no era un derecho constitucional fundamental, los Estados podrían regular este asunto por razones legítimas, de modo que, cuando fueran impugnadas ante los tribunales, estos deberían aplicar el examen racional de la medida (*rational-basis test*) sin suplantar las elecciones políticas del legislador

³⁸ Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pp. 2261–2278 (Alito, J.).

³⁹ Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pp. 2278–2279 (Alito, J.).

por consideraciones sociales o económicas de los jueces, incluso en el caso de asuntos de gran importancia social y sustancia moral. Entonces, una ley que regulase el aborto, como cualquier otra ley sobre salud o bienestar, debería gozar del derecho a tener una fuerte presunción de validez, debiendo mantenerse esta de existir una base racional por la que el poder legislativo pudiera haber pensado que serviría a intereses legítimos del Estado⁴⁰.

Y (4) por último, a fin de asegurarse el apoyo de los jueces necesarios, quiso Alito dejar al margen la cuestión de otros posibles derechos protegidos por la cláusula del *due process* de la Decimocuarta enmienda (como contracepción, actividades sexuales entre personas del mismo sexo, o matrimonio entre estas)⁴¹, porque el aborto suponía algo distinto en la medida en que acaba con la vida potencial del no nacido.

En conclusión, el Tribunal Supremo, en *Dobbs*, podría haber zanjado definitivamente la cuestión del aborto, pronunciándose a favor del derecho constitucional a la vida del no nacido, pero lo evitó, dejando el asunto del aborto en manos de los legislativos estatales (aumentando con ello el número de demandas en los Estados y provocando así un auténtico caos legal de resultados impredecibles)⁴² y del Congreso federal. Seguramente una decisión que hubiera ido más allá de los términos en los que fue redactada no hubiera logrado el número de votos suficientes en el Tribunal, pero no es menos cierto que, tarde o temprano, el Supremo deberá enfrentarse a aquello en lo que no quiso entrar, pues una ley estatal que constitucionalice el derecho al aborto, o una ley federal que lo codifique, podrían ser impugnadas ante el Supremo al vulnerar el derecho a la vida del no nacido, derecho reconocido en la Decimocuarta enmienda, según veremos a continuación, debiendo entonces el Supremo entrar a examinar esta cuestión, aunque claro que se verá entonces qué pasos dar.

⁴⁰ Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pp. 2283-2284 (Alito, J.).

⁴¹ Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pp. 2277-2278 (Alito, J.).

⁴² La situación creada, al dejar el asunto del aborto en manos de los Estados, ha sido descrita por un par de jueces del Supremo de Florida como un «campo de minas» (Grosshans), un «campo de batalla» o un «caos legal» (Francis), cfr. *Advisory Opinion to the Attorney General Re: Limiting Government Interference with Abortion*, Case No. SC2023-1392, pp. *49, *62, *64 (FL, April 1, 2024) (Grosshans, J.; Francis, J., *dissenting*). La juez Renatha Francis se hacía eco ahí de este artículo de Cohen, Donley y Rebouché publicado en la *Columbia Law Review*: D. S. COHEN – G. DONLEY – R. REBOUCHÉ, «The New Abortion Battleground», *Columbia Law Review*, n.º 123, p. 1 (2023). Y es que, en efecto, poco tiempo después de *Dobbs*, apenas una semana después, el 1 de julio de 2022, ya anunciaba la ACLU (*American Civil Liberties Union*) la presentación de demandas en once Estados (en <https://www.aclu.org/press-releases/reproductive-rights-organizations-go-court-11-states-protect-abortion-access>). Un año y medio más tarde, según nos hizo saber el «Brennan Center for Justice» de la New York University School of Law con oficinas en NYC y en Washington DC, a 11 de enero de 2024, se habían presentado 40 demandas contra la prohibición del aborto en 23 Estados, 22 de las cuales seguían pendientes en primera instancia o en apelación (Center for Reproductive Rights, *State Court Abortion Litigation Tracker*, en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/state-court-abortion-litigation-tracker>).

Pero, por el momento, no parece que esté dispuesto a tratar el asunto, a juzgar por su decisión del 11 de octubre del 2022, rechazando el recurso presentado⁴³ ante una sentencia del Tribunal Supremo de Rhode Island (*Benson v. McKee*)⁴⁴ que se pronunciaba a favor de una ley estatal del 2019 en materia reproductiva que garantizaba el derecho al aborto en la línea de *Roe*. En el caso figuraban como demandantes unos no nacidos a los que el Supremo estatal negó legitimación activa por no considerarles personas, como *Roe* había dicho, así como por no haber probado un daño o perjuicio concreto, real o inminente⁴⁵. En el recurso de apelación al Tribunal Supremo se pedía que se pronunciara, en primer lugar, sobre la cuestión de si, después de *Dobbs*, «el Tribunal Supremo de Rhode Island erró al sostener que los peticionarios no nacidos, independientemente de su edad gestacional, no tenían derecho a las protecciones y garantías de las cláusulas de debido proceso e igual protección de la Constitución de los Estados Unidos»⁴⁶.

3. La vida del no nacido en España

El aborto fue despenalizado en España en 1985 en una serie de supuestos, sin reconocer, en ese momento, un derecho de la mujer a él. Mientras que en Estados Unidos su Tribunal Supremo, los legislativos estatales y demás tribunales, federales y estatales, intervinieron sin cesar en esta cuestión entre 1973 y 2022 (de *Roe* a *Dobbs*), en España, en cambio, desde 1985 hasta la fecha, contamos solo con dos leyes estatales, una primera de indicaciones que despenalizaba el aborto en tres supuestos, y otra posterior de salud sexual y reproductiva de plazos en el 2010, con la corrección a esta última del 2023, que afirmaba ya el aborto como un derecho de la mujer. A estas leyes habría que añadir las dos decisiones del Tribunal Constitucional de 1985 y 2023. Pero, más allá de estas diferencias, también en España se siguieron los mismos pasos que llevaron al Supremo estadounidense a reconocer el aborto como un derecho de la mujer, aunque esto fuera casi cuarenta años después.

Un examen del sistema español nos dirá si el no nacido, en algún momento, fue considerado por el legislador o por el Tribunal Constitucional de nuestro país como una persona, titular entonces del derecho a la vida, y por qué razón actuaron así. Pudiera parecer que esta cuestión carece de interés cuando vendría resuelta en los artículos 29 y 30 de nuestro Código civil al afirmar que la per-

⁴³ Cfr. *Doe v. McKee*, 143 S.Ct. 309 (October 11, 2022).

⁴⁴ Cfr. *Benson v. McKee*, 273 A.3d 121 (RI, May 4, 2022).

⁴⁵ Cfr. *Benson v. McKee*, 273 A.3d 121, p. 131 (Goldberg, J.).

⁴⁶ Cfr. *Jane Doe as parent and next friend of Baby Mary Doe et al. v. Daniel McKee et al.*, Docket No. 22-201, *On Petition for a Writ of Certiorari to the Supreme Court of Rhode Island*, September 1, 2022, p. i, en http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/22/22-201/236882/20220901130349933_Petition%20Brief.pdf.

sonalidad viene determinada por el nacimiento, «una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Nótese bien que estos artículos no hablan de persona, sino de personalidad, que no es exactamente lo mismo, aunque haya quien pretenda rechazar la primera negando la segunda. La cuestión sigue siendo la misma que en los Estados Unidos, como en cualquier otro sistema jurídico, pues de ser persona el no nacido con derecho a la vida no podría reconocerse al mismo tiempo un derecho al aborto de la mujer. Y esta precisamente es la cuestión a la que nos enfrentamos con este estudio desde su inicio, es decir, el no nacido, ¿es o no persona?, ¿por derecho natural, por derecho positivo, o por uno y otro?, ¿sería justo que una mayoría parlamentaria privara por ley positiva al no nacido de su condición de persona, si es que la tuviera desde su misma concepción por ley natural? Y, más aún, de tenerla ¿quién se la habría dado? (apartados IV y V).

Dos años después de *Roe*, frente a una ley alemana de 1974 que modificaba la sección relativa al aborto de su código penal, despenalizándolo en el primer trimestre de gestación, el Tribunal Constitucional de Alemania reconoció el 25 de febrero de 1975, en BVerfGE 39, 1 (1975), el derecho a la vida del no nacido dentro del parágrafo segundo del artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, por el que «toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física». Para esta sentencia, la vida era un desarrollo continuo, sin distinción cualitativa entre la vida prenatal y la postnatal, de modo que «toda persona» significaría «toda persona viva», es decir, «todo individuo humano» vivo, incluidos los «seres humanos no nacidos»⁴⁷. Al hacerlo así, el alto tribunal negaba tanto la existencia de un derecho constitucional al aborto, como la solución de plazos que ofrecía la ley alemana impugnada que se inspiraba en *Roe*, y hablaba del no nacido como de un ser humano vivo incluido, en este sentido, en la definición de persona del artículo 2 de la ley de Bonn. Más tarde, el Tribunal Constitucional alemán desarrolló el argumento el 28 de mayo de 1993, en BVerfGE 88, 203 (1993), afirmando que, una vez producido el embarazo, «al hablar de no nacido se trata de una vida individual ya determinada e indivisible, con una identidad genética única e inconfundible; esta vida, en su proceso de crecimiento y autodesenvolvimiento, más que evolucionar hasta convertirse en un ser humano, es un ser humano que se desarrolla (cf. BVerfGE 39, 1 [37]). De todas las formas de vida en que las diversas fases del proceso de la vida antes del nacimiento puedan ser interpretadas —desde el punto de vista biológico, filosófico o incluso teológico— y de hecho hayan sido consideradas a lo largo de la historia, en todo caso se trata de etapas imprescindibles del desarrollo de un ser humano individual. Donde

⁴⁷ Cfr. R. E. JONAS – J. D. GORBY, «Introduction to the Translation of the Abortion Decision of the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany», *John Marshall Journal of Practice and Procedure* 557, n.º 9, (1976); R. DESTRO, *Abortion and the Constitution*, cit., pp. 1341–1351 (Appendix que recoge la versión inglesa de la sentencia); M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law. American Failures, European Challenges* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987), pp. 25–39.

existe vida humana, a esa vida le corresponde dignidad humana (cf. BVerfGE 39, 1[41])⁴⁸. Así pues, a juicio de este Tribunal, resultaba claro que el no nacido no sufría saltos cualitativos en su desarrollo prenatal, siendo un ser humano que se desarrolla como tal desde su mismo origen.

Una década después, en España, el primer gobierno socialista de la democracia quiso despenalizar el aborto, eligiendo para ello un sistema de indicaciones, que no de plazos (Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio). Según este modelo, el aborto ya no estaría penalizado, cumpliendo una serie de requisitos, en los casos (1) de grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (aborto terapéutico), (2) de violación (aborto ético), y (3) de graves taras físicas o psíquicas del feto (aborto eugenésico), en este último caso dentro de las 22 primeras semanas de gestación (art. 417 bis del Código penal). El legislador seguía tipificando así el delito de «aborto», hablaba del no nacido como «feto», y se refería a la mujer que decidía abortar como «embarazada» y «gestante».

El texto definitivo del proyecto de ley fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por un grupo de diputados a fin de saber si, a su juicio, el «todos» del «todos tienen derecho a la vida» del artículo 15 de la Constitución debía incluir o no al no nacido. Los magistrados ponentes Begué y Gómez-Ferrer fueron los encargados de redactar la respuesta del Tribunal a ese recurso previo de inconstitucionalidad (n.º 800/1983). Lo hicieron siguiendo la lógica del Constitucional alemán en 1975.

Así, el tribunal español reconoció el derecho a la vida del *nasciturus* dentro del artículo 15 de la Constitución del 78 (STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 5). El Tribunal dijo aquí que la vida humana era un «devenir», «un proceso que comienza con la gestación», «un continuo»; que el no nacido era «un *tertium*» distinto de la madre, aunque alojado en su seno (por tanto, no «algo» suyo, sino más bien «alguien» en ella); que, en ese continuo que es la vida, hay dos momentos de singular importancia, uno en el que el *nasciturus* es capaz de tener vida independiente de la madre, y así adquirir «plena individualidad humana», y otro el de su nacimiento en el que pasa de la vida en el seno materno a la vida en sociedad. Y así concluyó nuestro Tribunal Constitucional que «si la Constitución protege la vida [...] no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 de la Consti-

⁴⁸ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, *Sentencia BVerfGE 88, 203*, en R. HUBER (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán* (México: Konrad-Adenauer Stiftung e. V., 2009), p. 125, en https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038; R. DOMINGO, «El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993», *Revista Chilena de Derecho*, n.º 21, p. 273 (1994), en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649891.pdf>.

tución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Eso sí, para el tribunal, la protección del no nacido no prevalecía de modo absoluto frente a la madre, como los derechos de esta tampoco prevalecían absolutamente sobre la vida del no nacido (FJ 9). Pues bien, lo que se seguía de todo esto era que, al ser la vida del no nacido un bien jurídico constitucionalmente protegido en el artículo 15, el Estado debía arbitrar un sistema legal que lo defendiera, incluyendo en esa tutela el castigo penal de todas aquellas conductas que atentaran contra él (FFJJ 5, 6 y 7).

Posteriormente, un par de sentencias más del Constitucional confirmaron esta interpretación del artículo 15 (STC 212/1996, de 19 de diciembre sobre la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, y STC 116/1999, de 17 de junio sobre la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida). En el respeto de lo que podría considerarse entonces como el estatuto jurídico-constitucional de la vida del no nacido, la ley de 1985 estuvo vigente hasta que otro gobierno socialista decidiera pasar a regular el aborto con una ley de plazos.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, garantizó el aborto como un derecho de la mujer en su artículo 12 en el que habló del «derecho al libre desarrollo de la personalidad» de la mujer, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1, en el que la ley hablaba de un «derecho fundamental» de la mujer a su salud sexual y reproductiva, y en el artículo 3, cuando unía a los derechos de libertad y de salud, los de «intimidad» y «autonomía personal». Así pues, el artículo 14 dispuso el aborto libre, a demanda de la mujer embarazada, durante las primeras 14 semanas de gestación (requisito temporal), y siempre que se le hubiera informado sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad (artículo 17.2 y 4 de esta ley) y que hubiera transcurrido un plazo al menos de tres días desde la información recibida en un sobre cerrado y la práctica del aborto (requisito formal). Por su parte, el artículo 15 de la ley contemplaba el aborto por causas médicas (aborto terapéutico y eugenésico) en los tres supuestos que se indicaban: grave riesgo para la vida o salud de la embarazada (el artículo 2 entendía la salud en términos muy amplios como «el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»); riesgo de graves anomalías en el feto; y anomalías fetales incompatibles con la vida, o enfermedad extremadamente grave e incurable del feto.

Como se puede observar, no solo se pasó de un sistema de supuestos o indicaciones a otro de plazos, sino que se introdujo, por primera vez en nuestro sistema jurídico, el aborto como un derecho de la mujer, un derecho que se decía fundamental y que se formulaba en términos absolutos en el primer trimestre, consagrando así el aborto libre en las catorce primeras semanas. En el caso de los abortos terapéuticos y eugenésicos, se operaba con una noción muy amplia de salud y se discriminaba a una serie de no nacidos (los afectados por

graves enfermedades o anomalías). Entre la voluntad de la mujer y la vida del no nacido primaba la primera, sin que el Estado velara por la vida del no nacido como bien jurídico protegido que era según la doctrina constitucional asentada. El límite de las 14 semanas fijaba un plazo por debajo del cual la vida del no nacido parecía de menor entidad y no se explica el motivo por el que así se decidía. Atrás quedaba, por tanto, la consideración de la vida humana como un proceso o un continuo. Por otra parte, en la ley el no nacido aparecía no como un otro en el seno de la madre, sino como algo de lo que esta pudiera desprenderse libremente. Y es que, en efecto, la voluntad libre de la gestante eliminaba así la consideración de cualquier conflicto de intereses, porque se silenciaba al no nacido, sin especificar qué valor o bien jurídico es el que colisionaba con esa vida en formación. De este modo, la voluntad de la madre era absoluta, como absoluto era el desamparo del no nacido. Entonces, la vida humana en su primer trimestre no valía nada y el Estado nada hacía para protegerla. Pero es que, además, la idea de que un embarazo supusiera una lesión de la integridad física o moral de la gestante no decía nada bueno de la maternidad, como si esta fuera algo inhumano o degradante para ella, como la magistrada Espejel del Tribunal Constitucional hizo notar en el punto tercero de su voto particular a la decisión del 2023 que veremos a continuación. Y más allá de todo esto, se pensaba que la expresión aborto debía dejar paso a la más correcta de «interrupción voluntaria del embarazo», se enmarcaba el derecho al aborto en la dignidad y libertad de la persona, en el libre desarrollo de su personalidad, así como en la intimidad y autonomía personal; evidentemente, ni dignidad, ni autonomía personal, ni libre desarrollo de su persona para el no nacido que no lo era.

Este cambio radical llevó a que otro grupo de diputados presentara un nuevo recurso de inconstitucionalidad (n.º 4523-2010) contra la ley en atención al artículo 15 de la Constitución y de la doctrina constitucional sobre él, además de otros derechos como los de libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza sobre los que no entramos aquí. Admitido el recurso a trámite, el Tribunal tardó trece años en dar respuesta, un retraso que provocó la presentación de otro recurso, esta vez ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en junio de 2021 y contra el Tribunal Constitucional español por dilación indebida, según lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mientras tanto, antes de que el TEDH pudiera pronunciarse al respecto, el gobierno, por un lado, aprobó por vía de urgencia una reforma de la ley del 2010 y, por otro lado, consiguió desbloquear al Tribunal Constitucional con la llegada de nuevos miembros, pasando de seis magistrados del bloque conservador y cinco del progresista a siete progresistas frente a cuatro conservadores, lo que permitió la mayoría necesaria para que, finalmente, quedara resuelto el recurso planteado en el 2010 el 9 de mayo de 2023 de modo favorable a los deseos del gobierno, tras decidir el Pleno del tribunal los días 8 y 9 de febrero la desestimación íntegra de los motivos del recurso de inconstitucionalidad y confiar la

redacción de la resolución a la magistrada Montalbán Huertas. Comencemos por la reforma legislativa.

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo consolidaba la ley de plazos del 2010, removiendo los obstáculos a que pudieran enfrentarse las mujeres en la satisfacción de su derecho al aborto, según reconocía el mismo preámbulo de la ley. Tanto en su génesis como en su iter parlamentario, sobre lo que no podemos detenernos aquí, esta ley respondía a la agenda ideológica del gobierno y del Ministerio que la presentaba (Ministerio de Igualdad), siendo evidente ese sesgo en todo su discurso de «género» y «empoderamiento» del que hablaba la nueva redacción del artículo 3, así como el artículo 9, dedicado a la formación sobre salud sexual y reproductiva en el sistema educativo. Un rápido vistazo a alguna de sus principales novedades nos dirá dónde quedaba la vida del no nacido.

En esta nueva ley del 2023, el aborto se mantuvo como un derecho de la mujer (el artículo 12 de la ley de 2010 se conservaba y los retoques en los artículos anteriores como el 1 y 3 afianzaban la visión del aborto como un derecho constitucional) y, por tanto, una prestación gratuita del sistema público de salud, debiendo quedar ahora garantizado en el hospital público más cercano del domicilio de la mujer para evitar desplazamientos a otras Comunidades (artículo 18). En rigor, esta ley (salvo en lo relativo a las menores y en algún aspecto más como el registro de objetores del nuevo artículo 19 ter) mantenía sustancialmente lo dispuesto en la ley del 2010 por lo que al tema de la vida del no nacido se refiere. El no nacido no parecía que fuera un tercero al que proteger, sino algo de lo que la mujer podía desprenderse a voluntad durante las primeras catorce semanas, de modo que el Estado seguía renunciando a proteger esa vida no nacida. Es más, en la nueva ley, se podía apreciar la desaparición de algún pequeño límite del 2010, como la necesidad del tiempo de espera en el caso del consentimiento informado, así como también se hablaba del acceso gratuito a la píldora del día después en los centros de salud (disposición adicional tercera) y de su disponibilidad en las farmacias (artículo 7 quinquies), así como de la distribución de métodos de barrera durante las campañas de educación sexual en los centros de educación secundaria (nuevo artículo 7 ter). Seguíamos deslizándonos por la pendiente del aborto, negando el bien jurídico que suponía la vida del no nacido.

Cuando nuestro Tribunal Constitucional se enfrentó finalmente a la cuestión de la validez constitucional de la ley del 2010, en STC 44/2023, de 9 de mayo, dijo (después de unas observaciones previas acerca del carácter no vinculante de su sentencia anterior del 85, de la necesidad de adecuación al contexto histórico concreto, y de su comprensión evolutiva o viva del texto constitucional) que el aborto suponía un conflicto entre, por un lado, la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada (como fundamento del derecho de la mujer a la autodeterminación), así como de su integridad física y moral (artículo-

los 10.1 y 15 de la Constitución), y, por otro, el deber del Estado de tutelar la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido (FJ 3). A juicio del tribunal, la ley de 2010 sí ofrecía una correcta ponderación entre los derechos constitucionales de la mujer embarazada y ese deber del Estado con una limitación proporcionada de los derechos y bienes en conflicto.

Y así llegamos al punto clave: «este tribunal también ha afirmado de forma inequívoca que la titularidad del derecho a la vida proclamado por el art. 15 CE corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que quepa extender esa titularidad a quienes han sido concebidos, pero todavía no han nacido. Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos, ni, por ende, de derechos fundamentales. En el caso de la vida prenatal no nos encontramos, pues, ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del art. 15 CE (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 5 y 7; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3; 116/1999, de 17 de junio, FJ 4)».

Esta tesis, continuaba el tribunal, era conforme con todos los textos internacionales que no atribuían la titularidad del derecho a la vida al no nacido, así que no sería persona en el sentido del artículo 2 del Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950, de modo que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] en su interpretación del art. 2 CEDH ha destacado que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida, ni sobre la naturaleza o el estatuto del embrión o feto, por lo que el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados. “Todo lo más se puede encontrar como denominador común a los Estados la pertenencia a la especie humana; es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en persona [...] las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una persona que tendría derecho a la vida en el sentido del art. 2” (STEDH, Gran Sala, de 8 de julio de 2004, asunto *Vö c. Francia*, §§ 82, 84 y 85; reafirmando esta doctrina, STEDH, Gran Sala, de 16 de diciembre de 2010, asunto *A.B. y C c. Irlanda*, §§ 222 y 223)».

Ahora bien, este argumento no se ajustaba del todo a la realidad, porque precisamente esa sentencia del TEDH del 2004, citada aquí por el Constitucional, es la que quiso mantener la cuestión de la personalidad del no nacido como una cuestión abierta para que fueran los Estados los que la decidieran («no es ni deseable, ni siquiera posible, así como las cosas están, responder a esta cuestión tan abstracta de si el feto es una persona según el art. 2 de la Convención»), advirtiendo, eso sí, de la existencia de un «denominador común entre los Estados» como es «la pertenencia [del embrión o feto] a la raza humana», «la potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona», «lo que debe protegerse en nombre de la dignidad humana» (*Vö c. Francia*, §§ 84-85).

Entre los votos particulares a la sentencia, solo el de la magistrada Espejel Jorquera entró en la cuestión que aquí nos ocupa, después de advertir de las dudas sobre la imparcialidad del Tribunal. Para Espejel, la mayoría había sostenido una sentencia llena de «afirmaciones voluntaristas, de gran carga ideológica, sin justificar las razones por las que la libertad o la dignidad de la mujer precisan el sacrificio de la vida del *nasciturus*, al que relegan a un mero apéndice no deseado del cuerpo de la mujer, obviando que se trata de una vida humana en gestación que se encuentra, además, en situación de total vulnerabilidad e indefensión frente a una acción traumática y dolorosa que pone fin a su existencia por la mera decisión de la mujer en cuyo claustro materno se encuentra. No comparto que el sacrificio de la vida de un ser humano en gestación sea un medio legítimo para ejercer la libertad de ser madre» (punto 3 de su argumentación).

Y continuaba esta magistrada, en el mismo lugar, advirtiendo de la relación de alteridad, que no de confusión o identidad, entre el no nacido y la madre gestante, puesto que el *nasciturus* no era un miembro u órgano corporal de ella, pese a que no fuera persona en el sentido plenamente jurídico, que no biológico, del artículo 30 del Código civil. No era de extrañar entonces que, una vez eliminada la alteridad, no hubiera ya más cuerpo que el de la mujer, pasando a ser su voluntad soberana, y exclusivamente esta, la que decidiera sobre ese cuerpo suyo. Para esta magistrada, el no nacido por su dimensión humana y su viabilidad (en el sentido de condición ordinaria de todo concebido) participaba de la protección del derecho a la vida del artículo 15, salvo que se quisiera desnaturalizarlo previamente al convertirlo en materia disponible. Lo decisivo no sería si se puede predicar de él la titularidad de derechos, cuanto si por su dimensión humana debe ser protegido por el artículo 15. Esto es tomar la vida del no nacido como «un valor intrínseco, sustantivado e individualizado por tratarse no solo de vida, sino de vida humana en fase de gestación».

Y así, si la vida en formación era un valor superior del ordenamiento constitucional como supuesto ontológico en el que descansaban todos los demás derechos, resultaba claro que no había proporcionalidad alguna en la ley del 2010, pues el bien jurídico de la vida humana «no es un bien ordinario más, que pueda someterse al arbitrio de disponibilidad cuasi patrimonial por parte de una persona con poder para conservarlo o destruirlo», sin que su destrucción pudiera ser considerada una medida idónea para garantizar la dignidad de la mujer o su integridad, existiendo acciones menos gravosas o lesivas que el sacrificio de la vida del no nacido para lograrlo, cuando su muerte no reporta más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos, en atención a la gravedad del acto, pero también de las circunstancias de especial vulnerabilidad y necesidad de protección de quien lo sufre (punto sexto de su argumentación).

A fin de cuentas, la mayoría de nuestro Tribunal Constitucional en el 2023 decía exactamente lo mismo que dijera Blackmun en *Roe*, eso sí, con la distan-

cia de 50 años, pero con la misma carga ideológica. En último término, de admitir el derecho a la vida del no nacido, no sería posible un derecho al aborto, pero para que pudiera haber un derecho a la vida sería necesaria la existencia de un titular-sujeto que lo tuviera y se le reconociera como tal en el ordenamiento jurídico, es decir, de una persona. Esta era la cuestión a la que apuntó con toda claridad la magistrada Balaguer Callejón en su voto particular sumándose a la mayoría, pidiendo la reconsideración de la vida humana del no nacido como un bien constitucionalmente protegido cuando, a su juicio, en el caso del aborto no había conflicto alguno entre la mujer gestante y algo (embrión y feto) que era una parte de su cuerpo, lo que, por otra parte, le parecía además una exigencia en un marco jurídico laico (punto 2 de su argumentación).

Así que retomamos la pregunta que nos ha acompañado hasta aquí desde el inicio de este artículo, ¿son acaso personas los no nacidos, titulares de un derecho a la vida? Este y no otro es el *punctum dolens* de todo el debate sobre el aborto de principio a fin, sea en España que en los Estados Unidos, o donde se quiera plantear. Todas las demás cuestiones, en última instancia, dicen relación a esta por ser como una espina clavada en el corazón de toda ley o sentencia que reconozca el aborto como un derecho. En los Estados Unidos, el juez Alito tuvo el coraje de encabezar el movimiento para liberarse por fin de esa espina, pero no es suficiente si la solución pasa por desplazar el problema a los Estados. En España, en cambio, aún parece más lejano el día en el que, superada esta cuestión, nuestro ordenamiento pueda quedar en paz. Hasta que llegue ese día en el que el aborto sea impensable y el derecho a la vida del no nacido garantizado, esta «turbación jurídica» acompañará a nuestro derecho como su condena.

4. El estatuto jurídico del no nacido: su derecho a la vida

Desde que Boecio definiera ontológicamente en el siglo VI de nuestra era la persona como *naturae rationalis individua substantia*⁴⁹, justo después de la reflexión trinitaria y cristológica de los Padres de la Iglesia acerca de la Persona de Cristo⁵⁰, hablar de persona es hablar, en su sentido más primigenio o elemental que lo conecta con la hipóstasis (*substantia, subsistencia*), de un *sujeto* del que se puede predicar algo. En este sentido, una persona nunca es algo sino *alguien* del que se dice algo. El nombre acompaña a la persona, la distingue e individualiza. De ahí que se nos despersonaliza cuando se nos vacía y desnuda, a fin de dejarnos sin nombre, sin rostro y sin voz. A quienes llevaban grabados en su piel un número en Auschwitz primero les cosieron una estrella de David en sus trajes, pintándoselas en sus casas y negocios. En el caso del no nacido no es necesario llegar

⁴⁹ S. BOECIO, *Liber de persona et duabus naturis* (Captut III. Differentia naturae et personae), PL 64, p. 1345. [J. P. MIGNE, *Patrologia Latina*, Tomus LXIV (Paris: Garnier et Migne, eds., 1891)].

⁵⁰ Cfr. J. ALONSO – G. DEL POZO, «Persona», en C. IZQUIERDO (dir.), *Diccionario de Teología* (Pamplona: Eunsa, 2006), pp. 808-821.

tan lejos cuando ni el latido de su corazón ni su grito silencioso es externamente audible, cuando su rostro aún no puede ser visto, y cuando tal vez ni tan siquiera haya recibido aún un nombre. De ahí que sea mucho más fácil la despersonalización del no nacido y más costosa la defensa de su persona ante quien se niega a escuchar su voz, ponerle rostro, y llamarle por su nombre.

Por otra parte, conviene recordar que, tratándose de derechos, estos los tenemos las personas por títulos diversos. Hay derechos cuya causa de atribución es la naturaleza porque la persona los tiene por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, de ser un animal racional. Hay otros, en cambio, que los tenemos porque, o bien, así lo hemos acordado entre nosotros por convenio, o bien, porque así se nos han concedido por ley; su causa será positiva. Y también los hay finalmente de carácter mixto. Pues bien, en el caso del derecho a la vida, es evidente que las personas tenemos ese derecho por naturaleza y no por convención ni por disposición legal. Ontológicamente hablando, ni el nacimiento ni la viabilidad influyen en ello. Aunque suene una perogrullada, uno vive desde que tiene vida, no desde que nace o desde el momento en que pudiera ser viable independientemente de su madre. Así que la cuestión es si, además de vivir, uno tiene derecho a vivir desde que vive. Y salvo que no creamos que es un derecho natural, no se puede sostener que antes de nacer la persona no tuviera derecho a vivir y nacer.

A través de un conjunto de argumentos de diversa naturaleza defenderemos en este punto que el derecho a la vida se encuentra inscrito en lo más profundo de nuestro ser persona como miembros que somos de la especie humana, y que los Estados, al constitucionalizarlo, no hacen sino declarar aquello que no les está dado conceder. Solo los regímenes despóticos se arrojan el poder de dar lo que no tienen, queriendo hacernos creer que, si los ciudadanos tenemos derechos, como el de la vida, es porque el Estado graciosamente nos los ha entregado, del mismo modo que recibimos otros derechos positivos.

Así las cosas, aquí de lo que se trata es de saber si el no nacido es o no persona, porque si lo fuera tendría por ley natural ese derecho a la vida, siendo el aborto un crimen contra ella. Es la cuestión que arrastramos desde el inicio de este escrito y a la que ya ha llegado el momento de dar respuesta, procediendo en dos tiempos. En el primero de ellos (4.1) presentaremos los argumentos favorables a la condición personal del no nacido, dejando uno, el teológico, para las conclusiones. Y en el segundo paso (4.2) ofreceremos, en coherencia con la condición personal del no nacido, una serie de respuestas jurídicas ante ciertas situaciones diversas, civiles y penales, a las que pueda enfrentarse el no nacido desde su concepción hasta el momento de su nacimiento.

4.1. *Argumentos favorables a la condición personal del no nacido*

Esta clase de argumentos son de diversa naturaleza, los hay de carácter biológico a fin de precisar si el no nacido es, y desde cuándo, un ser humano, un

miembro de nuestra especie, genéticamente único y distinto. Y es que, de serlo, gozaría de los rasgos metafísicos propios de todo ser humano como persona, en su sentido ontológico, compartiendo la común dignidad humana y siendo merecedor, en consecuencia, del mismo respeto que se debe a un miembro de esta especie (campo propio de la filosofía primera). Llegados a este punto, cabría plantearse por el origen, sentido y fin de su existencia, entrando en juego otro tipo de argumentos de carácter trascendente, los de orden teológico que descansan en la comprensión del hombre como imagen de Dios (*imago Dei*) y en la de Dios como creador y dador de la vida, siendo esta un don que se recibe de lo alto y una tarea que se debe cumplir, no debiendo atentar contra esa vida (lo propio de los tratados de antropología teológica y de teología moral, fundamental y personal). Pero, finalmente, también hay argumentos jurídicos que descansan en lo justo como lo debido a quien de ello tiene derecho, en este caso la vida (estatuto jurídico del no nacido), desde la perspectiva del realismo jurídico clásico.

Entre estos argumentos no existe contradicción alguna, complementándose unos a otros, como hemos podido comprobar en todas las sentencias que se han ocupado de esa cuestión, por muy divergentes que hayan sido sus respuestas. En ellas se han dado cita cuestiones relativas al estado de la ciencia y de su desarrollo (argumento biológico), al ser humano como un proceso o un continuo, como un otro o un *tertium*, como una potencialidad de ser o de una capacidad de ser (argumento metafísico), o, finalmente, a la vida del no nacido como un bien jurídico protegido (argumento jurídico).

4.1.1. *Argumentos biológicos*

Enseña la embriología que al producirse la fecundación, una vez que espermatozoide y óvulo se encuentran, comienza un proceso imparabile que tiene en sí mismo la fuerza necesaria para que, en ausencia de causa, voluntaria o no, que lo impida, un niño nazca a los nueve meses. Entender este proceso nos acerca al misterio de la vida humana, parece que existiendo un notable consenso entre los biólogos acerca del origen de la vida humana.

Bueno, en realidad, algo más que consenso sería decir que el 98% de los biólogos consultados en 1058 instituciones académicas de todo el mundo afirmaban el comienzo de la vida humana en el momento de la fecundación, como, en el 2021, sostuvo Jacobs⁵¹. Las cifras que ofrecía aquí eran sorprendentes: 5337

⁵¹ Cfr. S. A. JACOBS, «The Scientific Consensus on When a Human's Life Begins», *Issues in Law and Medicine*, n.º 36, 221, pp. 222-224 (2021). Un año antes este autor había abogado por la revocación de *Roe v. Wade* al perder su justificación inicial (por un lado, gracias al desarrollo científico y actual consenso sobre el momento en el que la vida empieza, así como, por otro, a la creciente legislación estatal que protegía la vida y los derechos del no nacido como en las leyes que castigaban la muerte de este) y por violación de la Décima y Decimocuarta enmiendas, siendo una decisión «grave o atrocemente errónea» e injusta: *id.*, «The Future of *Roe v. Wade*: Do Abor-

de 5577 hablaban de la concepción como «origen de la vida humana», como «comienzo de un nuevo individuo», como «comienzo de la vida», como «transmisión genética de padres a sus hijos», o como «comienzo del desarrollo del ciclo de la vida». En revistas científicas revisadas por pares, se ha dicho así que: «el hecho científico que todo el mundo conoce realmente es que la vida humana comienza en la concepción» (*California Medicine*); «el momento de nuestra concepción es cuando somos más vulnerables para sobrevivir y crecer como un ser humano sano» (*Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology*); «el origen en la fusión del espermatozoide con el óvulo» (*Trends in Cell Biology*); «la vida humana comienza con la fusión del espermatozoide y el ovocito» (*Reproduction*); «la fecundación es un proceso clave en biología en la medida en la que de la fusión de dos células nacerá un nuevo individuo» (*Frontiers in Cell and Development Biology*); «un nuevo individuo surge de la fusión entre un espermatozoide y un óvulo» (*Journal of Assisted Reproduction and Genetics*); «la fecundación es el proceso en el que los gametos haploides masculino y femenino (espermatozoide y óvulo) se unen para producir un individuo genéticamente distinto» (*Cell and Tissue Research*); «durante la fecundación de un óvulo con un espermatozoide, los genomas haploides de cada progenitor se unifican para formar el genoma diploide de un individuo nuevo y único» (*Nature Reviews Molecular Cell Biology*); «una comunicación apropiada entre el espermatozoide y el óvulo es esencial para la concepción de un nuevo individuo en los animales que se reproducen sexualmente. El Ca(2+) es esencial en la preparación de este acontecimiento único que conduce a una nueva vida» (*Physiological Reviews*).

Esos estudios embriológicos sostenían también que: «la unión entre el espermatozoide y la superficie del óvulo marca el comienzo de la vida en todos los organismos que se reproducen sexualmente» (*Cell*); «los espermatozoides son células extraordinariamente complejas con una misión singularmente importante: entregar el ADN paterno y sus factores asociados al ovocito para iniciar una nueva vida» (*Molecular & Cellular Proteomics*); «es natural que la fecundación —el comienzo de la vida— implica la comunicación entre un espermatozoide y un óvulo» (*Communicative & Integrative Biology*); «la fecundación es la suma de los mecanismos celulares que transmiten el genoma de una generación a la siguiente e inician el desarrollo de un nuevo organismo» (*Science*); «como representantes de los 60 billones de células que componen el cuerpo humano, un espermatozoide y un óvulo se encuentran, se reconocen y se fusionan para crear una nueva generación» (*Methods in Molecular Biology*); «en los animales superiores, el comienzo de una nueva vida y la transferencia de material genético a la siguiente generación se produce en el oviducto cuando dos células de gametos distintos se unen dando lugar a la formación de un cigoto» (*Animal Reproduction Science*); «en los mamíferos, una nueva generación comienza cuando un ovocito es fecundado

tion Rights End When a Human's Life Begin?», *Tennessee Law Review*, n.º 87, 769, pp. 861-862, 865-866 (2020).

por un espermatozoide para formar un cigoto» (*Current Opinion in Genetics & Development*).

Y más estudios seguían hablando así: «el ciclo vital de los mamíferos comienza cuando un espermatozoide penetra en un óvulo» (*Nature*); «el envejecimiento es un proceso de desarrollo que comienza con la fecundación y termina con la muerte en el que intervienen muchos factores ambientales y genéticos» (*Molecular Neurobiology*); «en el momento de la fecundación, un aumento de la concentración intracelular de Ca^{2+} ($[\text{Ca}^{2+}]_i$) subyace a la activación del óvulo y al inicio del desarrollo en todas las especies estudiadas hasta la fecha» (*Journal of Cellular Physiology*); o, por último, «en la fecundación, los óvulos se unen a los espermatozoides para iniciar programas de desarrollo que dan lugar al desarrollo del embrión. Definir el mecanismo molecular de este proceso fundamental al comienzo de la vida ha sido una cuestión clave en biología celular y del desarrollo» (*Seminars in Cell and Development Biology*).

A estas afirmaciones científicas habría que añadir las posiciones oficiales de organizaciones médicas como la Asociación Médica Mundial (AMM) que defendieron en el pasado el origen de la vida humana desde su concepción, como su Declaración de Ginebra de 1948 por la que los médicos se comprometían a mantener «el máximo respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción», así como el Código de Ética Médica del año siguiente en el que se decía que «un médico debe siempre tener presente la importancia de preservar la vida humana desde el momento de la concepción hasta su muerte»⁵². En la actualidad, no existen ya esas referencias al comienzo de la vida, quedando limitado el juramento hipocrático a una promesa de «velar con el máximo respeto por la vida humana»⁵³.

El que parece no haya sucumbido aún a la presión existente es el Colegio Americano de Pediatras cuando en el escrito que presentó ante el Supremo en *Dobbs*, y aludiendo a una declaración suya de marzo de 2017 sobre una previa

⁵² Con antelación, en 1871, la AMM se refería así a los facultativos que practicaban abortos: «Allí descubriremos a un enemigo en nuestro propio campo [...] Hombres que se esfuerzan, no por salvar, sino por destruir vidas; hombres conocidos como aborteros [...] “No matarás”. Este mandamiento es para todos, y se aplica sin excepción a todos [...] No importa el grado de desarrollo en el que se encuentre la víctima, no importa cuán pequeña o aparentemente insignificante sea: se trata de un asesinato», en F.J. CONTRERAS, *La fragilidad de la libertad* (Madrid: Homo Legens, 2018), p. 171.

⁵³ Cfr. ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, *Declaración de Ginebra*, octubre de 2017, en https://www.wma.net/wp-content/uploads/2017/10/D-1948-01-2006_OVS.pdf. Y en el Código internacional de ética médica de la AMM de 2022 ahora solo se dice que «al prestar atención médica, el médico debe respetar la vida y dignidad humana y la autonomía y los derechos del paciente», en <https://www.wma.net/es/polices-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>. Una relación de declaraciones pasadas que sí reconocieron el comienzo de la vida en el momento de la concepción se encuentra en una nota a pie de página de M. D. VILA-CORO, *Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial* (Madrid: San Pablo, 2007), p. 61, nota 8.

del 2004, «When Human Life Begins»⁵⁴, dijo que «para toda vida humana, «el desarrollo comienza con la fecundación, cuando un gameto masculino o espermatozoide se une a un gameto femenino u ovocito para producir una sola célula: el cigoto. La fusión del ovocito y el espermatozoide crea el cigoto “en menos de un segundo”. La fecundación “es un hito crítico” que se produce alrededor de la segunda semana según la edad gestacional. El “cigoto unicelular se divide muchas veces y se transforma progresivamente en un ser humano multicelular a través de la división celular, la migración, el crecimiento y la diferenciación”. Pero el sexo del niño ya está determinado en la fecundación. En sentido biológico, el embrión o feto está entero, separado, es único y está vivo desde la concepción»⁵⁵.

Pues bien, de todos estos datos científicos que asocian el comienzo de la vida humana al momento de la concepción pueden extraerse dos hechos innegables que tienen lugar cuando los dos gametos masculino y femenino se reconocen y unen:

- 1) primero, la aparición de un nuevo ser en relación de alteridad con la madre en la que se encuentra como un otro y distinto⁵⁶, un tercero que procede de ella (óvulo) y del padre (espermatozoide), un nuevo ser (cigoto) que es genéticamente único, distinto y completo (por inmaduro que sea aún), con un genoma humano propio desde el mismo momento de la concepción, un genoma que le define como ser humano, es decir, biológicamente clasificado como un miembro de la especie *Homo sapiens*, de suerte que puede decirse que es el hombre entero el que se encuen-

⁵⁴ Cfr. AMERICAN COLLEGE OF PEDIATRICIANS (ACPEdS), *When Human Life Begins* (2017), en <https://perma.cc/Z9W5-UN9T>. Es aquí donde dijo que: «incluso los autores que filosóficamente se inclinan por no atribuir el mismo valor a la vida humana en la fase unicelular que a las fases posteriores del desarrollo admiten que “en cuanto a la “vida” humana per se, es, en su mayor parte, incontrovertible entre la comunidad científica y filosófica que la vida comienza en el momento en que la información genética contenida en el espermatozoide y el óvulo se combinan para formar una célula genéticamente única”. J. T. Eberl continúa diciendo —y éste es realmente el debate—: “Sin embargo, lo que es controvertido es si esta célula genéticamente única debe considerarse una persona humana”. No obstante, se podría argumentar sensatamente que la “persona” solo puede existir en un ser humano vivo y que la división de estas dos entidades es arbitraria en el mejor de los casos» [la cita de Eberl es a su artículo: «The beginning of personhood», *Bioethics*, n.º 14, 134 (2000)].

⁵⁵ Cfr. *Dobbs v. Jackson*, Docket No. 19-1392, *Brief for the American College of Pediatricians and the Association of American Physicians & Surgeons as amici curiae in support of Petitioners*, 29 de julio, 2021, p. 11, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185265/20210729133245734_Dobbs%20Amicus.pdf.

⁵⁶ Resulta asombroso observar como el embrión interactúa con la gestante desde el mismo momento de la concepción. La mujer sufrirá alteraciones hormonales y también inmunitarias en un proceso que la prepara para la aventura de ser madre, de ahí que pueda decirse que la madre reacciona ante el nuevo ser disponiendo su cuerpo para la acogida, no para el rechazo. De igual modo, el embrión también va produciendo hormonas durante la etapa intrauterina que influyen en el organismo de la madre para garantizar que esa obra que inició la concepción pueda llegar a buen término.

tra ya ahí presente, por muy pequeño que aún sea, o por mucho que le quede por madurar hasta alcanzar la plena realización de su ser específico; y

- 2) segundo, el inicio de un proceso ordenado y predeterminado, un desarrollo sinfónico, sincrónico, continuo y gradual⁵⁷ desde su origen, sin «cambios» ni «saltos» en ese ser específico suyo, por mutaciones que puedan darse en su desarrollo, pero siempre dentro de la misma especie que es y que siempre será, un proceso que llevará al nacimiento, de no interponerse algo en las diversas etapas de su camino, de ese continuo vital que va de la fase prenatal hasta la vejez o ancianidad, pasando por la infancia, niñez, adolescencia o pubertad, y adultez.

En la etapa que aquí nos interesa, la prenatal, cabe distinguir varias fases (germinal, embrionaria y fetal) que pasamos a describir muy someramente⁵⁸. La primera fase germinal surge con la fecundación por la unión de dos gametos (espermatozoide y óvulo), dando lugar así a la primera célula con una dotación cromosómica completa, el *cigoto*. A partir de ahí, ese organismo unicelular pasa a convertirse en un organismo multicelular por la división que va operándose en él, de dos en dos (la primera segmentación tiene lugar a las 30 horas de haberse producido la fecundación, siendo ya cuatro células al segundo día), hasta formar el primer estadio embrionario llamado *mórula* (a las 80 horas, el cuarto día). A continuación, esa *mórula* se transforma en *blástula* (momento en el que las células blastómetras se distribuyen en una sola capa que rodeará a una cavidad central o blastocele) lo que ocurre a los cinco días de la fecundación. Formada ya la *blástula* esta podrá implantarse en el útero, adhiriéndose a la pared del endometrio. Esta etapa de implantación comienza al final de la primera semana después de la fecundación (al sexto día) y durará una semana, hasta el día 14, con los momentos distintos de aposición, adhesión, penetración, e invasión. Una vez anidada la *blástula* en el endometrio del útero, aún en el período embrionario, surgirá la *gástrula*, comenzando la organogénesis o formación de los diferentes tejidos y órganos. Es la fase de diferenciación en la que empezará ya el desarrollo del embrión.

Así, en el primer mes, comienzan a desarrollarse el tubo digestivo, el tubo neural que, con el tiempo, dará lugar al sistema nervioso central (el cerebro y la médula espinal), y surgen pequeños apéndices que serán las extremidades de sus brazos y piernas. A los 20 días comienza a formarse y funcionar el corazón, pudiendo escuchar sus latidos a partir de la sexta semana con un aparato de ultrasonido de alta calidad (de ahí las leyes que prohíben el aborto a partir de

⁵⁷ Cfr. G. SEMPREGON – L. CRIPPA – A. MOSCA MONDADORI, *Il miracolo della vita. Ricoprire oggi l'avventura di nascere* (Milano: Piemme, 2023), pp. 42–43.

⁵⁸ Cfr. B. M. CARLSON, *Embriología humana y biología del desarrollo* (Barcelona: Elsevier, 2019); G. C. SCHOENWOLF – S. R. BLEYL – P. R. BRAUER – P. H. FRANCIS-WEST, *Larsen's Human Embryology* (Philadelphia, PA: Elsevier 2021); K. L. MOORE – T. V. N. PERSAUD – M. G. TORCHIA, *The Developing Human. Clinically Oriented Embryology* (Philadelphia, PA: Elsevier, 2018); R. P. GEORGE – C. TOLLEFSEN, *Embrión. Una defensa de la vida humana* (Madrid: Rialp, 2012), pp. 26–44; J. LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?* (Madrid: Rialp, 1993).

ese momento, las *heartbeat bills*). En el segundo mes, se aprecia un mayor desarrollo de la cabeza y de la cadera, se distinguen ya los brazos y las piernas, los dedos con sus huellas digitales, la boca, la nariz y las orejas, también aparecen las estructuras del ojo y del oído. A la octava semana el embrión mide ya 35 milímetros. Y en el tercer mes, a las 12 semanas, el embrión convertido ya en feto mide 6 centímetros y pesa unos 20 gramos, mueve las manos y los pies, pudiendo conocerse su condición masculina o femenina. Puede decirse que ya está sustancialmente formado y que solo le falta crecer. Entre la semana 12 y 24 hay estudios que afirman la posibilidad de que el no nacido sienta dolor (de ahí las iniciativas legislativas para evitar el aborto a partir de la semana 20 como las «Pain-Capable Unborn Child Protection Acts», siendo además este un argumento empleado por Mississippi para la ley que prohibía el aborto a partir de la semana 15 en el caso *Dobbs*)⁵⁹. En el cuarto mes, el feto mide 20 centímetros pesando 250 gramos, con las manos completamente formadas. Al mes siguiente, con 20 semanas (al quinto mes), el feto mide 30 centímetros. Al llegar al sexto mes, el feto mide 37 centímetros y pesa un kilo, tiene cejas y pestañas, puede abrir y cerrar los ojos, y responde a estímulos externos. En el séptimo mes, el feto mide ya 35 centímetros, se le pigmenta el iris y la piel, o los centros nerviosos establecen conexiones. Al mes siguiente, el feto adoptará la postura que mantendrá hasta el nacimiento.

Pues bien, lo que llama poderosamente la atención es la falta de correspondencia entre los datos de la ciencia y la percepción que la población tiene sobre esta cuestión del origen de la vida humana. En el caso de la población estadounidense (probablemente no siendo las cosas muy distintas en el resto del mundo), una encuesta realizada entre diciembre de 2017 y enero de 2018 reveló que un 45% de ella continuaba considerando que la tesis de la fecundación como origen de la vida era una creencia religiosa o filosófica, mientras que el 46% lo consideraba un hecho biológico o científico⁶⁰. Más reciente fue la encuesta del «Pew

⁵⁹ Hay estudios que consideran que para que el feto pueda sentir dolor es necesario que estén formados tanto la corteza cerebral como los tractos talamocorticales, lo que tendría lugar a partir de la semana 24 y, por lo tanto, en el tercer trimestre de gestación: T. V. SALOMONS – G. D. IANNETTI, «Fetal pain and its relevance to abortion policy», *Nature Neuroscience*, n.º 25, 1396 (2022). Sin embargo, otros autores dicen que el feto puede sentir dolor mucho antes pues no es necesario el córtex cerebral para el dolor, demostrando la conectividad talámica funcional en la subplaca para argumentar que la neurociencia no puede descartar de modo definitivo que el dolor fetal exista antes de la semana 24, al menos ya a la semana 15 o incluso antes, situándose el margen entre la 12 y la 24: S. W. G. DERBYSHIRE – J. C. BOCKMANN, «Reconsidering Fetal Pain», *Journal of Medical Ethics*, n.º 46, 3 (2020), en <https://jme.bmj.com/content/medethics/46/1/3.full.pdf>; LOZIER INSTITUTE, *Fact Sheet: Science of Fetal Pain*, 2022, en <https://lozierinstitute.org/wp-content/uploads/2022/09/Science-of-Fetal-Pain-Fact-Sheet-Fall-2022.pdf>. El asunto no es baladí, tiene su interés, pues, si no hubiera dolor, no se emplearían medios necesarios para evitarlo en cirugías de no nacidos.

⁶⁰ Cfr. MARIST INSTITUTE FOR PUBLIC OPINION AND KNIGHTS OF COLUMBUS, *American's Opinions on Abortion*, 2018, en <https://www.kofc.org/un/en/resources/communications/abortion-limits-favored.pdf>.

Research Center» realizada en marzo de 2022, antes de la filtración del borrador de la sentencia *Dobbs*, en la que la mitad de la población (56%) parecía compartir la idea de que la vida humana comenzaba en la concepción, siendo el feto una persona con derechos, sin entrar en el origen científico o filosófico/religioso de su opinión⁶¹. Así, o bien los científicos no han logrado trasladar aún este mensaje a los ciudadanos, o bien entre unos y otros se ha interpuesto algo que lo impide por los intereses que sean, económicos, políticos o ideológicos.

Sea como fuere, lo que importa aquí es que la ciencia de la embriología es la que habla del no nacido como de un ser humano único y distinto desde el momento de su concepción, alguien, no algo, que opera en el vientre materno como un otro de la madre, si bien en una relación de dependencia absoluta de ella, y en constante crecimiento e interacción con ella. A este ser se le ha llamado de muchos modos como hemos visto, pero en todos aparece la idea de un sujeto con un ADN propio, un sujeto del que se predicen cosas, que padece otras, y que en sí mismo, gracias al vientre materno que lo hace posible, tiene la fuerza necesaria para llegar a ser un adulto. Esto es algo difícilmente cuestionable con los avances actuales en el estudio del embrión humano. Con esto es suficiente por el momento, antes de pasar a otra clase de argumentos igualmente científicos, vengan de la filosofía primera, de la teología, o del derecho.

4.1.2. Argumentos metafísicos

Desde que Aristóteles distinguiera el acto de la potencia⁶², la metafísica ha operado con estas dos categorías. Se dice que algo está en acto cuando ya es, mientras que está en potencia cuando, pudiendo tenerlo, por estar capacitado para ello, no se posee aún. A *sensu contrario*, aquello que no puede ser no será nunca. Mientras que una semilla de alcornoque no es un árbol, pero está capacitada para llegar a serlo, ni es ni podrá jamás ser un hombre. En este sentido, todos los seres tienen algo de un *no-ser-aún relativo* a su propia especie o condición, y un *no ser absoluto* en relación con todo lo que no es ni podría llegar a

⁶¹ Cfr. PEW RESEARCH CENTER, *America's Abortion Quandary*, 2022, p. 10; en cuanto a la religión de los encuestados, de más a menos, el 73% de los protestantes evangélicos blancos decían que sus creencias religiosas eran muy importantes en su visión del aborto, seguido del 51% de los protestantes negros, del 41% de los católicos, o del 28% de los protestantes blancos no evangélicos, p. 22, en https://www.pewresearch.org/religion/wp-content/uploads/sites/7/2022/05/PF_05.06.22_abortion.views_fullreport.pdf. Por lo que a los católicos se refiere, pese a la clara enseñanza de la Iglesia al respecto, un 56% creía que el aborto debería ser legal, con un 13% para el que debía ser legal en todos los casos sin excepción (p. 30). Pues bien, cuando van a cumplirse dos años de *Dobbs*, acaba de publicarse una nueva encuesta en la que se dice que solo el 35% de los estadounidenses creen que la vida humana comienza en la concepción, siendo el no nacido una persona con derechos (el 45% no lo cree); el porcentaje de católicos favorables a la legalidad del aborto ha crecido al 59%, cfr. *id.*, *Broad Public Support for Legal Abortion Persists 2 Years After Dobbs*, May 13, 2024, pp. 5 y 9, en https://www.pewresearch.org/wp-content/uploads/sites/20/2024/05/PP_2024.5.13_abortion_REPORT.pdf.

⁶² Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro IX (Madrid: Gredos, 1982), pp. 437-479.

ser. En la metafísica aristotélica esta distinción entre el acto y la potencia sirve para explicar el movimiento de los seres, la idea de proceso y desarrollo.

De aplicar esa distinción entre acto y potencia al *nasciturus*, lo primero que resulta es que el no nacido, exactamente igual que un recién nacido o un niño de seis años, no es un hombre adulto, pero sí es un hombre por pertenecer a la especie del ser humano, estando capacitado para llegar a su etapa adulta y a la vejez. A nadie se le ocurriría decir que un niño de cuatro años no fuera persona ni gozara de los derechos propios de su condición personal por el hecho de que alguno de ellos, como podría ser el *ius connubii*, no lo tuviera en acto sino en potencia, o si se prefiere mejor, no pudiera ejercer ese derecho *inmediatamente*, teniéndolo en todo caso por su condición de persona. Pues bien, a diferencia de ese derecho o de otros similares (piénsese en la libertad ideológica, de pensamiento o de conciencia de un niño en su primer año de vida, o en sus derechos políticos como el sufragio (Judith Thompson)⁶³, por poner otros ejemplos, en el que aún carece de entendimiento y de voluntad como para situarse ante una idea o creencia y responder libremente ante ella, o participar en la cosa pública), en el caso del derecho a la vida este derecho se tiene en acto siempre, y nunca en potencia, desde el mismo origen del ser humano y mientras viva es algo que se tiene de modo inmediato. El desarrollo y proceso de lo que es en germen es lo que hará que el no nacido, en ese continuo vital sin saltos cualitativos en su especie, pueda un día ejercer aquellos derechos naturales que en ese momento solo tiene en potencia, mientras que aquellos que tiene en acto, como el derecho a la vida, no los perderá mientras exista. Aquí no hay nada en potencia sino en acto, la vida no se tiene en potencia, sino en acto, del mismo modo que no hay personas potenciales porque se es persona o no se es⁶⁴. En esto, en su código genético, reside su dignidad y el trato que merecen las personas desde el inicio de su ser, siendo su integridad física y moral la condición de su identidad personal, también de la jurídica (código genético jurídico), impidiendo que sean tratadas como objetos⁶⁵.

⁶³ A juicio de esta filósofa pro-choice en un artículo publicado en 1995 (*Abortion*) en *The Boston Review*, «si se permite que los niños se desarrollen normalmente tendrán derecho a votar; eso no demuestra que ahora tengan derecho a votar», cita recogida en P. LEE – R. P. GEORGE, «The Wrong of Abortion», en A. I. COHEN – C. H. WELLMAN (eds.), *Contemporary Debates in Applied Ethics* (Oxford: Wiley-Blackwell, 2014), p. 41, y en F. J. CONTRERAS, *La fragilidad de la libertad*, cit., p. 165.

⁶⁴ Cfr. M. RHONHEIMER, *Derecho a la vida y Estado moderno. A propósito de la Evangelium Vitae* (Madrid: Rialp, 1998), pp. 75-77; R. SPAEMANN, *Personas. Acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»* (Pamplona: Eunsa, 2010), pp. 48-51.

⁶⁵ Martha Nussbaum, en otro contexto, hablando de los seres humanos en sus relaciones sexuales, identifica seis modos de cosificar a las personas, algo que, salvando las distancias, bien pudiera aplicarse al caso del aborto, por muy lejos que esto se encuentre de las intenciones de la autora. Nussbaum dice que alguien trata a otro como un objeto cuando: le instrumentaliza (un instrumento al servicio de los propios fines); le niega su autonomía y autodeterminación; le considera privado de toda acción; le juzga intercambiable con otros objetos (perdiendo así su especificidad, unicidad, o singularidad); le priva de integridad y límites, haciéndole vulnerable, capaz

Por otra parte, no puede decirse que el principio formal del ser persona sea una cualidad en acto, por importante que esta fuera, como pudiera ser la racionalidad y la autoconciencia que le permita al hombre situarse ante el mundo como un sujeto distinto y consciente de su identidad (Singer)⁶⁶, o la alteridad, comunicabilidad, cooperación e interrelación con la comunidad en un proceso de socialización creciente que lleve a incorporarle dentro de la comunidad y a esta a reconocer al nuevo integrante como uno de los suyos (Tugendhat)⁶⁷, o algo tan crucial como pudiera ser el reconocimiento de la dependencia en el proceso en el que los seres humanos llegan a ser razonadores prácticos e independientes (MacIntyre)⁶⁸, o la «intencionalidad» como esa capacidad de entender la realidad (Von Hildebrand)⁶⁹. Todo esto por importante que pudiera ser debe reconocerse que se predica de su *portador* que es la persona, por seguir el lenguaje de Spaemann. En caso contrario, las personas dejarían de serlo cuando no pudieran tener esa cualidad en acto, como sería el caso de un menor o de un discapacitado.

De igual modo, hablar del ejercicio de cualidades como nota identificadora de la persona corre el riesgo de clasificar y graduar a las personas según ese ejercicio, con lo que habría categorías distintas de personas según el grado de desarrollo de esas capacidades, facultades o potencias, con el riesgo de discriminación y anulación personal que esto implica con innumerables ejemplos en la historia de la humanidad. De ahí que, en segundo lugar, no solo el derecho a la vida se tiene siempre en acto, sino que también la condición de persona siempre es en acto, porque es el elemento ontológico que la define y que no se pierde ni se puede graduar, por no haber personas con mayor carga personal que otras⁷⁰.

de violarle, algo que romper, aplastar o invadir; le considera algo suyo, de su propiedad, susceptible de negocio, de ser comprado o vendido; y, finalmente, le niega su condición de sujeto, sin consideración de su vida, experiencia o sentimientos, cfr. M. C. NUSSBAUM, *Persona oggetto* (Trento: Il Margine, 2022), pp. 37-38.

⁶⁶ Cfr. P. SINGER, *Rethinking Life and Death. The Collapse of Our Traditional Ethics* (New York: St. Martin's Press, 1995), p. 180: «A menudo utilizamos “persona” como si significara lo mismo que “ser humano”. Sin embargo, en los debates recientes sobre bioética, “persona” se utiliza a menudo para referirse a un ser con ciertas características, como la racionalidad y la autoconciencia».

⁶⁷ Cfr. E. TUGENDHAT, *Lecciones de ética* (Barcelona: Edisa, 1997), pp. 181-182: «Incluso el recién nacido entra, desde el momento de su nacimiento, en un proceso de comunicación con los demás miembros de la comunidad [...] es preciso, por consiguiente, considerar a los niños como sujetos de la comunidad moral a partir de su nacimiento y en desarrollo progresivo [...] La diferencia entre niños nacidos y no nacidos parece consistir en que el niño no nacido se encuentra ya, sin duda, en un proceso de crecimiento que culminará en la capacidad de cooperar, pero que dicho proceso no posee aún un carácter comunicativo; el niño no pertenece todavía a la comunidad en el sentido de un proceso de socialización. Mientras que un niño que nació ya es “uno de nosotros”, un miembro socializado, el niño no nacido lo es solo de manera indirecta».

⁶⁸ Cfr. A. MACINTYRE, *Animales racionales y dependientes* (Barcelona: Paidós, 2001), pp. 99-117.

⁶⁹ Cfr. D. VON HILDEBRAND, «Individuo y comunidad (18 de noviembre de 1934)», en *Mi Lucha contra Hitler* (Madrid: Rialp, 2016), p. 428.

⁷⁰ Cfr. R. SPAEMANN, *Personas. Acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»*, cit., p. 227: «Los hombres poseen determinadas cualidades que nos mueven a llamarlos “personas”. Pero a lo que

Dicho de otro modo, es la esencia la que define a la persona, no el modo de existencia, su desarrollo vital, o sus logros o conquistas.

Se ha convertido en un lugar común de cita la respuesta que le diera el médico genetista descubridor de la trisomía 21, el doctor Jérôme Lejeune, al juez que le interrogaba en un tribunal de Tennessee en un caso sobre embriones congelados⁷¹. Se le preguntó entonces sobre la diferencia entre un no nacido y un hombre adulto y Lejeune contestó, refiriéndose a la persona del juez que se ponía él mismo como ejemplo, lo siguiente: «en lo que respecta a su naturaleza, no puedo ver ninguna diferencia entre el ser humano primitivo que usted fue y el ser humano tardío que es, porque en ambos casos, fue y es un miembro de nuestra especie. Lo que define a un ser humano es pertenecer a nuestra especie. Por lo tanto, un ser humano precoz o tardío no ha cambiado de su especie a otra especie. Pertenecer a nuestra especie. Esa es una definición. Y yo diría muy precisamente que tengo el mismo respeto, no importa la cantidad de kilos y no importa la cantidad de diferenciación de tejidos»⁷².

El error es negar a un no nacido, al no poder ejercer ciertos derechos por no tenerlos en acto, la titularidad sobre ellos, para, a continuación, sostener que, por no ser titular, no es persona, confundiendo así personalidad y persona, estatuto jurídico positivo y ser personal. La realidad, en cambio, es muy diferente. Todo no nacido es titular de todos los derechos que, por su naturaleza, le corresponden, como también de aquellos positivos que se le quieran reconocer. Que no los ejerza por no ser capaz de ejercerlos en ese momento, o incluso después de su nacimiento, no quiere decir que no los tenga, que no sea titular de ellos, como tampoco que no sea persona. Si la primera posición adolece de una indigencia óptica innegable como si el ser humano fuera un ser desnudo al que el Estado va arropándole con derechos, sean estos objetivos y reales o subjetivos y ficticios, la segunda manifiesta la riqueza de ser que encierra toda vida desde su inicio.

nosotros llamamos personas no es a esas cualidades, sino a su portador»; K. WOJTYLA, *Perché l'uomo. Scritti inediti di antropologia e filosofia* (Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1995), pp. 45-57; J. MARÍAS, *Persona* (Madrid: Alianza Editorial, 1996), pp. 121-126; E. FORMENT, *Ser y persona* (Barcelona: Publicaciones Ediciones Universidad de Barcelona, 1982), pp. 13-54. Todos estos autores dibujan un buen retrato de lo que supone ser persona. También lo hizo Dietrich von Hildebrand en un importante artículo publicado en la revista que dirigía en Viena antes de la llegada de los nazis al poder: D. VON HILDEBRAND, «La batalla por la persona (14 de enero de 1934)», en *Mi Lucha contra Hitler*, cit., pp. 402-414. Y, con la ayuda de su esposa Alice, también hizo un repaso de los principales ejes de la persona desde el punto de vista moral (respeto y veneración, fidelidad, responsabilidad, veracidad, bondad, comunión, esperanza, virtud y afectividad) en *The Art of Living* (Steubenville, OH: Hildebrand Project, 2017). Igual de interesante resulta el proyecto de restauración de John Senior y la imagen de la persona sobre el que se sostiene en J. SENIOR, *La restauración de la cultura cristiana* (Madrid: Homo Legens, 2018), también en F. BETHEL, OSB, *John Senior y la restauración del realismo* (Madrid: Homo Legens, 2023).

⁷¹ Cfr. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (TN, June 1, 1992).

⁷² El discurso se encuentra en J. LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, cit., p. 75, y también su versión íntegra online en <http://www.sedin.org/propeng/embryos.htm>.

Dicho esto, como bien advierte Finnis, los no nacidos, como seres humanos que son, merecen el mismo trato que todos los de su especie, al estar dotados de *capacidades radicales* que les distinguen del resto de los seres desde su concepción, con independencia del estado concreto del ejercicio de esas capacidades, o del momento en el que estas se encuentren⁷³. De aquí se sigue que todos los seres humanos, al margen de su momento vital, deben ser tratados del mismo modo que los demás miembros de su especie, a diferencia de los demás animales y criaturas. Ningún otro animal posee, ni puede llegar a poseer jamás, aquello que le hace único al ser humano, de modo que «una célula de embrión humano tiene, en ese mismo momento, capacidades radicales para pensar, hablar y reír, de las que carece un embrión de una rana»⁷⁴.

Para Finnis: «secular e igualmente accesible es la conclusión racional de que cada adulto, niño, bebé y no nacido tuvo su comienzo personal precisamente como un embrión de una y luego dos y luego cuatro células, con justo aquellas capacidades radicales que, por sus diversidades particulares de especie, tanto le distinguen de cualquier otra persona humana como le unen a toda persona humana, a todos nosotros, en una básica igualdad de humanidad», de ahí que «prohibir el asesinato de los no nacidos sea un asunto de simple justicia para los

⁷³ Cfr. J. FINNIS, «Abortion is Unconstitutional», *First Things Journal*, n.º 312, 29, p. 37 (2021).

⁷⁴ *Ibidem*. En el mismo sentido, P. LEE – R. P. GEORGE, «The Wrong of Abortion», en A. I. COHEN – C. H. WELLMAN (eds.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, cit., pp. 41-42: «Pero los embriones y fetos humanos también poseen, aunque de forma radical, una capacidad o potencialidad para tales funciones mentales; los seres humanos poseen esta capacidad radical en virtud del tipo de entidad que son, y la poseen por haber llegado a ser ese tipo de entidad (a saber, un ser con una naturaleza racional). Por supuesto, los embriones y fetos humanos no pueden ejercer inmediatamente estas capacidades. Sin embargo, su relación con estas capacidades es distinta de la que tiene, por ejemplo, un embrión canino o felino. Son el tipo de ser —un tipo natural, miembros de una especie biológica— que, si no se lo impiden causas extrínsecas, a su debido tiempo se desarrolla por autodesarrollo activo hasta el punto en que las capacidades que posee inicialmente en forma de raíz pasan a ser inmediatamente ejercitables. (Por supuesto, las capacidades en cuestión se hacen inmediatamente ejercitables solo algunos meses o años después del nacimiento del niño). Cada ser humano llega a la existencia poseyendo los recursos internos y la disposición activa para desarrollar la capacidad inmediatamente ejercitable para las funciones mentales superiores. Solo los efectos adversos sobre ellas de otras causas impedirán este desarrollo». Y estos autores continuaron diciendo: «La capacidad próxima o casi inmediatamente ejercitable de las funciones mentales no es más que el desarrollo de una potencialidad subyacente que el ser humano posee simplemente en virtud del tipo de entidad que es. Las capacidades de razonar, deliberar y tomar decisiones se desarrollan gradualmente, o se llevan hacia la maduración, a través de la gestación, la infancia, la adolescencia, etcétera. Pero la diferencia entre un ser que merece pleno respeto moral y otro que no (y que, por tanto, puede ser legítimamente eliminado como medio para beneficiar a otros) no puede consistir únicamente en el hecho de que, aunque ambos tengan alguna característica, uno tenga más que el otro. Una mera diferencia cuantitativa (tener más o menos de la misma característica, como el desarrollo de una capacidad natural básica) no puede ser por sí misma una base justificativa para tratar a entidades diferentes de maneras radicalmente distintas. Entre el óvulo y los miles de espermatozoides que se aproximan, por un lado, y el ser humano embrionario, por otro, existe una clara diferencia de especie. Pero entre el ser humano embrionario y ese mismo ser humano en cualquier etapa posterior de su maduración, solo hay una diferencia de grado», p. 42.

más vulnerables entre nosotros»⁷⁵, pues no se entiende, en otro caso, que personas estén en prisión, o incluso puedan ser ejecutadas, por el delito de homicidio al causar la muerte de un feto, una muerte que su madre podría haberle causado legalmente bajo *Roe-Casey* por la más mínima razón o por ninguna.

Quienes, por el contrario, defienden el derecho al aborto pueden admitir que el embrión sea un ser humano, pero no realmente hombre porque no es el código genético lo que define realmente a este. Para estas posturas más o menos gnósticas, el hombre lo es en cuanto se conoce como ser distinto, algo que no podría decirse del *nasciturus* cuya mente no se ha desarrollado hasta ese punto. Este dualismo entre cuerpo y mente⁷⁶ es el que subyace en otras posiciones como las de Feinberg para quien los no nacidos no eran personas morales titulares de derechos en el mismo sentido de los ya nacidos, cuando no se trataba más que de titulares en potencia sin posesión actual de derechos⁷⁷. Más aún, en realidad, no podía decirse que los no nacidos tuvieran intereses reales no contingentes a nacer, si es que «carecían de deseos y metas reales», si es que no eran más que «un conjunto de células que se dividían y que no eran aún capaces de conciencia o deseo»⁷⁸. Y es que, según esa lógica del interés, solo debieran protegerse los verdaderos intereses futuros, de modo que si estos no existieran no habría razón para sostener la existencia de un derecho a nacer, sino más bien lo contrario, un derecho a no nacer⁷⁹. Para Feinberg, la vida futura de ese conjunto de células, como era descrito el feto, no parecía ser un interés en sí mismo, siempre que no reuniera los requisitos («básicos intereses» o «mínimas condiciones de bienestar») que, según él, debía tener.

Esta visión era consistente con la idea de autonomía personal que había consagrado *Roe* y que había que sacar adelante a toda costa⁸⁰, sea insistiendo en esa noción negativa de la libertad, como absoluta ausencia de restricción externa e inmunidad frente al Estado (Hill)⁸¹, que en la intimidad a ella asociada por

⁷⁵ J. FINNIS, *Abortion is Unconstitutional*, cit., p. 38.

⁷⁶ Cfr., *ibidem*, pp. 39-40.

⁷⁷ Cfr. J. FEINBERG, «Abortion», en *Freedom & Fulfillment. Philosophical Essays* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992), pp. 37-38, 73-75.

⁷⁸ Cfr. *id.*, «Is There a Right to Be Born?», en *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1980), pp. 208, 213-214.

⁷⁹ Cfr., *ibidem*, p. 216.

⁸⁰ Claramente lo percibió el juez Thomas en *Dobbs* cuando dijo, refiriéndose a la jurisprudencia relativa al derecho al aborto en estas cinco décadas, que «el derecho al aborto era, en última instancia, un objetivo político en búsqueda desesperada de justificación constitucional», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, p. 2303 (Thomas, J., *concurring*).

⁸¹ Cfr. B. J. HILL, «The Deliberative-Privacy Principle: Abortion, Free Speech, and Religious Freedom», *William & Mary Bill of Rights Journal*, n.º 28, 407, p. 415 (2019): «un derecho a no sufrir injerencias gubernamentales en la toma de decisiones privadas, un derecho que a menudo se considera sinónimo del derecho constitucional a la intimidad protegido por la doctrina del debido proceso sustantivo [...] Este derecho a la intimidad se denomina en este artículo derecho a la "intimidad deliberativa", para distinguirlo del derecho a la intimidad protegido por la cláusula del debido proceso, sin dejar de reconocer su relación con ese derecho. El concepto que subyace [...]

muy cambiante que esta fuera (Ziegler)⁸². En todo caso, parece que a la mujer se le debía reconocer la capacidad radical de decir no, no a lo que no quisiera, como sería el caso de un embarazo no deseado en el que el no nacido se percibía como un intruso, siendo así que, ante un visitante indeseable que hubiera irrumpido en el castillo de su hogar, el *common law* había reconocido siempre un derecho de defensa hasta el punto de acabar con ese agresor injusto, desde la máxima del *put yourself first* a partir de dos argumentos, el de la autodefensa contra un invasor con fuerza mortal, y el de la negativa de benevolencia o favores (Bernstein)⁸³. En este sentido, el feto estaría ocupando el cuerpo de otra persona y, por tanto, no habría en sentido estricto un deber de exigir el respeto del derecho a la vida a la gestante que no quisiera, del mismo modo que no se puede exigir la donación de un riñón a un extraño, siendo en sí mismo el embarazo un *daño a la libertad* (Little)⁸⁴. Y hay hasta quien ha llegado a pedir

es que existe una protección constitucional profundamente arraigada contra la invasión y la incautación de la mente de los individuos por parte del gobierno. La mente y los procesos mentales del individuo se consideran una especie de espacio soberano en el que el Estado no tiene jurisdicción. Como se explica más adelante, este derecho se trata como una especie de derecho con una protección especial, una libertad “fundamental” regida por normas *per se*. Parece estar protegido por el efecto que tiene la intervención del gobierno en los procesos de pensamiento de las personas sobre la dignidad y la personalidad individuales».

⁸² Cfr. M. ZIEGLER, *Beyond Abortion. Roe v. Wade and the Battle for Privacy* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2018), p. 248: «Pero como este libro deja claro, el auge de este concepto de privacidad nunca fue ineludible. Como muchos se dieron cuenta en la década de 1970, los argumentos sobre la privacidad tenían un poder y una fluidez no realizados que podían marcar la diferencia en la política y en los tribunales. No debería sorprendernos que vuelva a cambiar una visión de la privacidad que ahora parece un rasgo permanente de la política».

⁸³ Cfr. A. BERNSTEIN, «Common Law Fundamentals of the Right to Abortion», *Buffalo Law Review*, n.º 63, 1141 (2015); *id.*, *The Common Law Inside the Female Body* (NY: Cambridge University Press, 2019), pp. 167, 173-174. «La prohibición legal del aborto viola la libertad negativa tal y como se establece en el derecho consuetudinario, ya que la autodefensa, la defensa de los demás, la defensa de la propiedad, y la “doctrina del castillo” establecen que la invasión del cuerpo de una persona es un mal del que se puede escapar con la fuerza letal si esta es necesaria. Los ámbitos no penales del derecho consuetudinario establecen que hacer favores a otra persona es opcional, nunca obligatorio. Así, incluso si la interrupción del embarazo mata a una persona, lo que puede o no ser el caso, el derecho consuetudinario apoya esta acción a elección de la que está embarazada [...] El embarazo no deseado es una invasión que cumple sus criterios de homicidio justificable en defensa propia, y de decisión de considerar el bienestar propio más importante que el de cualquier otra persona», p. 173.

⁸⁴ Cfr. M. O. LITTLE, «Abortion, intimacy, and the duty to gestate», *Ethical Theory and Moral Practice*, n.º 2, 295, pp. 301, 303, 309 (1999): «Estar embarazada es estar *habitada*. Es estar *ocupada*. Es estar en un estado de *intimidad* física especialmente profundo. El feto se inmiscuye en el cuerpo de forma masiva; sean cuales sean los riesgos médicos que se corran o se eviten, el hecho bruto es que el feto desplaza y altera los propios límites físicos del yo de la mujer. Ordenar la continuación de la gestación es, sencillamente, forzar la continuación de dicha ocupación. Obligar a la mujer a permanecer embarazada es obligarla a permanecer en un estado de entrelazamiento físico en contra de su consentimiento»; «Obligar a gestar contra el consentimiento de una mujer es en sí mismo un daño, un daño a la libertad. Incluso en embarazos sin complicaciones médicas, incluso cuando los tobillos se mantienen delgados y el pelo se vuelve frondoso, incluso en una sociedad en la que el embarazo no es un indicador de subordinación. Por muy feliz que pueda ser un

alguna clase de compensación por la privación de una libertad o interés de la mujer gestante cuando el interés estatal la impidiera abortar tras la viabilidad del no nacido, siguiendo la lógica de la Decimocuarta enmienda (Boone)⁸⁵.

En realidad, todas estas posiciones comparten, en mayor o menor medida, una comprensión absolutamente individualista de la libertad que ensalza a toda costa el deseo y la voluntad de un ser sobre otro. Como la maternidad deseada en ciertos casos (FIV), la no querida se convierte en una exigencia, en algo absoluto. Es en la lucha por la satisfacción de ese derecho cuando los seres humanos dejan de ser percibidos como un don, para convertirse en *algo debido* si lo quiero, o en *algo evitable* si no lo deseo. Por otra parte, este sentido de la libertad niega los efectos y las consecuencias de las elecciones hechas (la mujer que decide abortar en realidad ya eligió cuando decidió tener una relación sexual y no se cerró a una posible gestación), banalizando entonces las propias decisiones y sus resultados, a base de ir corrigiendo constantemente lo ya decidido, fomentando la falta de responsabilidad moral, sirviéndose además paradójicamente del derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer para acabar con ese derecho y con su fruto, es decir, con la reproducción⁸⁶.

Esta lógica impositiva de la voluntad soberana del sujeto es la que acaba silenciando la obligación que los miembros de la sociedad tienen entre sí (Glendon)⁸⁷,

embarazo consentido, anhelado o tolerado como medio para alcanzar un fin que usted apoya, la gestación ordenada contra el consentimiento es en sí misma un daño»; «La gestación, he afirmado, es una intimidad de primer orden; es incluso más íntima que la donación de un órgano, pues implica un entrelazamiento y una ocupación continua. Esto significa, según el planteamiento anterior, que la responsabilidad de gestar no surge por el mero hecho de estar en relación biológica con el feto: las mujeres embarazadas no tienen un deber moral automático, basado en el papel, de gestar».

⁸⁵ Cfr. M. BOONE, «Reproductive Due Process», *George Washington Law Review*, n.º 88, 511, pp. 572-573 (2020).

⁸⁶ Cfr. F. J. CONTRERAS, *La fragilidad de la libertad*, cit., pp. 174-176.

⁸⁷ Cfr. M. A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit., p. 37: «El derecho afirmativo alemán al libre desarrollo de la personalidad contrasta con la formulación negativa estadounidense de la intimidad como derecho a que nos dejen en paz (Glendon está comparando aquí *Roe* con la sentencia del Constitucional alemán de 1975). Mientras que la conceptualización norteamericana de la privacidad hace hincapié en la libertad frente a diversos tipos de restricciones, la versión alemana subraya y deja claro *para qué* sirve su libertad. Resulta que la libertad es un valor individualista: el desarrollo de la persona humana. Pero, al mismo tiempo, la idea alemana de privacidad sugiere una dimensión social (ya que “una personalidad” no puede desarrollarse plenamente en ausencia de relaciones con otros seres humanos), mientras que el derecho estadounidense hace hincapié en el individuo aislado»; *id.*, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (NY: Free Press, 1991) X-XI (Preface): «Nuestro actual discurso estadounidense sobre los derechos [...] se distingue del discurso sobre los derechos en otras democracias liberales por su vaciedad y simpleza, su prodigalidad a la hora de otorgar la etiqueta de derechos, su carácter legalista, su absolutismo exagerado, su hiper individualismo, su insularidad y su silencio con respecto a las responsabilidades personales, cívicas y colectivas [...] La tendencia a enmarcar casi todas las controversias sociales en términos de un conflicto de derechos (el derecho de la mujer a su propio cuerpo frente al derecho del feto a vivir) impide el compromiso, la mutua comprensión y el descubrimiento de un terreno común».

apartándoles del unitario e indivisible bien común (Vermeule)⁸⁸ y hasta de sí mismos como seres dotados de derechos no derivados de la Constitución, del gobierno, ni de mayoría alguna (Arkes o Matlary, entre tantos otros)⁸⁹, poniendo en riesgo la misma libertad, hoy defendida como valor absoluto con tanta vehemencia (Kuby)⁹⁰,

⁸⁸ Cfr. A. VERMEULE, «Beyond Originalism», 31 de marzo de 2020, en *The Atlantic*, en <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>: «La jurisprudencia del Tribunal (está hablando del Supremo) en materia de libertad de expresión, aborto, otras libertades sexuales, y demás asuntos relacionados, se ve vulnerable bajo el régimen del constitucionalismo del bien común. La pretensión, según la conocida opinión conjunta en *Planned Parenthood v. Casey*, de que cada individuo puede “definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana” no solo debiera ser rechazada sino considerada como abominable, más allá de lo aceptable para siempre»; *id.*, *Common Good Constitutionalism* (Medford, MA: Polity Press, 2022), p. 37: «El objetivo principal del constitucionalismo del bien común, por tanto, no es ni el objetivo liberal de maximizar la autonomía individual ni el de minimizar el abuso de poder, un objetivo incoherente en cualquier caso, ya que los múltiples riesgos de abuso de poder por parte de múltiples actores, privados y públicos, se contraponen crónicamente entre sí. Por el contrario, se trata de garantizar que el gobernante tenga tanto la autoridad como el deber de gobernar bien. Un corolario es que actuar fuera o en contra de las normas inherentes al buen gobierno es actuar tiránicamente, privando del derecho a gobernar, pero el objetivo central del orden constitucional es promover el buen gobierno, no “proteger la libertad” como un fin en sí mismo»; *id.*, «Enriching Legal Theory», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n.º 46, 1299, pp. 1311-1312 (2023): «[...] el derecho positivo no es solo una ordenación que sirve al bien común, sino que es también, y esencialmente, una ordenación de la razón, no un mero fiat positivo [...] una ordenación de la razón incorpora inextricablemente la razón en sus términos; la razón es inherente incluso a la *lex*» (cursivas en el original).

⁸⁹ Cfr. H. ARKES, *Natural Rights and the Right to Choose* (NY: Cambridge University Press, 2002), p. 77: «El argumento era (se refiere a la declaración de Robert Bork ante el Comité Judicial del Senado cuando fue propuesto por Reagan para el Supremo en 1987) que poseemos derechos aparte de los que se “ponen”, o se establecen, en una ley o en la Constitución. En contra de esas afirmaciones de derecho “positivo”, había derechos que existían antes de la llegada de cualquier ley o Constitución; “derechos” que simplemente surgían de nuestra naturaleza como seres humanos»; *id.*, *Mere Natural Law. Originalism and the Anchoring Truths of the Constitution* (Washington DC: Regnery Gateway, 2023), p. 3: «[...] la Ley Natural nunca ha dejado de estar ahí. Siempre ha estado con nosotros. A veces ha estado oculta, en parte porque está tan profundamente arraigada en nuestras suposiciones y en nuestro lenguaje que apenas somos conscientes de ella. Pero se ha ido bloqueando aún más a medida que la gente se ha ido sintiendo cada vez más atraída por un mundo de teorías audaces y novedosas, y tan alejadas del lenguaje de la gente corriente que solo pueden entenderlas las personas formadas en las universidades más caras. Lo que se ha perdido, sin que se note mucho, es esa comprensión de sentido común de la gente corriente, en la que la Ley Natural encuentra su fundamento»; J. H. MATLARY, *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo* (Madrid: Ediciones Cristiandad, 2008), pp. 241-242: «La definición de ser humano como es, es, por tanto, que es una entidad que no deriva de ninguna otra cosa; es la sustancia primera [...] un ser racional [...] el ser humano ha sido creado con racionalidad, y esta cualidad es la que le diferencia de los animales. Las virtudes son los rasgos de la naturaleza humana que permiten al hombre desarrollarse; y los vicios son formas de convertirse en menos humano, en deshumanizarse a sí mismo [...] la gente sabe qué significa “deshumanización”, un hombre “menos que” humano».

⁹⁰ Cfr. G. KUBY, *The Global Sexual Revolution: Destruction of Freedom in the Name of Freedom* (Kettering, OH: Angelico Press, 2015), pp. 7-14. «El objetivo es la libertad absoluta, sin limitaciones naturales o morales. Considera al ser humano simplemente como un individuo “desnudo”. Para esa libertad absoluta que desea liberarse de la “tiranía de la naturaleza”, cualquier precepto

y discriminando entre seres humanos (Destro)⁹¹, con un «desconcertante retroceso de la valoración de la justicia respecto al ser humano concebido y no nacido», pues «dar legitimidad a la muerte de un ser humano inocente no supone un avance jurídico ni menos aún significa una mejora de la justicia. Y ¿qué decir del quebrantamiento de lo humano el hecho de que se permita jurídicamente que un ser humano libremente dé muerte a otro ser humano inocente e indefenso? [...] la historia juzgará esas leyes no como un progreso y avance en la defensa de los derechos de la vida y del comportamiento social, sino como un retroceso, y las condenará como un verdadero quebrantamiento de la justicia» (Aurelio Fernández)⁹².

No olvidemos tampoco que esa visión de la libertad, desconectada de la verdad sobre el bien del hombre, se define como elección entre contrarios (esta sería la libertad de indiferencia propia de la modernidad) y no pide más que la ausencia de obstáculos externos en su camino (en su manifestación más radical, ser libre es quedarse solo, *to be free is to be let alone*). Atrás queda la libertad de calidad como, desde Santo Tomás en adelante, fue entendida la libertad que asegura su pervivencia perfeccionando al hombre en su camino de desarrollo existencial y que entiende esa capacidad positivamente, evitando la existencia de obstáculos internos que impidan al hombre ser libre⁹³. Estaba muy en lo cierto Von Hildebrand cuando hablaba del destronamiento de la verdad como uno de los rasgos de nuestro tiempo, antes de recordar la famosa cita del ministro de educación del Estado de Baviera Hans Schemm en 1933 al claustro de profesores de la Universidad: «a partir de hoy, ya no tendrán que examinar si algo es cierto o no, sino exclusivamente si corresponde o no a la ideología nazi»⁹⁴. Es lo que tiene toda doctrina totalitaria.

natural es un obstáculo que debe eliminarse. Entendida así la libertad, no hay “bien”, ni “mal”, ni sistema de normas [...] Una persona así conducida pierde su libertad», pp. 8-9.

⁹¹ Cfr. R. DESTRO, *Abortion and the Constitution: The Need for a Life-Protective Amendment*, cit., p. 1335: «Si se busca en la Constitución una solución al problema al que se enfrentó el Tribunal, se encuentra que, a primera vista, el documento no contiene juicio alguno sobre quién es o no es una persona humana; tal valoración es ajena a la filosofía esencialmente igualitaria en la que se basan sus disposiciones relativas a los derechos individuales. La pertenencia a la clase protegida, “personas”, no puede depender de las evaluaciones de la valía de un individuo realizadas por otros».

⁹² Cfr. A. FERNÁNDEZ, *Las leyes del aborto en España. Crónica y juicio ético-jurídico de la legislación* (Madrid: BAC, 2017), pp. 373, 410.

⁹³ Para la doble contraposición entre, por un lado, la libertad de indiferencia y la libertad de calidad y, por otro, entre la libertad negativa y la libertad positiva: S. TH. PINCKAERS, OP, *Las fuentes de la moral cristiana* (Pamplona: Eunsa, 2000), pp. 392, 420-421; I. BERLIN, «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Madrid: Alianza editorial, 2000), p. 220; CH. TAYLOR, «What's wrong with negative liberty», en *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers II* (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1985), pp. 211-229; *id.*, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity* (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1989), pp. 63-73, 100-106; *id.*, *A Secular Age* (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2007), pp. 299-376, 539-593.

⁹⁴ Cfr. D. VON HILDEBRAND, *The Dethronement of Truth* (Steubenville, OH: Hildebrand Project, 2021), p. 5. «Uno de los rasgos más inquietantes de la época actual es, sin duda, el destronamiento

4.1.3. *Argumentos jurídicos*

Llegados a este punto resulta que el no nacido es un sujeto único con un patrimonio genético propio e independiente de su madre desde el momento de la concepción (según el argumento biológico expuesto), un sujeto que recibe nombre de persona con unas capacidades radicales, propias y distintas de cualquier otro ser creado, desde que existe, merecedor por tanto del mismo trato que se dispensa a todo miembro de su especie por compartir la misma dignidad (según el argumento metafísico). Estos son los hechos que no admiten fácil argumentación en contra y desde los que debiera partir toda reflexión jurídica que se precie. Por eso quienes niegan el derecho a la vida del no nacido se ven en la necesidad de aceptar, al menos, la primera clase de argumentos. Ir en contra de la ciencia no sería aceptable en estos tiempos de cientificismo. Otra cosa son los argumentos filosóficos. Es muy probable que la atmósfera anti metafísica que nos envuelve los lleve a rechazarlos, sosteniendo que una cosa es ser humano y otra muy distinta ser persona. Así finalmente acabarán negando la personalidad jurídica del no nacido, si es que uno, para el derecho, es persona solo desde que nace, no antes.

Ya sabemos que nuestro Código civil dice que solo el nacido tiene personalidad jurídica, pero nada dice, al menos de modo explícito, acerca de si es o no persona. Desde el tiempo de los romanos, la persona era algo que se refería a todo hombre por el hecho de serlo, de ahí que, al menos en este sentido, los no nacidos también lo fueran sin duda alguna. Este sería el sentido de sujeto o hipóstasis con el que aquí venimos trabajando. Ahora bien, también es cierto que el término persona procede etimológicamente o bien del sustantivo griego *πρόσωπον*, como la máscara que el actor usaba en la representación de su papel, o bien del verbo latino *personare* que significaría hacer resonar la voz, lo que, por otra parte, también hacía el actor a través de la máscara. Podría entenderse entonces que una cosa sería la persona y otra diferente el modo como esta

de la verdad. En otros tiempos, las doctrinas, cualquiera que fuese su contenido, se proponían siempre con la pretensión de que eran verdaderas. Todas las teorías, por erróneo y absurdo que fuera su contenido, apelaban siempre a la cuestión de la verdad como juez último y decisivo. Desde el principio de nuestra cultura occidental, todos los errores se propagaron en nombre de la verdad. La cuestión de si algo era cierto o no se tomaba muy en serio, reconociéndose que la verdad era el juez supremo y último de toda teoría, incluso cuando los verdaderos motivos para adherirse a un error estaban inconscientemente arraigados en la voluntad de la persona errada», pp. 3-4. Este ensayo de Hildebrand apareció por primera vez en 1943. De entonces a hoy, se ha pasado del destronamiento de la verdad al desprecio más absoluto de la realidad, como puede observarse en toda la ideología de género abrazada por el movimiento *woke*: J. F. BRAUNSTEIN, *La religion woke* (Paris: Grasset, 2022), pp. 103-158: «La teoría de género se esfuerza por borrar la diferencia sexual y los cuerpos. Pero tiene que hacer que se olviden por completo del mundo real, por ejemplo, en el que las mujeres están embarazadas y los hombres no, para no “ofender” a los habitantes del mundo imaginario del género. Con el género, nos enfrentamos por primera vez al desarrollo de una especie de solipsismo radical, que cree no solo que solo existen las conciencias, sino que esas conciencias crean el mundo. Y este solipsismo se está convirtiendo en una ilusión de masas, alentada por el desarrollo de la vida virtual», p. 150.

actuaba, es decir, una cosa sería el actor y otra el papel que representaba. Si pasamos al orden jurídico, una cosa sería el sujeto y otra distinta los estados por los que este sujeto pudiera atravesar en su vida que serían sus estatutos jurídicos. En este sentido, el no nacido sería un *estado vital-estatuto jurídico* como lo sería la minoría de edad, la mayoría de edad, o la incapacidad, entre otros. De ahí podría seguirse que el artículo 29 de nuestro Código lo que dice es que la personalidad, como modo de ser de la persona en sociedad se reconoce desde su nacimiento que es el momento de su entrada en sociedad, añadiendo que el concebido no nacido se tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables, pero ¿qué resultaría más beneficioso para el no nacido que el reconocimiento de una condición personal que le asegurase seguir viviendo?, podría preguntarse uno. Nos movemos entonces en la esfera del tráfico jurídico privado en el que por razones de seguridad se establecen esas cautelas con un régimen que responde a las necesidades de un tiempo que desconocía lo que hoy sí sabemos gracias a la ciencia⁹⁵.

Cuando nuestro Tribunal Constitucional se enfrentó a esta cuestión, ya vimos que la STC 53/1985, sin reconocer al no nacido como persona, sí habló de su vida como de un bien jurídico protegido, con la obligación correspondiente del Estado de velar y hacer posible esa protección eficaz. En esta doctrina constitucional, se decía que el no nacido participaba de la garantía del derecho a la vida del artículo 15, según el ánimo de los redactores de la Constitución de 1978. Pero eso sí, sin ser persona ni titular de derechos. Y así, en caso de conflicto entre el derecho de la gestante y el bien jurídico del no nacido, el Tribunal optaba por no dar valor absoluto a ninguno de ellos, debiendo proceder a una operación de equilibrio entre intereses en conflicto, en la que el sacrificio de la vida del no nacido exigiría una causa proporcional. Más allá de esto, en ningún momento el Tribunal Constitucional ha dicho que el no nacido sea persona. Más bien parece que sostuvo justo lo contrario en mayo de 2023 (STC 44/2023). Y es que, si lo fuera, si el no nacido estuviera plenamente incluido en el artículo 15 de nuestra Constitución, debía estar prohibido el aborto y la protección de la vida prenatal debiera ser absoluta en caso de conflicto con otro derecho inferior como sería el de la libertad de la madre. Antes, el Constitucional había juzgado primero en 1996 la validez de la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FFJJ 5 y 6), y años después la de la ley de reproducción asistida (STC 116/1999, de 17 de junio, FFJJ 4 y 5), complicando las cosas, pues ahora resultaba que, para el Tribunal, ya no había un continuo en el desarrollo embrionario, al no ser considerados seres humanos los

⁹⁵ Cfr. A. OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* (Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2006), pp. 100-101: «Nuestro ordenamiento civil continúa ofreciendo una arcaica delimitación del concepto de persona, diseñada fundamentalmente para satisfacer exigencias de seguridad en el tráfico jurídico. Con ello mantiene anacrónicamente la prioridad atribuida a determinadas circunstancias en un contexto ya lejano, caracterizado por una situación social y un grado de evolución de los conocimientos científicos hoy absolutamente superados».

que no fueran viables, es decir, los que no hubieran sido implantados de modo estable en el útero de la mujer, distinguiendo entre preembriones y embriones propiamente dichos, a diferencia de lo que el Tribunal Supremo de Alabama acaba de reconocer el 16 de febrero de 2024, como veremos después.

En todo caso, la cuestión de la consideración personal del no nacido sigue siendo un asunto debatido en la doctrina civilista con argumentos a favor y en contra⁹⁶. El realismo jurídico clásico y su tratado de la justicia nos ayudarán a superar, en buena parte al menos, esta discusión académica conectando el derecho a la vida con la realidad, con el sentido común y la apreciación original de esta. En efecto, si creyéramos que el derecho es el objeto de la virtud de la justicia (*ipsa res iusta*) y esta es la virtud constante de dar a cada uno lo suyo, lo que le pertenece, lo que le es debido⁹⁷, será de justicia, como con cualquier otro derecho, reconocer el derecho a la vida a quien lo tenga y desde cuando lo tenga. El Estado deberá arbitrar entonces todos los medios necesarios para que ese derecho sea reconocido, de modo que sus titulares tuvieran todas las facultades necesarias para poder disfrutar de él, para poder conservarlo y defenderlo, como también para poder reclamarlo y pedir reparación del daño, en caso de

⁹⁶ En la cuestión del inicio de la personalidad jurídica, hay posiciones que la vinculan a la concepción, otras al nacimiento, otras a la viabilidad del nacido, e incluso hay quien exige conciencia de esa personalidad. Sin pretender ser exhaustivos, a favor de la personalidad del no nacido por ser persona: A. OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, cit., pp. 101, 106: «Ha dejado fuera de toda duda que la vía adecuada para proteger con eficacia la vida humana desde sus comienzos no pasa por aparcarse el concepto jurídico de persona, para intentarlo al margen de él, sino —muy al contrario— por extenderlo al no nacido»; «[...] que el hombre no comienza a ser humano cuando se ve aceptado por sus iguales, sino que deja de serlo cuando se niega a aceptar como igual a uno solo de ellos»; J. R. RECUELO ASTRAY, *En defensa de la vida humana* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2011), p. 75: «Si tiene personalidad es persona, pues la persona es la única que puede poseer personalidad, solamente quien es persona puede tener personalidad»; J. CALVO-ÁLVAREZ, *Aborto y derecho. Consideraciones críticas en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional* (Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1997), p. 39: «Si el *nasciturus*, desde el momento del inicio de la gestación, es ya un *individuo humano*, es, por eso mismo, y en el sentido recientemente indicado, ya una persona»; F. D'AGOSTINO, *Bioética* (Milano: Giappichelli Editore, 1998), pp. 298, 306: «[...] cuando una mujer sabe que está embarazada adquiere también la conciencia (y con ella la adquieren todos los que están al tanto del hecho) que aquello que lleva en su seno es un *nuevo ser humano*, es decir, ni más ni menos que un *nuevo sujeto*», «el problema esencial es aquel de la *identidad*»; A. FERNÁNDEZ, *Las leyes del aborto en España*, cit., pp. 343-344; M. D. CORO-VILA, *Huérfanos biológicos*, cit., pp. 62-66. En contra, grandes civilistas como: F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, II (Madrid: Civitas, 1984), p. 117; L. DIEZ-PICAZO – A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I (Madrid: Tecnos, 1984), pp. 229, 235: «todo hombre es persona. La personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, pues es una exigencia de su naturaleza y dignidad que el Derecho no tiene más remedio que reconocer», eso sí, tratándose el no nacido, afirma que «el concebido no es persona ni tiene tampoco una personalidad especial o limitada. No hay, siquiera, una genuina igualdad entre el concebido y el nacido, ya que la equiparación es solo parcial (“para los efectos que le sean favorables”) y, además condicional, sometida a una *conditio iuris* (“siempre que nazca con los requisitos que expresa el artículo siguiente”»); I. DE CASSO Y ROMERO – F. CERVERA Y JIMÉNEZ-ÁLFARO, *Diccionario de Derecho Privado*, II (Barcelona: Editorial Labor, 1967), p. 2968 («Personas»).

⁹⁷ ULPIANO, *Digesto*, 1, 1, 10; SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, S.Th. II-II, q. 58, a. 1.

que hubiera sido lesionado. Estas facultades son los títulos subjetivos que se tienen en relación con el derecho, no son el derecho, sino los títulos relativos a la *res iusta*. Si el derecho a la vida fuera un derecho natural del ser humano desde su concepción, algo que la experiencia humana percibe de modo espontáneo, va de suyo que deberá reconocerse este derecho en el orden jurídico correspondiente, incluyéndolo en el texto constitucional y arbitrando los mecanismos correspondientes para su desarrollo normativo y eficaz tutela.

Y así desde que el ser humano existe es titular del derecho a la vida como aquello suyo que le es debido, aunque precise, claro está, de otro para poder ejercer todas las facultades subjetivas inherentes a dicho título (*facultas agendi, possidendi o retenendi, exigendi...*), del mismo modo que el nacido menor de edad o el discapacitado precisan de alguien que vele por sus intereses, sean sus progenitores (madre y/o padre), lo que será lo normal en las condiciones habituales o, excepcionalmente, un tutor o representante legal. Nadie dice que el menor de edad o el incapacitado no sean personas por el hecho de que, para el ejercicio de los derechos, deban contar con un tercero, porque por sí mismos no pueden. Lo mismo sucedería con el no nacido, entendiendo la condición del nacimiento para la adquisición de personalidad del artículo 30 del Código civil como personalidad «plena», no en el sentido en que no sea aún persona, sino en el de necesitar de alguien que actúe por él velando por la mejor defensa de sus derechos. En el apartado siguiente veremos una serie de ejemplos en los que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida e intereses del no nacido como sujeto y, en ese sentido, parece reconocer al no nacido como sujeto digno de protección, con intereses que deben ser tutelados, por lo que alguna cualidad personal sí debe tener. Así que, por extraordinaria y no común que sea la tesis de la personalidad jurídica del no nacido, no es absurda, siendo por otra parte una cuestión abierta, según la doctrina vista del TEDH (*Vô c. Francia* de 2004), de suerte que «de subsistir la duda (sobre el embrión como ser humano), parece jurídicamente razonable plantear en este caso por principio un *in dubio pro vita*»⁹⁸.

Pues bien, a diferencia de España, en los Estados Unidos —de un tiempo a esta parte, cada vez más—, se empiezan a oír voces autorizadas a favor del estatuto jurídico-constitucional del no nacido como persona, tanto en la jurisprudencia (el parecer contrario de la juez Francis del Supremo de Florida en un caso reciente de 1 de abril de 2024 (SC2023-1392) que veremos después) como en la academia. Aquí, un ejemplo reciente son las últimas intervenciones del filósofo iusnaturalista y profesor emérito de Notre Dame, John Finnis, así como del profesor de política y jurisprudencia de Princeton, Robert P. George, sosteniendo ambos que el no nacido es persona en el sistema constitucional norteamericano. Así lo defendió el primero en abril de 2021 en un artículo publicado en *First Things*⁹⁹ y así se dirigieron ambos al Tribunal Supremo pidiendo, sin

⁹⁸ A. OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, cit., p. 57.

⁹⁹ Cfr. J. FINNIS, *Abortion is Unconstitutional*, cit., pp. 29-38.

éxito, que lo reconociera en *Dobbs*, según consta en el escrito (*amici curiae*) que le remitieron al Tribunal en esa ocasión¹⁰⁰. Ya vimos que el Supremo no quiso entrar en esta cuestión por las razones que dijimos y que meses después rechazó un recurso de apelación que le hubiera obligado a pronunciarse al respecto (*Benson v. McKee*, 2022)¹⁰¹, lo que no quiere decir que no lo vaya a hacer en el futuro, si un día se viera en la necesidad de enfrentarse a esta cuestión ante una sentencia como la que tuvo lugar en el undécimo circuito el 20 de julio de 2022 cuando mantuvo, en *Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective v. Governor of Georgia* (2022)¹⁰², la definición introducida en la *heartbeat bill* de Georgia del 2019 («Georgia Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act, HB 481») sobre la persona física que incluía ya en ella sin duda alguna a «todo ser humano, incluido el no nacido».

Volviendo a la academia, además de Finnis y George, otros autores venían defendiendo el carácter personal del no nacido desde hacía tiempo. Todos ellos lo hicieron recurriendo a la historia de las Enmiendas constitucionales impicadas (la Quinta y la Decimocuarta), como los profesores Gorby (de la John Marshall Law School, actual University of Illinois Chicago School of Law, UIC Law) en el año 1979¹⁰³, Paulsen (de la University of St. Thomas School of Law

¹⁰⁰ Cfr. J. FINNIS – R. P. GEORGE, *Brief of Amici Curiae Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in Support of Petitioners*, 29 de julio, 2021, cit., p. 2: «[...] los niños no nacidos son personas en el sentido original de las cláusulas de proceso debido e igual protección de la Decimocuarta enmienda». Por su parte, los profesores Glendon y Carter Snead advirtieron del equivocado y peligroso concepto sobre el hombre con que el Supremo venía trabajando desde *Roe*: «[...] un concepto de la identidad humana y crecimiento que es falso, pernicioso y obstructivo para las madres necesitadas, los bebés y las familias vulnerables [...] como si fuera una voluntad individual atomizada que busca descubrir y seguir sus propias y auténticas verdades interiores auténticas —“definir su propio concepto de la existencia, del sentido, de la vida, de la vida y de la muerte” [...] no lo exige la Constitución y, desde luego, no es coherente con la complejidad de la experiencia de la vida humana, ni con la rica variedad de actitudes estadounidenses. Y predispone el análisis del Tribunal a elaborar una solución para la cuestión del aborto que es más apropiada para un individuo que trata de repeler a un extraño que se entromete en sus intereses, a saber, mediante la concesión de un derecho a utilizar la violencia letal. Esto puede ser adecuado para enemigos extraños en un mundo de enfrentamientos. No para una madre y un hijo en crisis. Nada en la Constitución ni en el papel del Tribunal exige esta interpretación errónea de un complejo contexto humano», M. A. GLENDON – O. CARTER SNEAD, *Brief for Professors Mary Ann Glendon and O. Carter Snead as amici curiae in Support of Petitioners*, 29 de julio, 2021, pp. 27-28: en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185180/20210729085701253_19-1392%20Amici%20Brief.pdf.

¹⁰¹ *Vid. supra*. Cfr. *Benson v. McKee*, 273 A.3d 121, p. 131 (Goldberg, J.).

¹⁰² Cfr. *Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective v. Governor of Georgia*, 40 F.4th 1320, p. 1328 (11th Cir., July 20, 2022) (Pryor, C. J.): «[...] el “significado central [de]” la disposición es ampliar la definición de persona para incluir a los seres humanos no nacidos que son llevados en el vientre de sus madres en cualquier etapa de desarrollo [...] A primera vista, la ley no es nula por imprecisa». Lo contrario había dicho un tribunal federal de Arizona días antes en *Isaacson v. Brnovich*, 610 F.Supp.3d 1243, pp. 1253-1256 (D AZ, July 11, 2022) (Rayes, J.).

¹⁰³ Cfr. J. D. GORBY, «The “Right” to an Abortion, the Scope of Fourteenth Amendment “Personhood”, and the Supreme Court’s Birth Requirement», *Southern Illinois University Law Journal*, n.º 4, 1 (1979). Este autor creía que la Constitución pedía la prohibición del aborto desde

de Minneapolis) en el 2013¹⁰⁴ o, el último ejemplo, Craddock (vinculado al «James Wilson Institute on Natural Rights and the American Founding», fundado y dirigido por Hadley Arkes) en el 2017¹⁰⁵, aunque con matices distintos, más cauteloso Paulsen y más decidido Craddock.

Lo que todos estos autores creían era que el no nacido debía ser considerado, desde el punto de vista constitucional, una persona por estar incluido dentro de al menos una de las dos cláusulas de la Decimocuarta enmienda que se refería a toda persona sin más distinción. Es cierto que esta Enmienda solo habla del derecho a la vida en la tercera de sus cláusulas, la *due process clause* («[ningún Estado] privará a alguna persona de la vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal»). Así las cosas, sin mayor precisión legal, queda claro que para entender su sentido es necesario remontarse a 1866 cuando la citada Enmienda fue aprobada, sin que en ese momento pudiera comprenderse su enunciado al margen de los textos que se manejaban entonces, especialmente los famosos *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra* del londinense William Blackstone (1723-1780) que, publicados en cuatro volúmenes entre los años 1765 y 1769, bien conocían los padres fundadores de la nación, así como los redactores de la Enmienda casi un siglo después.

el momento en el que el no nacido era persona en el lenguaje de la Quinta y Decimocuarta enmiendas. Dijo: «[...] existe un apoyo histórico sustancial para la noción de que la cláusula del debido proceso fue diseñada para garantizar el acceso de todas las personas a los tribunales para la protección de los derechos fundamentales, que esos derechos fundamentales se refieren a “la vida, la libertad y la propiedad”, y que el ser humano no nacido, como ser humano vivo individual, es una persona en virtud de la Constitución y tiene derecho a acceder a los tribunales para proteger su derecho fundamental a la vida», p. 4.

¹⁰⁴ Cfr. M. S. PAULSEN, «The plausibility of personhood», *Ohio State Law Journal*, n.º 74, 13 (2013). Este autor, desde una posición abiertamente originalista, acudió al texto y estructura de las cláusulas de la Decimocuarta enmienda desde su intento original, sin más pretensión que la de hacer plausible la tesis de la personalidad del no nacido. Y así pudo concluir que «el texto, la estructura, la historia, los precedentes y la política no apuntan a una respuesta absolutamente clara, inequívoca e indiscutible a la pregunta de si las protecciones de los derechos de las personas de la Quinta y la Decimocuarta enmiendas se extienden a los no nacidos. Pero, en conjunto, sugieren la plausibilidad de dicha personalidad jurídica. De hecho, si nos viéramos obligados a elegir entre las alternativas, el peso de las pruebas y el razonamiento apoya mucho más la posición de la personalidad que la rechaza», p. 68.

¹⁰⁵ Cfr. J. J. CRADDOCK, «Protecting Prenatal Persons: Does the Fourteenth Amendment Prohibit Abortion?», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n.º 40, 539 (2017). Craddock trabajó aquí con un silogismo muy simple que es el que también nosotros hemos seguido en nuestra exposición, tanto para el caso estadounidense como para el español, a saber, «el uso de la palabra “persona” en la Decimocuarta enmienda garantiza las garantías procesales y la igualdad de protección a todos los miembros de la especie humana. Los no nacidos son miembros de la especie humana desde el momento de su concepción. Por lo tanto, la Decimocuarta enmienda protege a los no nacidos. Si se admite la premisa menor (que los humanos antes de nacer son miembros de la especie humana), todo lo que hay que demostrar es que el término “persona”, en su significado original en el momento de la adopción de la Decimocuarta enmienda, se aplicaba a todos los miembros de la especie humana», pp. 547-548.

El primer volumen de los *Comentarios* de Blackstone hablaba de los derechos de las personas, colocando como el primero de ellos, absoluto o natural, el de la seguridad personal, al que unía después la libertad personal y la propiedad privada. Blackstone decía que «el derecho de seguridad personal consistía en el disfrute constante y legal de su vida [...] La vida es el don inmediato de Dios, un derecho inherente por naturaleza a cada individuo; algo que comienza en la consideración de la ley tan pronto como un no nacido es capaz de agitarse en el vientre de la madre»¹⁰⁶. Esto hacía que el no nacido en el vientre de su madre (*in ventre sa mere*), continuaba Blackstone, fuera titular de derechos a efectos civiles de suerte que podía recibir un legado, se le podía asignar un tutor, se le permitía tener una propiedad limitada a su uso como si hubiera nacido realmente. Pero también tenía efectos penales, de modo que la muerte provocada del no nacido en el vientre materno era considerada un delito, quedando calificado de homicidio u homicidio involuntario¹⁰⁷.

A juzgar por esta fuente privilegiada, era evidente que, para el derecho anti-guo inglés (el *common law*), sí existía un individuo, un ser humano, desde el momento en el que estaba en el seno de su madre. Tan era así que el derecho penal llegó en 1803 a tipificar como delito el aborto cometido incluso antes de que el feto fuera percibido en el seno materno, por lo que, a comienzos del siglo XIX, la protección del no nacido apuntaba ya al momento de la concepción¹⁰⁸. En la mente de Blackstone, el derecho a la vida era un derecho absoluto en su sentido más primario y estricto, como aquel derecho que, perteneciendo a toda persona en un estado de naturaleza, todo hombre tenía derecho a disfrutar, tanto dentro como fuera de la sociedad¹⁰⁹.

Dicho esto, la tercera sección de la Decimocuarta enmienda que emplea la expresión persona comprende tanto las físicas no nacidas como las jurídicas, siendo así que las dos primeras secciones emplean persona en el sentido de la física nacida y la cuarta se refiere a las personas físicas, nacidas o no, nacionales o no, y a las jurídicas. Así debiera entenderse, porque en el caso de haber querido excluir a las personas jurídicas hubiera bastado con añadir tras el sustantivo persona el adjetivo «física o natural», del mismo modo que, de haber querido excluir al no nacido, hubiera bastado con añadir, tras persona, la «nacida». Para

¹⁰⁶ Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Books I & II (Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1753), pp. 129-130.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, otras autoridades como los tratados de Henry de Bracton en el siglo XIII (*The Laws and Customs of England*, 1235) y de Sir Edward Coke (*Institutes of the Lawes of England*, 1628-1644) y Sir Matthew Hale (*The History of the Common Law of England*, 1713) en los siglos XVII y XVIII, todos ellos citados por Alito en *Dobbs*, calificaban el aborto de *homicide, murder, great misprision, o great crime*, cfr. *Dobbs v. Jackson*, p. 2249 (Alito, J.).

¹⁰⁸ Cfr. J. FINNIS, *Abortion is Unconstitutional*, cit., p. 30. Esto mismo es lo que sostiene con George en la versión ampliada de su escrito conjunto ante el Supremo: J. FINNIS – R. P. GEORGE, «Equal Protection and the Unborn Child: A Dobbs Brief», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n.º 45, 927 (2022).

¹⁰⁹ Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, cit., p. 123.

Finnis, negar este hecho supondría desconocer la historia, como el Tribunal había hecho en *Roe* al servirse de una versión distorsionada de esta ofrecida en un artículo reciente (el de Cyril Means) no contrastado, y que pronto se demostró erróneo, pues el aborto sí que era considerado un delito grave en el *common law*, ciertamente desde el momento en el que el no nacido fuera sentido en el vientre de la madre, y muy probablemente también incluso antes, como lo demostraba las condenas en Inglaterra (un caso en Derby en 1732) y en América (otro en Maryland en 1651)¹¹⁰. Más aún, que en algunos Estados el aborto temprano no fuera punible no quería decir que fuera legal. Para Finnis, entonces, la tesis histórica de *Roe* era «un error garrafal en relación con el período del *common law* y sencillamente absurdo en relación con todas las leyes que sustituyeron al *common law* en algún momento del siglo XIX»¹¹¹. También era un error de *Roe* pensar que las leyes estatales que fueron protegiendo la vida del no nacido durante ese siglo tuvieran por objeto, más que esa vida, la garantía de la vida o salud de las mujeres, o el estatus de los médicos.

Así pues, en conclusión, para los legisladores estatales en el momento de la Decimocuarta enmienda, la tercera y cuarta de sus cláusulas incluía claramente, bajo el término de persona, a los no nacidos, pues estos tenían los derechos correspondientes a su condición, de suerte que gozaban de la igual protección de las leyes y no podían ser privados de su derecho a la vida sin un debido proceso legal¹¹². Entonces, y esto era lo decisivo, cuando la Decimocuarta enmienda fue ratificada, los legisladores entendieron que «cualquier persona (*any person*)» comprendía a todas las personas de las que hablaba Blackstone en sus *Comentarios*, es decir, todos los seres humanos, todos los hijos de Dios, de modo que —al igual que *Blackstone*— entenderían que esas personas lo eran desde su concepción.

Es cierto que hubo Estados, una decena, que no legislaron inmediatamente después de la Enmienda para penalizar el aborto, antes del momento en que el feto fuera sentido en el vientre materno (lo que ya figuraba en el *common law*), como le hizo ver a Finnis Edward Whelan en su crítica¹¹³. Pero, para Finnis, eso fue por el simple hecho de considerar que la vida del no nacido ya estaba protegida por vía legal o consuetudinaria, siendo así que una cosa era el significado auténtico de los términos de una norma y otra el recurso a ella¹¹⁴. A juicio de Finnis, no existía contradicción entre estas evidencias con la ausencia de apela-

¹¹⁰ Cfr. J. FINNIS, *Abortion is Unconstitutional*, cit., pp. 32-33.

¹¹¹ Cfr., *ibidem*, p. 33.

¹¹² Cfr., *ibidem*, p. 37.

¹¹³ Cfr. E. WHELAN, «Doubts About Constitutional Personhood», 8 de abril de 2021, *First Things*, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/doubts-about-constitutional-personhood>.

¹¹⁴ Cfr. J. FINNIS, «Unborn Persons: Why Equal Protection Slept 102 Years», 30 de marzo de 2021, *First Things*, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/03/unborn-persons-why-equal-protection-slept-102-years>.

ciones a la Enmienda que decía Whelan, pues no debieron considerarlo de mucha ayuda cuando lo importante era proteger la vida del no nacido, y eso ya estaba garantizado por vía legal o consuetudinaria. Es decir, si ya había protección no era necesario apelar a la Enmienda por lo que no se recurría a ella en este contexto en el que la Enmienda se entendía que regía para las nuevas leyes estatales que reducían los derechos. Por tanto, una cosa era el significado auténtico de los términos de una norma y otra el recurso a ella.

Y es que, en realidad, solo cuando en la década de los años 60 del siglo XX empezó a recurrirse a la Decimocuarta enmienda para examinar toda la legislación estatal, no solo las nuevas leyes restrictivas de derechos como se entendía antes, es cuando se apeló a ella para proteger a los no nacidos, 102 años después de haberse adoptado la Enmienda. Y así, en *Steinberg v. Brown* (1970), tres jueces de un tribunal federal de Ohio sostuvieron que «una vez que la vida humana ha comenzado, las protecciones constitucionales de la Quinta y Decimocuarta enmiendas imponen al Estado el deber de salvaguardarla [...] Existe autoridad para afirmar que la vida humana comienza en el momento de la concepción»¹¹⁵. Esta protección de la vida del no nacido duró 25 meses hasta el 20 de febrero de 1973, siendo eliminada por *Roe*.

El problema que plantea la argumentación favorable a la personalidad del no nacido es que, si así fuera, ningún poder, ni federal ni tampoco estatal (por la doctrina de la incorporación de la Decimocuarta enmienda a los Estados), podría permitir el aborto, debiendo el Supremo intervenir siempre en defensa del no nacido como un valor absoluto en el conflicto que pudiera presentarse con la libertad de la madre gestante. De este modo, la soberanía estatal se vería afectada en este punto, en contra de uno de los argumentos esgrimidos siempre por aquellos jueces que, como Scalia, deseaban dejar el asunto del aborto en los límites del proceso democrático en cada Estado, pues, para ellos, no era tan clara esa lectura originalista que se hacía de la Enmienda¹¹⁶. Ahora bien, esta tesis, según insistía Finnis, no decía que el Supremo ordenara a las cámaras legislativas de cada Estado la promulgación de leyes, ni a los fiscales que procesaran a quienes no cumplieran con lo dispuesto en ellas.

¹¹⁵ *Steinberg v. Brown*, 321 F. Supp. 741, pp. 746-747 (ND OH, December 18, 1970) (Young, J.). Y esto pese a la existencia de límites: «Obviamente, por supuesto, hay límites a la protección que el Estado puede y debe extender a la vida humana, pero estos están claros y bien marcados en la ley, y lo han estado durante siglos, esencialmente sobre la base de que “la autoconservación es la primera ley de la naturaleza”. Así, a lo largo del desarrollo de nuestro derecho, la legítima defensa siempre ha sido reconocida como justificación del homicidio. De ahí la disposición de la ley en cuestión, según la cual el aborto no es delito cuando es necesario, o dos médicos lo declaran necesario, para preservar la vida de la madre. Se puede poner fin legalmente a una vida humana cuando sea necesario hacerlo para preservar o proteger otra u otras vidas», p. 747.

¹¹⁶ De igual modo, poniendo de manifestó la ambigüedad del término persona en la Decimocuarta enmienda: C. BERNSTEIN, «Fetal Personhood and the Original Meaning of “Person” in the Constitution», *Texas Review of Law and Politics*, n.º 26, 485 (2022); «The Constitutional Personality of the Unborn», *Journal of Law, Economics and Policy*, n.º 18, 281 (2023).

Aquí se aprecia claramente la diferencia de enfoques en los Estados Unidos sobre la vida del no nacido. Mientras que unos (Finnis, George y compañía) defendían que el aborto debía estar prohibido por inconstitucional, otros (Rehnquist-Bork-Scalia-Whelan) no querían ir tan lejos por no estar muy seguros de que la Constitución reconociera un derecho a la vida al no nacido (no porque no fueran partidarios de la existencia de ese derecho, o de que el no nacido fuera persona desde su concepción). Ante esto, por el momento, se contentaban con anular el precedente *Roe-Casey*, y devolver el asunto del aborto al espacio político, o de los Estados o de la Unión, en los que una mayoría pudiera lograr la enmienda constitucional que finalmente prohibiera el aborto porque ya reconociera sin duda alguna la existencia del derecho a la vida del no nacido¹¹⁷. Ahora bien, ¿pero es que acaso esa mayoría no había

¹¹⁷ Algunos Estados han sometido a votación popular esta cuestión de la inconstitucionalidad del aborto con mayor o menor fortuna, habiéndolo logrado solo en cuatro Estados entre 2014 y 2020: en Tennessee en 2014 (enmienda n.º 1); en el 2018 en los Estados de Alabama (enmienda n.º 2) y de West Virginia (enmienda n.º 1); o en el 2020 en Louisiana (enmienda n.º 1). En cambio, no se logró en 1986 ni en Massachusetts (cuestión n.º 1), ni en Rhode Island (cuestión n.º 14); como tampoco en Colorado en las tres ocasiones que se pretendió (en 2008, iniciativa n.º 48; en 2010, iniciativa n.º 62; y en 2014, iniciativa n.º 67); ni en Mississippi en el 2011 (iniciativa n.º 26), ni en North Dakota en el 2014 (medida n.º 1); tampoco tuvo éxito la que se presentó en Kansas semanas después de *Dobbs*, en agosto de 2022 (House Concurrent Resolution n.º 5003). Lo interesante es que, después de *Dobbs*, ahora son los grupos pro-choice los que desean blindar el acceso al aborto por vía de una enmienda constitucional, por lo que en las elecciones del 8 de noviembre de 2022 nos encontramos con iniciativas en una y otra dirección: negando la existencia del derecho al aborto en la Constitución estatal de Kentucky (enmienda n.º 2 que no salió adelante por un escaso margen de votos, el 52.3% en contra de la enmienda), o afirmando lo contrario —la existencia de un derecho de libertad reproductiva que incluyera el aborto— en la propuesta n.º 1 de California, en la iniciativa n.º 3 de Michigan, y en la propuesta n.º 5 de Vermont (en los tres casos los electores votaron a favor de esas iniciativas, con un respaldo del 66.5% en California, del 56.7% en Michigan, y del 76.8% en Vermont). En Montana (Montana LR-131) se pidió a los electores que se pronunciaran sobre una ley estatal aprobada a finales de abril de 2021 (HB 167, *Born Alive Infant Protection Act*) que definía a todo niño nacido vivo en cualquier momento de su desarrollo, sin tomar así en cuenta el criterio de la viabilidad, como una persona a efectos legales, exigiendo en consecuencia la atención médica después de un parto inducido, una cesárea o un intento de aborto, medida que no obtuvo el necesario respaldo popular (el 52.6% votó en contra). Ya hemos visto como en Ohio salió adelante una enmienda pro-choice en noviembre de 2023. Para este año 2024 hay iniciativas pro-choice en New York y Maryland, como también se han propuesto en Arizona, Colorado, Missouri, Nevada y South Dakota; otras pro-life se presentan en Colorado, Iowa, Nebraska y Pennsylvania. Algunas de esas iniciativas favorables al aborto apuestan por la viabilidad con excepciones para la vida o salud de la gestante (Arizona y Florida). Todas estas enmiendas, iniciativas o cuestiones estatales pueden ser consultadas en «Ballotpedia», en https://ballotpedia.org/Abortion_on_the_ballot. A favor de estas iniciativas populares que llevarán un día a la aprobación de enmiendas constitucionales ya se pronunciaban algunos autores hace una década, explicando sus riesgos y beneficios, e inclinándose por su adopción: T. J. SCOTT, «Why State Personhood Amendments Should be Part of the Pro-life Agenda», *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, n.º 6, 222 (2011). En cambio, según las tesis aquí expuestas, no parece que esta sea una buena estrategia si se quiere someter al parecer de la mayoría lo que debe quedar necesariamente fuera del alcance de su poder de decisión. Por su parte, a nivel federal, antes de *Dobbs*, congresistas republicanos, al menos desde el 2004 (*Life at Conception Act* of 2004,

intervenido ya cuando aprobó la Decimocuarta enmienda? Y lo que, a fin de cuentas, resulta aún más decisivo, ¿la mera posibilidad de afirmar que ciertas verdades inmutables y evidentes no dependen de la mayoría no ha sido, es, y seguirá siendo un escándalo para el pensamiento liberal? De ahí también ese deseo de buscar salidas, como el recurso a la soberanía popular y a las mayorías legislativas, que no recibieran el rechazo del tolerante credo liberal.

Dada la influencia de *Roe v. Wade* en Europa, conviene preguntarse finalmente por la razón de ser de esta sentencia desde un punto de vista estrictamente constitucional. Dejando aparte la doctrina norteamericana del *substantive due process*, presentada y censurada por el juez Thomas en su voto particular a *Dobbs*¹¹⁸, en los Estados Unidos se llegó a donde nos encontramos en la cuestión del aborto gracias a una teoría concreta de interpretación constitucional a la que también aludió nuestro Tribunal Constitucional en su última decisión de 9 de mayo de 2023. Veamos.

Durante los años de la Corte Warren (1953-1969) se fueron abonando las semillas sembradas tiempo atrás cuyos frutos se irían recogiendo durante las Cortes siguientes. La mayoría liberal de esos años empleó un concepto evolutivo

S 2190, March 10, 2004) llevan presentando sin éxito una ley para considerar como persona dentro de la Decimocuarta enmienda a los nacidos: «Sección 2. Derecho a la vida. A fin de conseguir la protección igualitaria del derecho a la vida de cada persona humana nacida y por nacer [...] el Congreso declara por la presente que el derecho a la vida garantizado por la Constitución corresponde a cada ser humano»; «Sección 3. Definiciones [...] Persona humana; ser humano: Los términos “persona humana” y “ser humano” incluyen a todos y a cada uno de los miembros de la especie *Homo sapiens* en todas las etapas de su vida, incluyendo el momento de la fecundación, clonación, u otro momento en que un miembro de la especie humana comience a ser», *Life at Conception Act of 2023*, HR 431, 118th Congress, January 20, 2023), en <https://www.congress.gov/118/bills/hr431/BILLS-118hr431ih.pdf>.

¹¹⁸ Para Thomas, esa doctrina del *substantive due process*, además de errónea, se había mostrado peligrosa. Primero, porque llevaba a los jueces a *crear* nuevos derechos moviéndose hacia el terreno propio del legislativo, a expensas del pueblo de quien recibían su autoridad. Y así fue como una mayoría de jueces en *Roe* creyó ver un derecho al aborto en un concepto de libertad personal que incluía un derecho de privacidad o intimidad en sus penumbras y, tan amplio, que debía comprender algo tan privado e íntimo como la decisión de la mujer a terminar con su embarazo. Pero es que, años después, en *Casey*, ya no fue la privacidad sino un derecho de cada uno a definir el propio concepto de existencia y el misterio de la vida. Y ahora parecía querer fundarse ese pretendido derecho en aspectos tan distintos como la integridad corporal, la autonomía personal, o la igualdad de las mujeres, lo que llevaba a Thomas a decir, como ya hemos visto, que «el derecho al aborto era, en última instancia, un objetivo político en búsqueda desesperada de justificación constitucional», *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, p. 2303 (Thomas, J., *concurring*). En segundo lugar, esa doctrina era peligrosa porque distorsionaba otras áreas de derecho constitucional, reforzando criterios de constitucionalidad sobre esos derechos preferidos que no se exigen en relación con otros. Y, finalmente, el peligro de esta doctrina es que se usa con frecuencia con fines desastrosos, como los millones de vidas humanas sacrificadas desde *Roe*. Thomas concluía pidiendo que esa doctrina, sin base alguna en el texto constitucional, fuera eliminada de la jurisprudencia del Supremo en la primera ocasión que hubiera, cfr. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, p. 2304 (Thomas, J., *concurring*).

del texto constitucional que acuñó con la fórmula de *living Constitution*¹¹⁹. Pues bien, *Roe v. Wade* (1973) fue un espléndido ejemplo de esta interpretación constitucional. La intimidad y autonomía individual —entendida en términos absolutos— de esos años en los que se apelaba dentro del Tribunal a la dignidad humana, como en las opiniones del juez Brennan¹²⁰, fueron alimentando una retórica de derechos en penumbra que comenzaron con la contracepción y siguieron con el aborto en el caso del movimiento de liberación sexual de la mujer (WLM, por sus siglas en inglés), para pasarle el testigo a continuación al colectivo homosexual (LGBT), en cuya retórica nos encontramos inmersos con todas las variantes imaginables (no penalización de la sodomía primero, para pasar luego al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, a la adopción por esta clase de parejas, sin discriminación en ese proceso, y a la penalización del discurso homófobo, así como a todo lo relativo a las cuestiones de identidad sexual provocadas por la ideología de género, lo último en aparecer)¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. W. REHNQUIST, «The Notion of a Living Constitution», *Texas Law Review*, n.º 54, 693, p. 695 (1976): «Aunque no se exhorta (el autor, por entonces juez asociado del Supremo, alude a cierta noción de “Constitución viva”) con tantas palabras a la sustitución de los valores que pueden derivarse del lenguaje y la intención de los redactores de la Constitución por otro conjunto de valores, esa es sin duda la idea central del mensaje. Según la versión de la Constitución viva de este autor (Rehnquist se estaba refiriendo aquí a un escrito que había encontrado en un caso federal y que le servía como ejemplo de esa versión lamentable de “living Constitution”), los miembros no elegidos del poder judicial federal pueden ocuparse de un problema social simplemente porque otros poderes del Estado no lo han hecho o se han negado a hacerlo. Estos mismos jueces, que no son responsables ante ningún electorado, son sin embargo aclamados como “la voz y la conciencia de la sociedad contemporánea [...]”». Por supuesto que Rehnquist creía que la Constitución no era letra muerta sino un organismo vivo. Esta sería la versión Holmes de la fórmula, como él la llamaba, en la que coincidía sin problemas (*Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, p. 433 (1920) (Holmes, J.)). La expresión «living Constitution» apareció por primera vez en 1927 en un libro de Howard Lee McBain, profesor de la Columbia Law School: «Hablamos del cuerpo “vivo” de la ley, pero esto es mera metáfora. La vida de la ley es una vida prestada. Es, como la vida de otros productos materiales e intelectuales del hombre, prestada de la vida del hombre. Las leyes viven solo porque viven los hombres y solo en la medida en que los hombres quieren que vivan. Aparte de los hombres, un gobierno de leyes es algo inerte, algo inofensivo porque inútil, algo que no tiene existencia fuera del ámbito de la imaginación», H. L. MCBAIN, *Living Constitution* (New York: Macmillan Co., 1928), p. 3.

¹²⁰ Cfr. J. I. RUBIO LÓPEZ, *Hacia la primera libertad. La libertad religiosa en EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)* (Pamplona: Eunsa, 2011), pp. 677-687.

¹²¹ Esta clase de controversias actuales en los Estados Unidos pueden ser agrupadas en los siguientes diez grandes apartados en los que se piden exenciones religiosas ante: (1) políticas escolares que traten a los menores según sus deseos en materia de género, sin consentimiento o conocimiento de los padres; (2) uso de pronombres en las escuelas y el modo como dirigirse a los alumnos en ellas; (3) el adoctrinamiento de los niños en las escuelas; (4) la retirada de la custodia a los padres de menores transexuales (con un recurso presentado ante el Supremo el 25 de septiembre de 2023 por la Becket Fund for Religious Liberty en el caso de unos padres de Indiana contra la decisión de un tribunal de apelación de ese Estado: *M.C. and J.C. v. Indiana Department of Child Services*, Docket No. 23-450, On Petition for a Writ of Certiorari to the Indiana Court of Appeals, September 25, 2023, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/23/23-450/280447/20230925182821507_JcMc%20Petition%20E%20FILE%20Sep%2025%2023.pdf; este

Pues bien, a fin de hacer frente a estas aspiraciones de la agenda liberal, los conservadores se aferraron al texto e historia de la Constitución como dique de contención, comenzando una corriente de interpretación constitucional que se conoce como el *original intent* o el *originalism*, por su búsqueda de la comprensión original del texto sin más consideraciones de valor. Sin ser una simple lectura textual de lo escrito (textualismo), en última instancia el texto puesto (*positum*) sigue siendo determinante y el riesgo de caer en el positivismo evidente. Además del *Chief Justice* Rehnquist, tal vez el mejor exponente de esta corriente fuera el gran juez asociado Antonin Scalia que recelaba de todo recurso a conceptos tales que sacaran al juez del mundo de la ley¹²². Scalia acertó muchas veces y lo hizo porque su mundo (por mucho que a veces pareciera quererlo tener al margen de su labor jurídica), aquel que le permitía entender el texto de la Constitución que debía aplicar, no era muy distinto al horizonte de los padres fundadores de la nación. Unos y otros vivían de verdades evidentes. Sin duda que el origen, formación y fe de Scalia le sirvieron para dar con la respuesta

recurso de apelación fue rechazado el 18 de marzo de 2024); (5) la emisión de certificados de nacimiento o de pasaportes no binarios; (6) la oposición de centros hospitalarios que rechazan operaciones o tratamientos de género por razones de conciencia; (7) la participación de personas transgénero en competiciones deportivas, o (8) en concursos de belleza; (9) el uso de taquillas o el acceso a los baños en las escuelas o empresas por personas de sexo distinto al reservado para el sexo biológico; y (10) la prohibición de terapia hormonal, bloqueadores de hormonas, o cualquier intervención quirúrgica sobre menores con disforia de género. Precisamente, en relación con esta última cuestión, el undécimo circuito decidió el 21 de agosto de 2023 que no había un derecho fundamental al tratamiento médico de los menores afectados por disforia de género, por lo que la ley de Alabama que prohibía esa terapia (hay una veintena de Estados que lo han ido limitando o prohibiendo) era válida al superar la evaluación menos rigurosa del *rational basis test*. Lo interesante del caso es que la juez Barbara Lagoa razonó según lo que había dicho el Supremo en *Dobbs*, sin que la historia o la tradición del país sugiriera la presencia de semejante derecho que no existía así en la *substantive due process* de la Decimocuarta enmienda, cfr. *Eknes-Tucker v. Governor of the State of Alabama*, Case No. 22-11707, 2023 WL 5344981, p. *10 (11th Cir., August 21, 2023) (Lagoa, J.): «el uso de estos medicamentos en general —y mucho menos en el caso de los niños— no está “profundamente arraigado” en la historia y la tradición de nuestro país. Aunque hay registros de personas transgénero que no se ajustan al género en diversos momentos de la historia, los primeros usos registrados de medicamentos bloqueadores de la pubertad y tratamientos hormonales mixtos para tratar la discordancia entre el sexo biológico y la identidad de género de una persona no se produjeron hasta bien entrado el siglo XX». Es muy probable que esta cuestión acabe en el Supremo cuando surja el conflicto entre tribunales de apelación, lo que en el derecho norteamericano se conoce como *Circuit split*. De la aplicación discriminatoria de las leyes estadounidenses de igualdad a las entidades religiosas nos hemos ocupado en J. I. RUBIO LÓPEZ, «Libres e iguales ante la ley: Leyes estadounidenses de igualdad y su aplicación a las entidades religiosas», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (Iustel)*, n.º 65, 1-61 (2024); se trata de una ponencia pronunciada con ocasión de las XLIII Jornadas de Actualización Canónica del 3 al 5 de abril de 2024 en Madrid organizada por la Asociación Española de Canonistas y que, como viene sucediendo, será publicada en el volumen correspondiente de sus Actas.

¹²² Cfr. A. SCALIA, «Originalism: The Lesser Evil», *University of Cincinnati Law Review*, n.º 57, 849 (1989). Sobre la evolución de ese originalismo en Scalia, lo que Vermeule califica de paso del «original Scalia» al «evolved Scalia»: A. VERMEULE, «The Original Scalia», *Harvard Journal of Law & Public Policy Per Curiam*, n.º 2023, 2 (2023).

acertada en muchas ocasiones, entre ellas, esta que aquí nos ocupa en su oposición constante al aborto¹²³.

El caso es que, en la actual Corte Roberts (2005-...), podrían pasar por originalistas casi todos, según dijera Kagan en su proceso de confirmación en el Senado, o ciertas afirmaciones de la juez Jackson lo sugieren en ella¹²⁴. Aunque Sotomayor ciertamente no es originalista y el originalismo del resto no es uniforme. Ni el más fiel originalista Alito ni el iusnaturalista Thomas hubieran firmado jamás una sentencia como *Bostock v. Clayton County* (2020)¹²⁵ que, redactada por el textualista Gorsuch, se quiso revestir engañosamente de originalismo, a fin de surcar por sus aguas, siendo la suya una bandera distinta, como muy bien dijera Alito. Tal vez, de nuevo aquí, el pragmatismo del también originalista *Chief Justice* Roberts es lo que le llevó a votar con el ala liberal para defender lo indefendible, que la medida contraria a la discriminación sexual del Título VII de la *Civil Rights Act* en materia laboral contenía entonces —nótese que hablamos de 1964— la orientación sexual del trabajador y la condición de las personas transgénero.

Tal vez por eso mismo, porque el originalismo puede equivocarse en ocasiones al sucumbir a su intrínseca tentación positivista, hay autores en la academia que han tratado de corregir esa deriva, unos abogando por un constitucionalismo del bien común como el profesor de Harvard Adrian Vermeule, y otros por políticas del bien común como el profesor Michael Sandel, también de

¹²³ Cfr. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, pp. 532-537 (1989) (Scalia, J., concurring in part and concurring in the judgment); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, pp. 979-1002 (1992) (Scalia, J., dissenting). Lo mismo ocurrió con el caso del pretendido matrimonio entre personas del mismo sexo: *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, pp. 713-720 (2015) (Scalia, J., dissenting).

¹²⁴ En su proceso de confirmación del 2010, la juez Elena Kagan así se presentó como originalista y dijo que en el Tribunal lo eran todos («aplicamos lo que dicen (se estaba refiriendo a los *framers* de la Constitución), lo que pretendían hacer. Así que, en ese sentido, todos somos originalistas»), cfr. *The Nomination of Elena Kagan to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States* (S. Hrg. 111-1044), en <https://www.govinfo.gov/app/details/CHRG-111shrg67622>. Por su parte, la juez Ketanji Brown Jackson, en marzo de 2022, también dijo en su proceso ante el Comité Judicial del Senado que era originalista porque interpretaría la Constitución según el modo como se entendía en el momento de su adopción («examiné el texto para determinar qué significaba para quienes lo redactaron»), cfr. A. LIPTAK, *Justice Jackson Joins the Supreme Court, and the Debate Over Originalism*, 10 de octubre de 2022, en «New York Times», en <https://www.nytimes.com/2022/10/10/us/politics/jackson-alito-kagan-supreme-court-originalism.html>. Así no ha extrañado que Jackson haya recurrido a la historia en casos como *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, 143 S.Ct. 2141, pp. 2263-2279 (2023) (Jackson, J., dissenting), en el que ha dicho que «la historia habla. De alguna forma, se oye para siempre», pp. 2268. Pues sí, así es, aunque otra cosa es que tengamos las herramientas adecuadas para saber interpretarla correctamente, o —lo que, tal vez, es peor— carezcamos de los planos para entender cada una de las piezas de un mundo tan distinto y distante.

¹²⁵ *Bostock v. Clayton County*, GA, 140 S.Ct. 1731 (June 15, 2020). Cfr. J. I. RUBIO LÓPEZ, «Un barco pirata por aguas de Scalia: texto e interpretación. A propósito de *Bostock v. Clayton* (2020)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (Iustel)*, n.º 54, 1-41 (2020).

Harvard. Para el primero, en la tradición jurídica clásica, «los “derechos” claro que existen, pero no se definen de la manera esencialmente individualista, autónoma y libertaria en la que hoy se conocen. Al contrario, los “derechos” son corolarios de la justicia, cuyo objetivo constante es dar a cada uno lo que le es debido. *Ius* es lo que se debe a cada persona, y, en este sentido, pero solo en este sentido, incluye los derechos. En la tradición clásica, lo natural y lo positivo, de modo algo distinto, están incluidos en la ordenación más amplia de la ley al bien común»¹²⁶. Es esta tradición a la que apela Vermeule, y que aquí aprendimos del magisterio de Javier Hervada, la que habla del derecho como el objeto de la virtud de la justicia, de las normas (*regula iuris*) como su regla o acto segundo, unas reglas de razón frente a la violencia arbitraria de la sinrazón, en fin, no más que una «ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad», como nos enseñara Santo Tomás (STh I-II q. 90, art. 4)¹²⁷.

Y así, hablando del no nacido, la cosa justa es su vida, algo que tiene desde que es concebido, con un código genético propio y completo que nos permite identificarle como un miembro de nuestra especie, de modo que, como persona que es, pide ser respetado su derecho a vivir conforme a las razones expuestas, por quien tiene a su cuidado la comunidad, velando por el mantenimiento y crecimiento del bien común. Lo contrario sería imponer, con la fuerza del poder, la lógica arbitraria de la violencia que destruye el derecho.

4.2. Algunos ejemplos de protección jurídica del no nacido

Expuestos los argumentos favorables a la consideración personal del no nacido, a la espera de abordar los últimos en las conclusiones, quedan aún por ver algunos ejemplos en los que la vida e intereses del *nasciturus* sí se han considerado bienes protegidos, tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por el estadounidense, sea en materia civil o penal, en la consideración de estar ante un sujeto distinto de la mujer gestante. Un concebido ciertamente no necesita un pasaporte, ni su consideración como persona lo exige necesariamente¹²⁸, más

¹²⁶ Cfr. A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 4.

¹²⁷ Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona: Eunsa, 2001); *id.*, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico* (Pamplona: Eunsa, 2002). Esta defensa del realismo jurídico clásico se ha convertido en una seña de identidad de los juristas y canonistas de la escuela jurídica de Navarra.

¹²⁸ El hecho de plantearse, de modo general, la necesidad de reconocer su nacionalidad antes del nacimiento ya era un síntoma elocuente de hasta donde había llegado el discurso en quienes negaban que el ordenamiento jurídico debiera reconocerles como personas a los no nacidos: C. N. CHATMAN, «If a Fetus is a Person, It Should get Child Support, Due Process, and Citizenship», *Washington & Lee Law Review*, n.º 76, 1, pp. 6-7 (2020). Pero sucede exactamente lo mismo en quienes alertan de las perniciosas consecuencias que el reconocimiento de la personalidad fetal supondría en otros órdenes como los de la fecundación artificial in vitro (FIV): J. FWILLD, «Beyond Abortion: Why the Personhood Movement implicates Reproductive Choice», *American Journal of*

allá de ciertos casos como abortos o lesiones contra el no nacido en el extranjero, pero sí se puede encontrar ante situaciones en las que se le debe defender por verse amenazadas su integridad o expectativas. A los supuestos clásicos de sucesiones y donaciones, podrían añadirse otros como la obligación económica que podría imponerse al padre durante la gestación en casos de necesidad de la madre¹²⁹, o algunos más que pudieran surgir en un futuro no tan lejano (desde la fecundación artificial e investigación genética a la criogenización, con los problemas ya presentes de manipulación y producción de seres humanos, de eliminación de embriones sobrantes, o de reconocimiento de derechos sin otra base que el puro deseo).

4.2.1. *En materia penal*

Comenzando por nuestra legislación, el artículo 144 del Código penal tipifica el delito de aborto cuando se produce sin el consentimiento de la mujer. Lo hace en el Título II del Libro II entre el homicidio y las lesiones, dentro de la sección relativa a lo que siempre fueron considerados como delitos contra las personas. Está sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años, sufriendo las mismas penas quienes practicasen el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño. Los Títulos IV y V de ese mismo Libro II tratan respectivamente de las lesiones al feto y los delitos relativos a la manipulación genética. En el primer caso, se castiga con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años, a quien causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica (artículo 157). Y el artículo siguiente castiga con pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses los mismos hechos, pero mediando imprudencia grave (artículo 158). Por su parte, el artículo 159 castiga con la pena de prisión de dos

Law and Medicine, n.º 39, 573 (2013); G. LETTERIE – D. FOX, «Legal Personhood and frozen embryos: implications for fertility Patients and Providers in post-Roe America», *Journal of Law and Biosciences*, n.º 10, 1 (2023); C. SOOHOO, «An Embryo is not a Person: Rejecting Prenatal Personhood for a more Complex View of Prenatal Life», *ConLawNOW*, n.º 14, 81 (2023); K. L. MACINTOSH, «Dobbs, Abortion Laws, and In Vitro Fertilization», *Journal of Health Care Law and Policy*, n.º 26, 1 (2023); C. SCHAFFER, «In Vitro Fertilization After Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization: The Best Interest of the “Embryo”», *Children’s Legal Rights Journal*, n.º 43, 72 (2023). Todo el debate surgido tras la sentencia del Tribunal Supremo de Alabama de 16 de febrero de 2024 al considerar personas a los embriones congelados durante el proceso de FIV es una buena prueba de lo que decimos. De este caso nos ocuparemos más tarde.

¹²⁹ Cfr. T. THORNTON, «Opposing Viewpoints. The Unborn Child Support Act: Support for Expecting Mothers or Pro-Fetus Personhood Act», *Children’s Legal Rights Journal*, n.º 43, 82 (2022).

a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años, a quien manipule genes humanos de modo que altere su genotipo, con otra finalidad que la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves.

Si pasamos ahora a los Estados Unidos, después de *Dobbs*, el aborto hoy, a primeros de mayo de 2024, está prohibido en catorce Estados de la Unión (Alabama, Arkansas, Idaho, Indiana, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas y West Virginia). Eso sí, en todos estos Estados el aborto es posible cuando corriera peligro la vida física de la madre, como eximente de estado de necesidad. En nueve Estados (Alabama, Arkansas, Kentucky, Louisiana, Missouri, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, y Texas) no se contemplan excepciones para los casos de violación o incesto, mientras que en Idaho y West Virginia sí son posibles, al igual que en North Dakota, aunque aquí solo durante las primeras seis semanas, y en Mississippi está prevista una exención para el caso de violación, pero no de incesto. A partir de la sexta semana de gestación no es posible abortar ni en Georgia (su Tribunal Supremo levantó la suspensión que pesaba sobre la *heartbeat bill* estatal en noviembre del 2022, mientras estuviera en apelación, habiéndose discutido el caso a finales de marzo de 2023 y resolviendo el caso en octubre a favor de la ley de 2019, LIFE Act, HB 481)¹³⁰, ni en South Carolina (su Tribunal Supremo, el 23 de agosto, levantó la suspensión de una ley estatal similar de mayo de 2023)¹³¹, ni en Florida (el Tribunal Supremo de este Estado discutió la validez de la ley que limitaba el aborto a las 15 semanas el 8 de septiembre de 2023, fallando a favor de ella el 1 de abril de 2024 (Case No. SC2022-1050), mientras que su gobernador DeSantis había firmado el 13 de abril de 2023 una *heartbeat bill* (SB 300) que prohibía el aborto a partir de la sexta semana y que entró en vigor el 1 de mayo de 2024), a partir de la semana 12 en Nebraska y North Carolina, de la 15 en Arizona (su Tribunal Supremo se pronunció el 9 de abril de 2024 (Case No. CV-23-0005-PR) a favor de la validez de una ley de 1864 que prohibía el aborto en ese Estado salvo en caso de peligro para la vida de la madre, pero el voto favorable de dos senadores republicanos llevó a la aprobación de una nueva ley (HB 2677) que derogaba aquella del siglo XIX, aunque disponía su entrada en vigor 90 días después del fin de la sesión legislativa y en noviembre está previsto someter a referéndum el derecho al aborto antes de la viabilidad del no nacido), o de la 18 en Utah. Antes de la semana 22 es posible el aborto en Iowa, como antes de la viabilidad del no nacido en Montana y Wyoming; en estos tres Estados las leyes que prohibían el aborto antes de esos límites se encuentran bloqueadas judicialmente. Pues bien, en el otro lado, se

¹³⁰ Cfr. *State of Georgia v. Sistersong Women of Color Reproductive Justice*, Case No. S23A0421 (GA, October 24, 2023), en <https://cases.justia.com/georgia/supreme-court/2023-s23a0421.pdf?ts=1698150761>.

¹³¹ Cfr. *Planned Parenthood South Atlantic et al. v. State of South Carolina et al.*, Case No. 2023-000896, 2023 WL 5420648 (SC, August 23, 2023).

encuentran los Estados en los que el aborto es legal: en Alaska y Washington DC sin límite gestacional, lo mismo que en Colorado, Minnesota, New Jersey, New México, Oregon, y Vermont, con nuevas protecciones del derecho al aborto en estos seis Estados; en New Hampshire hasta la semana 24, como en Massachusetts, Nevada y Pennsylvania, tres Estados en los que se ha protegido especialmente el derecho al aborto; en Kansas, Ohio (tras el referéndum de noviembre de 2023 favorable al aborto) y Wisconsin¹³² hasta la semana 22; y en Virginia antes de la viabilidad, como también en el resto de los Estados, aunque ya con nuevas protecciones (California, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Maine, Maryland, Michigan, New York, Rhode Island, y Washington)¹³³.

Pero además de estas prohibiciones o restricciones estatales sobre el aborto, en los Estados Unidos nos encontramos con otras dos clases de leyes que revelan claramente la condición personal del no nacido: unas castigan el feticidio, y las otras aseguran el tratamiento digno de los restos fetales. Es evidente que el reproche que merece la muerte del no nacido y la exigencia de un trato conforme a su dignidad es algo que depende de la consideración que se tenga de ese no nacido. Si no fuera persona no merecería esa especial atención, ni su muerte sería objeto de especial regulación, ni se tendrían que disponer de los restos de ese material de modo distinto al que recibe cualquier otro deshecho orgánico. Al no ser este el caso, se está apuntando a la naturaleza personal del *nasciturus*. Y este es el problema. Mientras que unos no reconocen al no nacido como un sujeto o ser humano distinto de la madre, sino un apéndice de esta sobre el que tiene poder de decisión, pudiendo la gestante desprenderse de lo que le causara un problema (económico, psicológico, o de otro orden) en un momento dado, para otros, estamos ante un ser humano con la dignidad debida a esa condición, no se trataría entonces de un conjunto de células, sino de un sujeto que pide ser tratado como los demás de su especie, de ahí la reacción que sigue suscitando en la gente algunos hechos relativos al aborto cuando se percibe, por ejemplo, un interés mercantil.

Por lo que respecta a las leyes estatales que castigan el feticidio, algunos Estados también han intervenido protegiendo especialmente la vida del *nasciturus* en los atentados contra ella, velando así por su integridad física. En junio de

¹³² En el caso de Wisconsin se despejaron las dudas que existían en diciembre de 2023. El fiscal general demócrata de este Estado había impugnado el 28 de junio de 2022 la validez de una antigua ley de 1849 que había entrado en vigor con *Dobbs*. El 7 de julio de 2023, una juez estatal ordenó la suspensión preliminar de esa ley en *Kaul et al. v. Kapenga*, Case No. 2022-cv-1594 (WI, Cir. Ct., July 7, 2023), siendo en diciembre de 2023 cuando resolvió este tribunal que la ley impugnada no era aplicable. Si esa sentencia fuera recurrida al Supremo estatal, este tiene ahora mayoría liberal. «Planned Parenthood», que había suspendido sus operaciones, anunció el 14 de septiembre que las reanudaría el lunes 18 de este mes.

¹³³ Cf. NEW YORK TIMES, NYT, *Tracking Abortion Bans Across the Country*, 1 de mayo de 2024, en <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>.

2021¹³⁴, 37 Estados tenían leyes que incluían a los no nacidos como víctimas de homicidio, son las «State Fetal Homicide laws» bajo enunciados diversos como «Fetal Protection Act», «Preborn Victims of Violence Act» o «Unborn Victim of Violence Act». A éstos habría que añadir el caso de Massachusetts que, sin tener una ley en ese sentido, la jurisprudencia de su Tribunal Supremo sí contemplaba ese supuesto desde los años ochenta del siglo pasado¹³⁵, por lo que normalmente se decía que este tipo penal estaba en 38 Estados. Solo Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Iowa, New Jersey, New Mexico, New York, Maine, Oregon, Vermont y Wyoming carecían de esa clase de legislación. En el caso de New York, la *Reproductive Health Act* (RHA) del 2019 (A 21, S 240), tras hacerse los demócratas con el control del Senado de este Estado en las elecciones del 2018, eliminó el homicidio fetal de su código penal. Asimismo, 9 de esos 38 Estados (California, Maryland, Massachusetts, Montana, Nevada, New Hampshire, Rhode Island, Virginia y Washington) tenían leyes que tipificaban el feticidio, pero solo en los últimos estadios del embarazo. Y en los 27 restantes¹³⁶ se aplicaba durante todo el tiempo del embarazo, o bien durante «cualquier momento de la gestación o desarrollo», o desde la «concepción», o a partir de la «fecundación o post fecundación». Por ejemplo, en Indiana, el proyecto de ley (SB 203) de 2018 incluyó la muerte del no nacido «en cualquier momento de su desarrollo», antes por tanto del límite de su viabilidad como, en cambio, figuraba en la redacción anterior. Claro que esa ley no se aplicaría ni en el caso del aborto legal ni a la mujer que se provocara un aborto. Algo parecido ocurrió en Oklahoma donde el proyecto de ley (SB 13) de 2019 buscaba añadir el aborto a las leyes que castigan el homicidio, con pena de cárcel a los médicos que lo procuren¹³⁷. En

¹³⁴ Cfr. NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES NCSL, *State Laws on Fetal Homicide and Penalty – Enhancement for Crimes Against Pregnant Women*, en <http://www.ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx>. Esta página fue consultada el 1 de junio de 2021, no existiendo en la actualidad; hasta el 2018 pueden consultarse también en <https://www.ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx>. El último artículo sobre este tema se remonta al 2016: L. J. NELSON, «A Crisis for Women’s Rights? Surveying Feticide Statutes for Content, Coverage, and Constitutionality», *University of Denver Criminal Law Review*, n.º 6, 63 (2016); y M. B. FLEMING, «Feticide Laws. Contemporary Legal Applications and Constitutional Inquiries», *Pace Law Review*, n.º 29, 43 (2008).

¹³⁵ Cfr. *Commonwealth v. Cass*, 392 Mass. 799, 467 N.E.2d 1324 (MA, August 16, 1984) y *Commonwealth v. Lawrence*, 404 Mass. 378, 536 N.E.2d 571 (MA, March 20, 1989).

¹³⁶ Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia y Wisconsin.

¹³⁷ Cfr. *Abortion, Creating the Abolition of Abortion in Oklahoma Act* (SB 13), Section 2: «Es la intención de la Legislatura proporcionar a los niños por nacer la protección igualitaria de las leyes de este Estado; establecer que un niño humano vivo, desde el momento de la concepción en la fusión de un espermatozoide con un óvulo, tiene derecho a los mismos derechos, poderes, privilegios, justicia y protecciones que las leyes de este Estado garantizan o conceden a cualquier otra persona humana; y considerar nulas y sin efecto todas y cada una de las leyes federales, reglamentos, órdenes ejecutivas y sentencias judiciales que priven a un no nacido del derecho a la vida».

otro orden de cosas, al menos ocho Estados (Colorado, Connecticut, Delaware, Iowa, Maine, New Mexico, Oregon y Wyoming) tenían leyes que penalizaban los crímenes contra las mujeres embarazadas.

Pasemos ahora al tratamiento de los restos fetales. En este caso, como en el anterior, las iniciativas legales descansaban en la convicción de la naturaleza personal del no nacido y de su dignidad humana. Si se exigiera un trato digno a esos restos fetales (por vía de cremación o entierro), se estaría reconociendo la especial condición del no nacido, lo que afectaría, más pronto que tarde, al derecho de la mujer a procurarse un aborto. Pero entonces, sin derecho de elección de la mujer, no habría posible conflicto de derechos, de modo que, ante el derecho a la vida del no nacido, único en juego, las clínicas cerrarían y los médicos que practicaran abortos perderían sus licencias, pudiendo ser acusados de un delito. Veamos dos ejemplos de estas iniciativas legales en los Estados de Indiana y Texas.

En Indiana, antes de la ley (HEA 1337) de 2016, si la mujer decidía que fuera el centro el que se ocupara de los restos del feto, ese abortorio debía enterrar o incinerar el material del mismo modo que hacía con otros residuos, sirviéndose normalmente para ello de un tercero contratado, y entendiéndose por esos restos, los tejidos, órganos, partes del cuerpo, sangre o fluidos corporales extraídos durante las intervenciones médicas y quirúrgicas. Ahora, la nueva normativa exigía que la clínica o centro que tuviera un feto abortado se deshiciera de él cumpliendo la licencia prevista en los casos de traslado de un cuerpo para ser enterrado (*burial transit permit*). Sustancialmente lo que la nueva normativa pedía era que esos restos fueran tratados de la misma manera que los demás restos humanos¹³⁸. De este modo, Indiana quería evitar la compraventa de esos restos; este era su legítimo y racional interés estatal. Esto afectaba doblemente a los centros de «Planned Parenthood»: primero, porque ya no podían servirse de terceros para esa labor, perdiendo dinero con ello; y segundo, tal vez aún más importante para ellos que lo anterior, porque enviaba un mensaje sobre la condición personal del feto asentada en la dignidad de todo ser humano, algo que comprometía su rentable negocio hasta el punto de hacerlo desaparecer algún día.

Por eso, esas medidas legales fueran denunciadas inmediatamente, declarándolas nulas un primer tribunal federal de distrito y, en apelación, el séptimo circuito¹³⁹, pues ni el interés estatal se consideraba legítimo, ni la media adoptada

en <https://legiscan.com/OK/text/SB13/id/1826987>. El proyecto no prosperó y murió en el Senado a las pocas semanas de haber sido presentado.

¹³⁸ Cfr. «An Act to amend the Indiana Code concerning health», House Enrolled Act, HEA 1337, *Public Law*, 213 (2016), en <https://iga.in.gov/pdf-documents/119/2016/house/bills/HB1337/HB1337.05.ENRS.pdf>.

¹³⁹ Cfr. *Planned Parenthood of Indiana & Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Department of Health*, 265 FSupp.3d 859, pp. 869-872 (SD IN, September 22, 2017) (Pratt, J.);

estaba racionalmente referida a ese interés. El caso es que esta solución parecía entrar en contradicción con una sentencia del octavo circuito¹⁴⁰, lo que ayudó primero a solicitar la reapertura del caso ante el tribunal de apelación en pleno y, tras su rechazo, al recurso de apelación ante el Supremo, pidiéndole que se pronunciara sobre la cuestión de si un Estado podía exigir a los centros de salud tratar los restos fetales del mismo modo que otros restos humanos, enterrándolos o incinerándolos.

Así fue como el Tribunal Supremo, en *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.* (2019)¹⁴¹, dijo que el Estado de Indiana podía regular como quisiera una cuestión como esta que no implicaba una carga injusta (*undue burden*) sobre el derecho de la mujer a obtener un aborto, quedando entonces sometida la ley estatal al examen racional menos riguroso o más deferencial (*rational basis test*)¹⁴². En contra del séptimo circuito, el Supremo reconoció que el interés estatal era legítimo y que la medida adoptada estaba racionalmente referida a ese interés estatal, dejando claro que no se pronunciaba sobre el *undue burden test* de *Casey*¹⁴³. La juez Sotomayor hubiera rechazado sin más el escrito de apelación¹⁴⁴ y su correligionaria Ginsburg aprovechó la ocasión que se le brindaba para rechazar el recurso que hacía el Tribunal al examen racional cuando estaba implicado el derecho de la mujer a obtener un aborto sin ninguna interferencia estatal¹⁴⁵. Esta juez veía con claridad el peligro que este tipo de exigencias suponía para el edificio entero del aborto. Pero Indiana no fue el único caso en tratar el asunto de los restos fetales.

Otro ejemplo fue Texas. En el año 2016, su comisión estatal de salud propuso unas reglas muy similares a las de Indiana con la intención de que entraran en vigor el 18 de diciembre en todos los hospitales o centros de salud del Estado¹⁴⁶, pero un tribunal federal de distrito lo impidió, al entender que la normativa era imprecisa y que, además, violaba el criterio de la carga injustificada (*undue burden*) establecido por el Supremo¹⁴⁷. Fue entonces cuando Texas aprobó un proyecto de ley (SB 8) al año siguiente, en junio de 2017, por el que se creaba un nuevo capítulo en su código estatal, el Capítulo 697. Este capítulo definía ahora, como

Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Department of Health, 888 F.3d 300, pp. 307-310 (7th Cir., April 19, 2018) (Bauer, J.).

¹⁴⁰ Cfr. *Planned Parenthood of Minnesota v. Minnesota*, 910 F.2d 479, pp. 484-488 (8th Cir., August 2, 1990) (Lay, C. J.).

¹⁴¹ *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, 139 S.Ct. 1780 (May 28, 2019).

¹⁴² Cfr. *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, 139 S.Ct. 1780, pp. 1781-1782 (*Per Curiam*).

¹⁴³ Cfr. *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, p. 1782 (*Per Curiam*).

¹⁴⁴ Cfr. *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, p. 1782 (Sotomayor, J.).

¹⁴⁵ Cfr. *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, p. 1793 (Ginsburg, J., *concurring in part and dissenting in part*).

¹⁴⁶ Cfr. *Definition, Treatment, and Disposition of Special Waste from Health Care-Related Facilities*, 25 TAC §§ 1.132-1.137, en 41 TexReg 9709-9741, 9 de diciembre de 2016.

¹⁴⁷ Cfr. *Whole Women's Health v. Hellerstedt*, 231 F.Supp.3d 218 (WD TX, January 27, 2017).

nueva categoría de tejido, los restos de los embriones y fetos (*embryonic and fetal tissue remains*, EFTR), entendiendo por tales «los embriones, fetos, partes de su cuerpo u órganos de un embarazo que acaba en la muerte del embrión o feto y para los que no hay necesidad legal de firmar un certificado de muerte fetal» y se decía también que esa expresión «no incluía el cordón umbilical, la placenta, el saco gestacional, sangre o fluidos corporales», Texas Health & Safety Code § 697.002(3). Según esta normativa, el centro de salud sería el encargado de enterrar o incinerar esos EFTR (§ 697.004(a)) y, en este último caso, enterrar o esparcir las cenizas del modo previsto por la ley para los restos humanos, pero no en ningún depósito sanitario de residuos biológicos (§ 697.004(b)). De incumplir esta normativa, se podría proceder a la suspensión o revocación de la licencia del centro de salud, a la imposición de una sanción de 1000 dólares por cada violación, así como el pago de los gastos ocasionados al Estado por hacer cumplir su normativa a través de la correspondiente demanda (§ 697.007-697.008). Con todo esto se quería «expresar el profundo respeto del Estado por la vida del no nacido, ofreciendo un trato digno de los restos del embrión y de su tejido fetal» (§ 697.007.1).

El caso es que la ley fue anulada en *Whole Women's Health v. Smith* (2018)¹⁴⁸, por violar las dos garantías constitucionales del *due process* y de la *equal protection* de la Decimocuarta enmienda. Por lo que a la primera se refiere, la ley no concedía beneficios suficientes como para justificar los límites impuestos, estableciendo así un obstáculo sustancial en el camino de las mujeres que buscaban un aborto antes de la viabilidad del feto. El tribunal no se atrevió a decir que el Estado no tuviera un válido interés, consciente como era de los argumentos existentes a favor y en contra, así como de la discrepancia entre el séptimo y octavo circuito¹⁴⁹. De este modo, el tribunal pasó a evaluar los intereses en juego, en una operación que tuvo en cuenta los posibles beneficios y límites. Como beneficio, no encontró otro que el del respeto a la dignidad de los restos del no nacido, pero aquí no creyó que fuera muy claro ese criterio cuando lo que podía ser digno para unos no lo era para otros, o cuando la mujer en su casa podía deshacerse de los restos del no nacido de un modo que no les era permitido a los centros de salud. Mientras tanto, la ley imponía dos límites sobre la elección de la mujer al imponer esas cargas sobre los centros de salud y al respaldar una visión concreta de la vida humana¹⁵⁰. Por otra parte, en relación con la garantía de igual protección, este tribunal indicó que la ley también trataba de forma dispar a estas clínicas de otras en similar posición, como las de fecundación *in vitro*, para las que no se exigían esas medidas, y sin que ese trato dispar fuera racionalmente referido a un interés legítimo¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Whole Women's Health v. Smith*, 338 F.Supp.3d 606 (WD TX, September 5, 2018).

¹⁴⁹ Cf. *Whole Women's Health v. Smith*, 338 F.Supp.3d 606, pp. 623-627 (Ezra, J.).

¹⁵⁰ Cf. *Whole Women's Health v. Smith*, pp. 627-636 (Ezra, J.).

¹⁵¹ Cf. *Whole Women's Health v. Smith*, pp. 638-642 (Ezra, J.).

Por último, en relación con la donación de tejido fetal y su investigación, la *Uniform Anatomical Gift Act* (UAGA) de 1968, con sus diversas actualizaciones de 1987 y 2006, corregida en el 2009¹⁵², buscaba armonizar las diversas iniciativas estatales en la materia. Así, los Estados de la Unión que la han suscrito están obligados por ella, además de contar muchos de ellos con su propia legislación. Pues bien, esa donación de tejido fetal es posible en un total de 38 Estados más DC, en otros 12 también está autorizada por ley estatal (Florida, Iowa, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missouri, Nebraska, New Mexico, North Carolina, South Dakota, Washington y Wisconsin), 12 más tienen prohibido lucrarse por esa donación (Arkansas, California, Colorado, Illinois, Indiana, Missouri, Nevada, New Jersey, Kansas, Texas, Georgia y North Carolina), en 8 es preceptivo el consentimiento de la mujer antes de la donación (Arkansas, California, Kansas, Massachusetts, Michigan, Tennessee, Pennsylvania y Rhode Island), y en otros 5 queda prohibida la investigación de tejido fetal (Indiana, North Dakota, Ohio, Oklahoma y South Dakota). Tres Estados regulan esta cuestión en los abortos de fetos viables: Kentucky para prohibir experimentos con ese tipo de tejido fetal; y los Estados de Nebraska y Wyoming para prohibir regalar, vender, transferir o distribuir ese tejido¹⁵³.

En todo caso, lo ocurrido con la divulgación de vídeos en los años 2015 y 2016, arrojando sospechas de negocio por parte de ciertas clínicas de «Planned Parenthood», es lo que hizo extremar las cautelas en esta cuestión de la donación de material o tejido fetal, eliminando cualquier ánimo de lucro y permitiendo aquellos casos útiles desde un punto de vista de la ciencia médica. Así fue como la administración Trump, el 5 de junio de 2019, por medio de su Departamento de Salud, dijo que no habría más fondos federales para investigación con tejido fetal extraído de abortos provocados, rescindiendo así un contrato del 2013 con la Universidad de California y ordenando a la agencia «National Institutes of Health (NIH)» que no empleara más esa clase de tejido, al tiempo que animaba a buscar otras alternativas¹⁵⁴. Se creó entonces una Junta ética para revisar el apoyo del gobierno a la investigación en las universidades y en otros laboratorios. En la única vez que se reunió, esa Junta rechazó la casi totalidad de los proyectos presentados. La administración Biden hizo saber en abril de 2021 (NIH, NOT-OD-21-111, April 16) que no exigiría más la revisión de los proyectos que emplearan tejido fetal humano procedente de abortos provocados por parte de esa Junta asesora de ética, no siendo más convocada. La NIH también apro-

¹⁵² Cfr. *Uniform Anatomical Gift Act* of 2006, en <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=015e18ad-4806-4dff-b011-8e1ebc0d1d0f>.

¹⁵³ Cfr. GUTTMACHER INSTITUTE, *State Laws on Fetal Tissue Donation and Research*, 15 de enero de 2016, en <https://www.guttmacher.org/infographic/2016/state-laws-fetal-tissue-donation-and-research>.

¹⁵⁴ Cfr. US DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES (HHS), *Statement from the Department of Health and Human Services*, 5 de junio 2019, en <https://public3.pagefreezer.com/browse/HHS.gov/31-12-2020T08:51/https://www.hhs.gov/about/news/2019/06/05/statement-from-the-department-of-health-and-human-services.html>.

vechó esta ocasión para recordar a la comunidad investigadora de la necesidad de obtener el consentimiento informado del donante para cualquier investigación financiada por ellos en la que se utilizara tejido fetal humano (NOT-OD-16-033), y que se mantendría también la obligación de llevar a cabo dicha investigación únicamente de acuerdo con las leyes y reglamentos federales, estatales o locales aplicables, incluidas las prohibiciones del pago de una contraprestación valiosa por dicho tejido¹⁵⁵.

4.2.2. *En el ámbito civil*

Pasando ahora al derecho privado, nuestro Código civil reconoce los derechos sucesorios de los no nacidos en los artículos 959 al 967, con la suspensión de la división de la herencia hasta que se verifique el parto (artículo 966). Asimismo, el artículo 627 del Código dispone la posibilidad de realizar donaciones a favor de los no nacidos que serían aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado su nacimiento. Y el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 reconoce al concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables, su legitimación procesal.

Por su parte, en los Estados Unidos, los no nacidos también pueden recibir herencias y beneficiarse de donaciones¹⁵⁶, según el régimen legal previsto en cada uno de los cincuenta Estados de la Unión. El derecho de familia y sucesiones es derecho estatal. Bien, las cosas no son muy diferentes que en nuestro derecho. En síntesis, por lo que se refiere a los derechos sucesorios, el derecho norteamericano descansa en el principio de la voluntad soberana del testador que es quien debe disponer de sus bienes como mejor le plazca. En ausencia de testamento (sucesión intestada, *intestacy*), un tribunal designará entonces el administrador de esa masa patrimonial que deja el difunto, bienes sujetos al régimen jurídico que sea. Aquí los Estados prevén un triple régimen patrimonial: el propio del *common law* (el derecho consuetudinario vigente en la mayoría de Estados, en concreto, en 38 de estos, será el que disponga el destino de los bienes, siendo aquí el titular de los bienes el difunto); el llamado *community property*, vigente en 10 Estados, vendría a ser nuestro régimen común de bienes gananciales en el que los esposos tienen los bienes al 50%; y tres Estados (Alaska, Tennessee y Kentucky) se rigen por un sistema de elección de gananciales

¹⁵⁵ Cfr. NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH), *Update on Changes to NIH Requirements Regarding Proposed Human Fetal Tissue Research*, Notice Number: NOT-OD-21-111, 16 de abril de 2021, en https://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/NOT-OD-21-111.html?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter.

¹⁵⁶ Estas cuestiones de derecho civil vienen agrupadas en el derecho norteamericano bajo la rúbrica genérica de *Wills, Trusts, and Estates*, es decir, testamentos, fideicomisos y herencias, y *Property Law* en el caso de donaciones o regalos. Buenos manuales son los de los profesores Stikoff de Harvard y Dukeminier de la UCLA en el primero de los casos: R. H. SITKOFF – J. DUKEMINIER, *Wills, Trusts, and Estates* (New York: Wolters Kluwer, 2022); y el de este último profesor con otros en el segundo caso: J. DUKEMINIER *et al.*, *Property* (New York: Wolters Kluwer, 2022).

(*elective community property*). Pues bien, para lo que aquí nos interesa, en cada uno de estos sistemas los intereses de los hijos no nacidos quedan protegidos. Existe una ley común en muchos Estados que regula la herencia de los hijos póstumos: la «Uniform Parentage Act (UPA) de 2002». En los Estados en los que no se aplica esta ley es porque tienen una normativa propia similar. En general, los no nacidos tienen derecho a participar en la herencia de sus padres considerando que existen en el momento del fallecimiento del causante, previa solicitud del padre superviviente que deberá probar la intención del difunto. Hay Estados en los que incluso podrían heredar los concebidos después de la muerte del difunto (FIV), si consta por escrito que este permitió al superviviente utilizar su material genético y si la fecundación sucede dentro de un plazo de tiempo determinado.

Por su parte, el derecho norteamericano en materia de donaciones también viene fijado por el código civil de cada Estado. En general, puede decirse que para el caso de las donaciones *inter vivos* el no nacido debe estar en el útero en el momento de la donación, mientras que en el caso de las *mortis causa* el no nacido debe estar en el útero al tiempo del fallecimiento del testador. En ambos casos, la donación solo surtirá efecto si el niño nace vivo.

Finalmente, el Supremo de Alabama reconoció en febrero de 2024 que los embriones congelados en los procesos de FIV (fuera del útero materno, por tanto) son personas a los efectos de responsabilidad civil, pudiendo sus padres ser compensados por el daño punitivo causado en el caso de su destrucción, estando así incluidos en la esfera de protección de la ley estatal de 1975, la *Wrongful Death of a Minor Act*. De este modo, en *LePage v. Center for Reproductive Medicine, P.C.* (2024)¹⁵⁷, siete jueces no admitieron la excepción no escrita a dicha ley para los embriones fuera del útero, algo que pretendían los demandados porque, en otro caso, el proceso de FIV sería muy costoso al no poder deshacerse de los embriones congelados sobrantes, en la medida en que, como hijos que eran en el sentido de esa ley, podrían recibir sus padres los beneficios que la misma les concedía. Dos jueces votaron en contra de esta interpretación, aunque uno de ellos concurriera solo parcialmente en el resultado. Para la mayoría de esos siete jueces, la ley era clara e incluir tal excepción no era algo que les correspondiera a ellos, sino al legislativo, si es que este deseara hacerlo. Para estos jueces, el texto de la ley: «era amplio e incondicional. Se aplica a todos los niños, nacidos y por nacer, sin limitaciones. No es el papel de este Tribunal crear una nueva limitación basada en nuestra propia visión de lo que es o no es una política pública sensata. Esto es especialmente cierto cuando, como en este caso, el pueblo de este Estado ha adoptado una enmienda constitucional dirigida directamente a impedir que los tribunales excluyan la “vida no nacida” de la protección legal»¹⁵⁸. Tras esta sentencia, el sistema sanitario de la Universidad de

¹⁵⁷ *LePage v. Center for Reproductive Medicine*, SC-2022-0515; SC-2022-0579 (AL, February 16, 2024).

¹⁵⁸ *LePage v. Center for Reproductive Medicine*, SC-2022-0515; SC-2022-0579, p. *22 (Mitchell, J.).

Alabama en Birmingham anunció que suspendería los procedimientos de FIV ante las posibles acciones civiles y penales que pudiera sufrir, mientras que se introdujo en el legislativo estatal un proyecto de ley que protegiera esa FIV (HB 225), al tiempo que el candidato republicano Trump se apresuró a mostrar su apoyo a esta clase de procesos de fecundación en todos los Estados¹⁵⁹.

Fue el *Chief Justice* Parker el que, con el tenor de su voto particular, provocó una reacción mayor al reconocer la santidad de la vida humana y su fundamento teológico mediante un detallado estudio histórico, bíblico y teológico de esta cuestión. Parker dijo que: «La Constitución de Alabama no define expresamente la frase “santidad de la vida por nacer”»; «El artículo 36.06 reconoce específicamente la inviolabilidad de la vida por nacer. No obstante, la expresión “inviolabilidad de la vida del nonato” implica los mismos términos y conceptos que la expresión más amplia y común “inviolabilidad de la vida”. Por lo tanto, la historia y el significado de la expresión “inviolabilidad de la vida” determinan nuestra interpretación de la expresión “inviolabilidad de la vida del nonato” tal como se utiliza en el § 36.06»; «En resumen, la visión teológicamente fundamentada de la santidad de la vida adoptada por el Pueblo de Alabama abarca lo siguiente: (1) Dios hizo a cada persona a su imagen; (2) por lo tanto, cada persona tiene un valor que excede con mucho la capacidad de cálculo de los seres humanos; y (3) la vida humana no puede ser destruida injustamente sin incurrir en la ira de un Dios santo, que considera la destrucción de su imagen como una afrenta a sí mismo. La Sección 36.06 reconoce que esto es cierto tanto para la vida humana no nacida como para el resto de la vida humana: que incluso antes de nacer, todos los seres humanos llevan la imagen de Dios, y sus vidas no pue-

¹⁵⁹ Cfr. A. BETTS, *Health System Pauses I.V.F. in Alabama*, 22 de febrero de 2024, p. A10, en «New York Times», en <https://www.nytimes.com/2024/02/21/us/university-alabama-birmingham-ivf-embryo-ruling.html>. Esto llevó a que tanto el legislativo de Alabama, por lo impopular de la sentencia judicial y la presión de los medios, como el candidato republicano a la presidencia Donald Trump, ante el temor de coste político que esa decisión pudiera tener en las próximas elecciones de noviembre, quisieran confirmar su apoyo a los tratamientos de FIV, algo que la sentencia del Supremo de Alabama no es que cuestionara directamente: E. MEDINA & E. COCHRANE, *Lawmakers in Alabama Move to Protect I.V.F.*, 24 de febrero de 2024, p. A1, en «New York Times», en <https://www.nytimes.com/2024/02/23/us/politics/alabama-ivf-treatment-law.html>; J. WEISMAN, *Trump Says He Supports I.V.F. and Calls for Treatment to Remain Legal*, 23 de febrero de 2024, en «New York Times», en <https://www.nytimes.com/2024/02/23/us/politics/trump-supports-ivf-treatment.html>. El proyecto de ley HB 225, presentado en Alabama el 22 de febrero de 2024, decía en su sección 1: «Cualquier óvulo humano fertilizado o embrión humano que exista en cualquier forma fuera del útero de un cuerpo humano no se considerará, bajo ninguna circunstancia, un niño no nacido, un niño menor, una persona física, o cualquier otro término que connote un ser humano para cualquier propósito bajo la ley estatal», en <https://www.legislature.state.al.us/pdf/SearchableInstruments/2024RS/HB225-int.pdf>. Por su parte, el comité electoral republicano urgía en esa misma dirección, advirtiendo de que «era imperativo que nuestros candidatos se alineen con el apoyo abrumador del público a la FIV y a los tratamientos de fertilidad», en <https://static01.nyt.com/newsgraphics/documenttools/783662215552db84/1bd4d1a7-full.pdf>. Una vez más, por desgracia, la cuestión de la vida se supeditaba al coste político que pudiera tener su defensa.

den ser destruidas sin borrar su gloria»¹⁶⁰. Como cabía esperar, la prensa liberal se le echó encima del mismo modo que antes hiciera con los jueces Alito y Thomas en *Dobbs*¹⁶¹. En todo caso, la opinión del *Chief Justice* Tom Parker nos permite entrar en la última clase de argumentos en defensa de la personalidad del no nacido, los teológicos.

5. Conclusión: persona es su nombre

*Me llamaste nadie, cuando quería que me conocieran... ¿Quién cantará mi canción? Letras de lugares lejanos y rostros invisibles. ¿Quién será mi voz?... ¿Quién salvará mi vida? Mi vida no es una elección...*¹⁶². Con relativa frecuencia el lenguaje poético sabe conectar con la realidad mejor que la prosa y, así, estos pocos versos evidencian, en toda su crudeza, el terrible drama que supone el aborto. Al final, la cuestión es que, a los no nacidos, antes de dejarles sin vida, se les priva de sus nombres, rostros y voces. La misma estrategia de despersonalización de siempre. Nada nuevo.

El término persona, en referencia al no nacido, fue empleado trece veces en la opinión del Tribunal Supremo estadounidense de 1973 (*Roe*), no siendo reconocido como persona sino como una vida en potencia (*potential life*). Dos décadas después, en *Casey* (1992), el Supremo hizo lo mismo en nueve ocasiones, incluyendo tanto la opinión del Tribunal como los votos particulares; el no nacido seguía siendo una «vida potencial». Por su parte, en *Dobbs* (2022), la opinión del Tribunal empleó los términos persona o personalidad con relación al no nacido ocho veces, evitando reconocerlo como persona. Alito habló de vida potencial una docena de veces y advirtió de la distinta visión que tenía el legislador de Mississippi cuando hablaba de la vida humana del *nasciturus*, no en potencia, sino en acto (*unborn human life*, nada de *potential life*). El voto particular de Roberts empleó «vida potencial» en dos ocasiones, y el parecer contrario de los disidentes lo hizo en ocho más.

Pues bien, si pasamos ahora al Constitucional español, nuestro Tribunal en 1985 conectó de modo directo la cuestión de la persona o personalidad con el

¹⁶⁰ *LePage v. Center for Reproductive Medicine*, pp. *26; 28-29; 37-38 (Parker, C. J., concurring).

¹⁶¹ Cfr. R. ROJAS, *In Embryo Opinion, a Chief Justice Cites the Law – and the 'Wrath of a Holy God'*, February 23, 2024, p.A18, en «New York Times», en <https://www.nytimes.com/2024/02/22/us/alabama-ivf-tom-parker.html>.

¹⁶² Cfr. SARAH JANE ROBERTS, *You named no one* (2019), en <https://youtu.be/IRn1S-7KiAg>. Dice la letra de esta canción: «¿En quién me convertiré? Quiero ser alguien que ayude a los demás. ¿Cuál será mi nombre? Me llamaste molestia. Me llamaste nadie. Me quitaste el aliento antes de que respirara por mí mismo. Me despojaste de mi vida y luego me dejaste solo. Me llamaste nadie, pero quería que me conocieran [...] ¿Quién cantará mi canción? Letras de lugares lejanos y rostros invisibles. ¿Quién será mi voz? Una voz de desesperación, soy alguien [...] ¿Quién salvará mi vida? Mi vida no es una elección. ¿Eres tú? ¿Eres tú? Por favor, díles que soy belleza. Soy amor. Soy una chica enviada desde arriba. Soy la risa. Soy la alegría. Soy un tesoro, un niño».

no nacido unas nueve veces, incluidos los votos particulares, refiriéndose al *nasciturus*, no como persona, sino diciendo que su vida era un bien jurídico constitucionalmente protegido. Casi cuatro décadas después, en mayo de 2023, el mismo Tribunal recurría a los términos persona y personalidad en relación con el no nacido y su vida prenatal en una quincena de veces. El Tribunal no podía negar que fuera un bien jurídico protegido, pero declaraba explícitamente que el no nacido no era persona (FJ 3: «[...] quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos, ni, por ende, de derechos fundamentales. En el caso de la vida prenatal no nos encontramos, pues, ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido [...]»), mientras que, si la magistrada Balaguer invitaba a revisar la noción de la vida del no nacido como un bien jurídico protegido cuando el *nasciturus* no era otro distinto («el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer»), por lo que no habría conflicto de intereses entre gestante y embrión, la magistrada Espejel, al contrario, consideraba que el no nacido sí que era «un valor intrínseco, sustantivado e individualizado por tratarse no solo de vida, sino de vida humana en fase de gestación», de suerte que «la dependencia de la madre no convierte al *nasciturus* en una parte de la madre equivalente a un miembro u órgano corporal de esta».

Después de todo este recorrido podemos concluir que los argumentos científicos, filosófico-metafísicos y jurídicos conducen sinfónicamente a la afirmación del no nacido como persona desde el instante de su concepción. Claro que el aborto es un drama, ¡cómo negarlo!, pero también es una grave injusticia¹⁶³ en estas sociedades nuestras de Occidente, tan seculares, liberales y pluralistas¹⁶⁴, que niegan abiertamente los principios cristianos presentes en su

¹⁶³ El 7 de septiembre de 2007, Su Santidad Benedicto XVI, de feliz memoria, se dirigió a las autoridades y al cuerpo diplomático en Viena recordándoles que: «Fue en Europa donde se formuló por primera vez la noción de derechos humanos. El derecho humano fundamental, el presupuesto de todos los demás derechos, es el derecho a la vida misma. Esto vale para la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. En consecuencia, el aborto no puede ser un derecho humano; es exactamente lo opuesto. Es una “profunda herida social” [...] En este contexto, hago un llamamiento a los líderes políticos para que no permitan que los hijos sean considerados una especie de enfermedad, y para que en vuestro ordenamiento jurídico no sea abolida, en la práctica, la calificación de injusticia atribuida al aborto [...] Pero todo ello no serviría de nada si no logramos crear nuevamente en nuestros países un clima de alegría y confianza en la vida, en el que los niños no sean considerados una carga, sino un don para todos», BENE-DICTO XVI, *Encuentro con las autoridades y el Cuerpo Diplomático en Viena*, 7 de septiembre de 2007 (todas las referencias al magisterio pontificio de Juan Pablo II y de Benedicto XVI de aquí en adelante se obtienen fácilmente con las indicaciones apuntadas aquí en la página oficial de vatican.va: en <https://www.vatican.va/content/vatican/es/holy-father/giovanni-paolo-ii.html>, y en <https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es.html>).

¹⁶⁴ J. FINNIS, «Unjust Laws in a Democratic Society: Some Philosophical and Theological Reflections», *Notre Dame Law Review*, n.º 71, 595, p. 598 (1996): «Éstas son, pues, algunas de las fuentes más fundamentales de las injusticias que se convierten en sistémicas, incorporadas, en las sociedades dominadas por actitudes laicistas liberales. Y estas injusticias se racionalizan precisamente mediante una ideología del pluralismo. Así, en la democracia más rica y poderosa del mundo, donde el poder —en especial, el judicial— de la ley y el gobierno central, federal, se despliega

origen y configuradores de su identidad¹⁶⁵. Sí, el aborto es una injusticia porque: (1) priva del derecho a la vida, el más elemental de todos los derechos, al no nacido; (2) lesiona la integridad y la salud física y psíquica de la madre, por muy consentido que sea el acto; (3) despoja de un bien a la comunidad e inyecta en la sociedad una dosis letal de violencia que la enferma gravemente; además de (4) suponer un grave atentado contra un derecho de Dios, quitándole algo que es suyo.

Quien, después de estas páginas, aun albergara dudas acerca del no nacido como ser humano y, por lo mismo, persona, con un estatuto jurídico propio conforme a su dignidad, haría bien en recordar que, en tal caso, lo razonable sería siempre estar a favor de la vida (*in dubio pro vita*) y arbitrar todas las medidas que fueran necesarias para que esa situación trágica, en que la vida del no nacido se ve amenazada por el deseo de su madre en contra, no llegara jamás a darse. Ese día habríamos logrado la anhelada meta en este largo camino cuando el crimen del aborto fuera, no ya ilegal o inconstitucional, sino sencillamente algo impensable¹⁶⁶. Y, para ello, la vía jurídica aquí propuesta debiera:

para impedir que la ley y el gobierno de cualquier Estado protejan al niño no nacido contra la decisión de la madre (por cualquier motivo) de destruirlo, la justificación de este uso del poder central —y la negativa incluso a discutir la cuestión de si los no nacidos son seres humanos con los mismos derechos que otros seres humanos— se articula en términos de pluralismo». Más aún: «El liberalismo secular que domina por completo el Estado moderno, a la mayoría de los políticos de ambos partidos, al sistema educativo en todas sus formas estatales o públicas y en la mayoría de las privadas, y a casi todos los grandes medios de comunicación, recuerda mucho a la teoría de las dos verdades, a menudo llamada averroísmo latino, que Tomás de Aquino se apresuró a combatir en París en 1268, y combatió con celo y eficacia. Allí, en la Universidad de París, destacados profesores enseñaban como si, o insinuaban que, pudiera haber dos verdades: las proposiciones enseñadas por la fe católica y las proposiciones contrarias enseñadas y demostradas por la filosofía, en particular la filosofía de vanguardia del recién redescubierto Aristóteles (tal como ellos lo leían)», *id.*, «The Priority of Persons Revisited», *American Journal of Jurisprudence*, n.º 58, 45, p. 51 (2013).

¹⁶⁵ Von Hildebrand supo identificar cuatro principios del occidente cristiano que vio atacados por las ideologías totalitarias que sacudieron Europa en la primera mitad del siglo XX, algo que puede percibirse igualmente en la cuestión del aborto. Para este autor, el occidente cristiano se define por: (1) la búsqueda de la verdad y la adecuación de todo a ella; (2) la existencia de una ley moral objetiva independiente de todo interés subjetivo, de la arbitrariedad y del mero poder; (3) la primacía de la esfera espiritual sobre la vital y la propia materia; y (4) la dignidad trascendente de la persona humana, *cfr.* D. VON HILDEBRAND, «Falsos frentes (27 de septiembre de 1936)», en *Mi lucha contra Hitler*, *cit.*, pp. 386–392. Pues bien, si lo aplicáramos al asunto que nos ocupa, resulta que la verdad sobre el origen de la vida humana es negada o silenciada, que la realidad objetiva queda pospuesta por el deseo subjetivo de quien se encuentra en una posición de poder frente al no nacido, que la dimensión espiritual de la persona no entra en juego en ningún momento, y que la persona pierde su horizonte de comprensión como portadora de un alma inmortal.

¹⁶⁶ *Cfr.* S. CORDILEONE, «Our Task in Post-Roe America», 28 de junio de 2022, en *First Things Journal*, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2022/06/our-task-in-post-roe-america>: «Pero en realidad la derogación de *Roe* no es el triunfo final, sino el comienzo de un camino nuevo y más duro. Nuestro objetivo no es crear una cultura en la que el aborto sea ilegal, sino impensable. Para ello es necesario amor sacrificado tanto hacia la madre como hacia el hijo».

- i. no dejar de buscar el modo en el que este *derecho natural a la vida* del no nacido, como persona que es, fuera reconocido tanto en el texto de la Constitución como en la doctrina constitucional, negando con ello un supuesto «derecho» al aborto, e instando a la corrección de fallos tan lamentables como el de nuestro Tribunal Constitucional de mayo de 2023;
- ii. procurar la aprobación de una *legislación específica sobre el delito de aborto*, cuya validez constitucional sería revisada desde el respeto al derecho fundamental a la vida, bien a través de la aplicación del examen más riguroso del *estricto escrutinio* en el caso de los Estados Unidos, bien a través del análisis de la *proporcionalidad* de la medida en España y Europa;
- iii. avanzar mientras tanto, a la espera de ese feliz día en que el aborto fuera inconcebible y prohibido, por el camino de las *objeciones de conciencia* como firme y seguro muro de contención frente a toda tentación totalitaria¹⁶⁷; y
- iv. actuar el *ministerio fiscal* para que sea observada la ley cuando el derecho a la vida del no nacido hubiera sido lesionado o corriera riesgo de serlo.

En ese camino de retorno al origen de la vida, debieran adoptarse, a mi entender, varios pasos imprescindibles, respetando una serie de condiciones ineludibles que se desprenden de la condición personal del no nacido:

- 1) frente a la despersonalización del no nacido, darle voz y ponerle rostro, haciendo ver que estamos ante *alguien*, no ante algo, por muy evidente que esto sea, al menos para algunos, lamentablemente aún no para todos¹⁶⁸;

¹⁶⁷ Cfr. R. NAVARRO-VALLS – J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia* (Madrid: Iustel, 2011), pp. 119-147; R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia* (Madrid: Montecorvo, 1994), pp. 357-392; *id.*, *Neutralidad del Estado y espacio público* (Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2014); R. P. GEORGE, *Conscience and Its Enemies. Confronting the Dogmas of Liberal Secularism* (Wilmington, DE: ISI Books, 2016); J. H. NEWMAN, *Carta al Duque de Norfolk* (Madrid: Rialp, 2013).

¹⁶⁸ En agosto de 2022 una revista quincenal de Perugia publicó un artículo en el que su autor se preguntaba así: «Pero ¿puede la ciencia, al revelar la estructura concreta, llegar a decir que eso es una “persona”? Se muestra singularmente insegura a la hora de determinar el comienzo de una verdadera humanidad, del Neanderthal al Sapiens, fijándola en un óvulo recién fecundado y destinado —quizá— a la aniquilación. En efecto, la “intuición” sigue siendo desconcertante, dado que las estadísticas racionales nos dicen que hasta el 40% de los óvulos fecundados podrían perderse: ¿acaso la naturaleza mata al 40% de los seres humanos?», L. BETTAZZI, «Posterius», *Rocca*, n.º 81, 12 (15 agosto/1 de septiembre, 2022), pp. 12-13. El autor cuestionaba de este modo la doctrina de la Iglesia católica, dudando de que el no nacido fuera persona, al menos durante los cuatro o cinco primeros meses (curiosamente se citaba el pasaje de la Visitación de Nuestra Señora a su prima Santa Isabel en Ein Karem y el reconocimiento del Hijo de Dios por su primo San Juan el Bautista). Pues bien, lo realmente sorprendente del caso no era la afirmación aquí recogida, por esperpéntica que resulte, ni la clase de argumentos que empleaba, nada novedosos; no, lo desconcertante aquí era la condición de su autor, pues se trataba nada menos que de un obispo católico de 99 años, emérito de una diócesis (Ivrea) del Piamonte italiano, al norte de Turín. Realmente asombroso. El caso es que unos números después, en noviembre, intervino también un sacerdote teólogo moralista italiano de 84 años que asumía las tesis del anterior,

un sujeto con un código genético completo que le define como miembro de nuestra especie;

- 2) frente a la perniciosa dialéctica del conflicto entre madre e hijo, como si el bien de uno exigiera la supresión del otro, negar que el no nacido sea un enemigo o un intruso del que la madre debiera defenderse; al contrario, la mujer no puede prescindir del hijo que lleva en sus entrañas porque hacerlo sería su tormento;
- 3) frente a las visiones parciales del ser humano, todos los agentes implicados (desde la familia y la escuela a los medios de comunicación social) deberían contribuir, *suo modo*, a formar el clima necesario en el que la libertad, la verdad y el bien volvieran a unirse al servicio de la verdadera dignidad humana y del bien común de la sociedad;
- 4) frente al individualismo de nuestras sociedades liberales, al conectar al hombre con los otros, en particular, los más indefensos y necesitados, surgirían espontáneamente políticas que protegieran a la mujer en aquellos momentos de especial dificultad en los que se encontrara, de igual modo que a los hijos que llevan en sus entrañas;
- 5) frente a la visión inmanente de la dignidad humana, habría que recordar a sus partidarios que la dignidad del hombre como *imago Dei* es una dignidad *recibida-dada*, inscrita en su naturaleza, e *iluminada* a la luz del Verbo encarnado que es el Crucificado (*Gaudium et Spes*, 22); en fin, una dignidad trascendente que es, al tiempo, don y tarea¹⁶⁹;

saliendo así en su defensa: G. PIANA, «Quando si diventa persona», *Rocca*, n.º 81, 20-21 (15 de noviembre de 2022). Finalmente, tuvo que intervenir el obispo de Asís y Foligno, Monseñor Domenico Sorrentino, con un escrito en la misma revista bajo el elocuente título de «aquel concebido era yo»: D. SORRENTINO, «Quel concepito ero io», *Rocca*, n.º 82, 36 (1 de febrero de 2023). «En realidad, no es menos intuitivo lo que cada uno de nosotros percibe de sí mismo. Y yo sé (¡y de verdad creo que no soy el único!), que remontándome en mi vida, llego a esa diminuta célula (cigoto) que mi madre Irene —¡bendita sea!— se cuidó de no expulsarla de su vientre. No sabía nada —ella con el quinto curso de primaria— de ADN, y qué sé yo. Pero sabía (¿intuía?) que aquella criaturita invisible (quizá solo sospechada, aunque esperada) en su vientre era yo. Diminuta. Muy frágil. Pero era realmente yo. Y de ello agradezco infinitamente al buen Dios», p. 37.

¹⁶⁹ El Concilio Vaticano II aprobó en 1965 una Declaración sobre libertad religiosa que comenzaba con las palabras «dignidad humana»; años más tarde, una Carta Apostólica firmada por san Juan Pablo II se ocupó de la mujer y de su dignidad en *Mulieris dignitatem* (1988); y una Instrucción sobre cuestiones de bioética de la CDF llevó por título «dignidad de la persona» en 2008, al celebrar el 20 aniversario de la Instrucción *Donum vitae* de Joseph Ratzinger (1987). Ahora, en un reciente documento del Dicasterio para la Doctrina de la Fe (DDF), publicado a principios de abril de 2024 bajo el título de *Dignitas infinita*, los adjetivos que acompañan al sustantivo dignidad evidencian la importancia que esta tiene para la doctrina católica: infinita (7 veces), inmensa (5 veces), ontológica (11 referencias en los números 1, 2, 7, 8, 9, 13 y 24), recibida (don recibido, en los números 9 y 60), intrínseca (11 referencias en los números 11, 14, 15, 17, 22, 24, 40, y 51, además de la nota número 3), conferida (no pretendida ni merecida, en n. 11), e inalienable (9 veces en relación con la dignidad y con los derechos humanos). A la espera de un estudio más detenido de esta cuestión, la comprensión de la dignidad humana de la Iglesia católica

- 6) frente a la tentación de manipulación de la vida humana —tras la reconciliación de los términos, madre e hijo—, deberíamos entender que el hijo es un *don recibido del autor de la vida que es Dios*; con ello, los derechos naturales, comenzando por el de la vida, quedarían protegidos al amparo de Aquel que siempre ha sido su mejor baluarte, positivizándose para su mejor defensa; la ley positiva entonces, respetando la ley natural, sería su reflejo en el tiempo y espacio de los hombres, declarando —que no creando— aquello que, con temor y temblor, el legislador observa en la belleza de la naturaleza dada por su Autor; y finalmente,
- 7) frente al deseo de marginar el discurso creyente del espacio público, tras el sacrificio de tantos millones de vidas a las que se les ha impedido nacer, vidas no nuestras sino de Dios, solo cabría pensar en reparar la justicia divina ofendida, iniciando un camino privado y público de *oración y penitencia*; así la misericordia divina sanaría las heridas de esta sociedad enferma y el Señor nos bendeciría y protegería, iluminaría su rostro sobre nosotros y nos concedería su favor, nos mostraría su rostro y nos concedería la paz (Números 6, 24-26).

Tal vez sorprendan este tipo de afirmaciones, pero son la clase de argumentos que dejamos intencionadamente para el final, estando presentes desde el inicio, para quien advierte, como decía T. S. Eliot en su genial cuarteto «con la atracción de este Amor y la fuerza de su Llamada», que «lo último de la tierra que queda por descubrir sea aquello que fue el comienzo». Se ha dicho, no sin cierta razón, que la cuestión del aborto no es en sí misma religiosa; entendemos lo que se quiere decir con ello. Ahora bien, llegados a este punto, no parece que nos haga mal recordar de nuevo las verdades que fueron evidentes en su momento. Entre ellas, una de las primeras, con la libertad del acto de fe, fue la verdad del derecho natural a la vida desde su concepción hasta su muerte natural, un derecho inviolable inscrito en nuestra naturaleza, una naturaleza dada o recibida. Santo Tomás nos enseña que la ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional (S. Th. I-II q. 91, art. 2). Es evidente que, al desaparecer la ley eterna de la sociedad, viviendo como si Dios no existiera (*etsi Deus non daretur*)¹⁷⁰, la ley natural —defensa del hombre— ha quedado oscurecida hasta el punto de no ser percibida ya por aquellos espíritus que viven cegados en la engañosa ilusión creada por las luces de su autosuficiente razón ilustrada. Sin Dios y sus derechos, el hombre y los

continúa siendo la de una dignidad *dada o recibida* del Creador que nos hizo a imagen y semejanza suya; en este ser *imago Dei* reside el valor ontológico y sagrado de su dignidad trascendente, origen y fin de la persona humana, cfr. DICASTERIO PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Declaración Dignitas infinita sobre la dignidad humana*, 2 de abril de 2024, en https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_dff_doc_20240402_dignitas-infinita_sp.html.

¹⁷⁰ Cfr. H. GROTIJ, *De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius naturae & Gentium: item iuris publici praecepta explicantur* (Clark, NJ: The Lawbook Exchange Ltd., 2005), p. 7.

suyos no se sostienen¹⁷¹. Así que, al final, del eclipse de Dios se ha pasado, como cabía esperar, al eclipse del hombre¹⁷²; de negar la paternidad divina, a no poder construir la fraternidad humana. Por eso, volver de nuevo a la vida es regresar a Dios Padre, autor y fuente de vida. Es fortalecer el derecho abriéndolo a la dimensión trascendente de la persona, superando así, en palabras de Juan Pablo II, «la concepción positivista del derecho que, junto con el relativismo ético, no solo quitan a la convivencia civil un punto seguro de referencia, sino que también ofenden la dignidad de la persona y amenazan las mismas estructuras de la democracia»¹⁷³.

¹⁷¹ Todo el magisterio de Benedicto XVI fue un constante recordatorio de esta gran verdad. Pongamos solo algunos ejemplos de ello: «[...] sin Dios, el hombre pierde su grandeza; sin Dios, no hay auténtico humanismo», *Audiencia General*, miércoles 8 de agosto de 2007; «Y, si Dios no existe, si Dios no es una instancia accesible al hombre, solo queda como instancia suprema el consenso de la mayoría. Por consiguiente, el consenso de la mayoría se convierte en la última palabra a la que debemos obedecer. Y este consenso —lo sabemos por la historia del siglo pasado— puede ser también un “consenso en el mal”», *Homilía*, jueves 15 de abril de 2010; «[...] también Dios le parece un rival, más aún, un rival especialmente peligroso, que querría privar a los hombres de su espacio vital, de su autonomía, de su poder; un rival que señala el camino que hay que recorrer en la vida y así impide hacer todo lo que se quiere [...] Debemos alejar de nuestra mente y de nuestro corazón la idea de la rivalidad, la idea de que dar espacio a Dios es un límite para nosotros mismos; debemos abrirnos a la certeza de que Dios es el amor omnipotente que no quita nada, no amenaza; más aún, es el único capaz de ofrecernos la posibilidad de vivir en plenitud, de experimentar la verdadera alegría», *Homilía*, jueves 6 de enero de 2011.

¹⁷² Cfr. C. D. CUMMINGS, «Transhumanism: Morality and Law at the Frontier of the Human Condition», *Ave Maria Law Review*, n.º 20, 216, pp. 258-259 (2022): «Para ajustarse a una visión universal y objetiva de la moralidad, el transhumanismo no intentará efectuar un cambio en la naturaleza humana o extinguirla suplantando la ley natural por ideales creados por el hombre. Tampoco deberían sus practicantes entrar en un pacto fáustico sustituyendo su valor humano por la novedad tecnológica o algún otro beneficio temporal percibido. Los juristas y los filósofos morales fomentarían activamente una forma moderada de transhumanismo o, como mínimo, tolerarlo mientras sirva “al crecimiento moral del hombre”. Sus defensores deberían admitir que la libertad humana no es un fin en sí misma, no puede ser una fuente de valores y servirá a fines inmorales cuando se desligue de la inmutable ley natural, al tiempo que deberían reconocer que “la libertad humana y la ley de Dios no se oponen, sino que, por el contrario, apelan la una a la otra”. En resumen, los profesionales deberían rechazar cualquier forma de transhumanismo —y probablemente cualquier forma de posthumanismo— que aprecie el desarrollo tecnológico como su propio fin o que pretenda “dejar atrás el cuerpo humano”. En cualquier caso, las pruebas de los grados de valor según la funcionalidad de las capacidades de un individuo deben evitarse bajo cualquier circunstancia, respetando la dignidad inherente a la vida de cada persona al tiempo que se mantiene “la relación entre los seres humanos y el Estado”, evitando cuidadosamente la trampa de mercantilizar la vida humana “haciendo de los primeros meras herramientas al servicio del segundo”».

¹⁷³ JUAN PABLO II, *Discurso a los participantes en el Simposio «Evangelium vitae y derecho» y en el XI Coloquio internacional de Derecho Canónico*, 24 de mayo de 1996. Aquí dijo el papa santo: «reconocer el valor de la vida del hombre, desde su concepción hasta su fin natural, es una conquista de la civilización del derecho que debe tutelarse como un bien primario de la persona y de la sociedad. Sin embargo, en muchas sociedades hoy se asiste a una especie de retroceso de civilización, fruto de una concepción de la libertad humana incompleta y a veces distorsionada, que frecuentemente encuentra legitimación pública en el ordenamiento jurídico del Estado. Es decir, sucede que al respeto debido al derecho inalienable de todo ser humano a la vida se contraponen una

El magisterio de la Iglesia católica, como madre y maestra (*Mater et Magistra*) en humanidad que es, ofrece una inestimable ayuda en ese proceso de regreso al origen, a la vida recibida, y de destino a su fin, a la vida eterna. Benedicto XVI en un párrafo memorable de su discurso en Westminster, con ocasión de su viaje apostólico al Reino Unido de septiembre del 2010, dijo que la religión ayuda «a purificar e iluminar la aplicación de la razón al descubrimiento de principios morales objetivos»¹⁷⁴. Así, la voz de la Iglesia se ha alzado contra la injusticia que supone el aborto y ha defendido que «el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida» (*Evangelium vitae* 60 y *Donum vitae* I, 1). Ha dicho que «la inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano inocente “desde el momento de la concepción hasta la muerte” es un signo y una exigencia de la inviolabilidad misma de la persona» (*Donum vitae*, Introducción, 4). Ha sostenido que «los conocimientos científicos sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racio-

concepción subjetivista de la libertad, desvinculada de la ley moral. Esta concepción, fundada en graves errores relativos a la naturaleza misma de la persona y de sus derechos, sirviéndose de las reglas mayoritarias, ha logrado introducir frecuentemente en el ordenamiento jurídico la legitimación de la supresión del derecho a la vida de seres humanos inocentes aún por nacer». Y continuó aquí diciendo: «Los elementos constitutivos de la *verdad objetiva sobre el hombre* y su dignidad están arraigados profundamente en la *recta ratio*, en la ética y en el derecho natural: son valores anteriores a todo ordenamiento jurídico positivo y que la legislación, en el Estado de derecho, debe tutelar siempre, protegiéndolos del arbitrio de cualquier persona y de la arrogancia de los poderosos [...] Esta tarea urgente interpela de modo singular a los juristas cristianos, impulsándolos a mostrar, en los sectores de su competencia, el *carácter intrínsecamente débil de un derecho cerrado a la dimensión trascendente de la persona*. El fundamento más sólido de toda ley que tutela la inviolabilidad, la integridad y la libertad de la persona reside, efectivamente, en el hecho de que ha sido creada a imagen y semejanza de Dios (cf. *Gn 1, 27*)». (Las cursivas en el original).

¹⁷⁴ Cf. BENEDICTO XVI, *Discurso del Santo Padre en el encuentro con representantes de la sociedad británica*, Westminster Hall, viernes 17 de septiembre de 2010: «La tradición católica mantiene que las normas objetivas para una acción justa de gobierno son accesibles a la razón, prescindiendo del contenido de la revelación. En este sentido, el papel de la religión en el debate político no es tanto proporcionar dichas normas, como si no pudieran conocerlas los no creyentes. Menos aún proponer soluciones políticas concretas, algo que está totalmente fuera de la competencia de la religión. Su papel consiste más bien en ayudar a purificar e iluminar la aplicación de la razón al descubrimiento de principios morales objetivos. Este papel “corrector” de la religión respecto a la razón no siempre ha sido bienvenido, en parte debido a expresiones deformadas de la religión, tales como el sectarismo y el fundamentalismo, que pueden ser percibidas como generadoras de serios problemas sociales. Y a su vez, dichas distorsiones de la religión surgen cuando se presta una atención insuficiente al papel purificador y vertebrador de la razón respecto a la religión. Se trata de un proceso en doble sentido. Sin la ayuda correctora de la religión, la razón puede ser también presa de distorsiones, como cuando es manipulada por las ideologías o se aplica de forma parcial en detrimento de la consideración plena de la dignidad de la persona humana. Después de todo, dicho abuso de la razón fue lo que provocó la trata de esclavos en primer lugar y otros muchos males sociales, en particular la difusión de las ideologías totalitarias del siglo XX. Por eso deseo indicar que el mundo de la razón y el mundo de la fe —el mundo de la racionalidad secular y el mundo de las creencias religiosas— necesitan uno de otro y no deberían tener miedo de entablar un diálogo profundo y continuo, por el bien de nuestra civilización».

nalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana, ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?» (*Donum vitae* I, 1). Ha recordado también que «a cada ser humano desde la concepción hasta la muerte natural, se le debe reconocer la dignidad de persona» (*Dignitas personae* 1). Y no ha dejado de insistir en que «(los embriones) son y siguen siendo siempre titulares de los derechos esenciales y que, por tanto, hay que tutelar jurídicamente como personas humanas» (*Discurso de Juan Pablo II a los participantes en el Simposio «Evangelium vitae y derecho» y en el XI Coloquio Internacional de Derecho Canónico*, 24 de mayo de 1996, n.º 6). Es difícil encontrar mejores y más fuertes afirmaciones.

Si la razón y la justicia hubieran estado presentes en el debate sobre el aborto, los derechos de los más indefensos no se habrían conculcado con tanta impunidad, la violencia no se habría disparado hasta límites inauditos, y el bien de la sociedad habría seguido creciendo. Pues, ¿en razón de qué bien más grande podría justificarse la muerte del no nacido en el santuario del vientre materno?, ¿puede tal vez su derecho a la vida ser sacrificado por un deseo de libertad de elección de su madre desconectado de su propio bien?, ¿qué razón habría para ello? Y, más aún, la violencia que entraña el mismo acto, ¿no debiera ser evitada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad?, ¿puede pensarse acaso que esa violencia no engendraría más violencia que llegaría a acabar con la misma autoridad que hoy la permite y con la comunidad que la padece? No parece entonces que el discurso sobre la justicia o la apelación al bien común debieran ser descartados tan rápido en un asunto tan trágico como este, cuando continúan dándose respuestas tan dispares como las habidas en los últimos meses, quedando constitucionalizado el aborto como un derecho de la mujer en Francia¹⁷⁵, mien-

¹⁷⁵ El 4 de marzo de 2024 los parlamentarios franceses decidieron por 780 votos a favor y 72 en contra añadir al artículo 34 de su Constitución de 1958 la frase siguiente: «La ley determinará las condiciones en las que la mujer podrá recurrir libremente a la interrupción voluntaria del embarazo»: «LOI constitutionnelle n.º 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse», en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000049251463>. Un buen ejemplo de «democracia totalitaria» como definiera el profesor de la Universidad hebrea de Jerusalén, Jacob Talmon, cfr. J. L. TALMON, *The Origins of Totalitarian Democracy* (London: Mercury Books, 1919), pp. 2-3: «El problema que se plantea a la democracia totalitaria [...] puede denominarse la paradoja de la libertad. ¿Es compatible la libertad humana con un modelo exclusivo de existencia social, aunque este modelo aspire al máximo de justicia y seguridad social? La paradoja de la democracia totalitaria reside en su insistencia en que son compatibles. El fin que proclama nunca se presenta como una idea absoluta, externa y anterior al hombre. Se piensa que es inmanente a la razón y a la voluntad del hombre, que constituye la satisfacción más plena de su verdadero interés y que es la garantía de su libertad. Esta es la razón por la que las formas extremas de soberanía popular se convirtieron en el concomitante esencial de este propósito absoluto. De la dificultad de conciliar la libertad con la idea de un fin absoluto surgen todos los problemas y antinomias particulares de la democracia totalitaria. Esta dificultad solo podía resolverse pensando no en los hombres tal como son, sino tal como debían ser y serían, dadas las condiciones adecuadas. En la medida en que estén en desacuerdo con el ideal absoluto, pueden ser ignorados, coaccionados o intimidados para que se conformen, sin que ello implique una violación real del principio democrático. En las condiciones adecuadas, se

tras que en Florida su Tribunal Supremo negó que tuviera cabida constitucional en el concepto de autonomía y privacidad¹⁷⁶, con algunos de sus jueces planteando abiertamente la cuestión de la personalidad del no nacido¹⁷⁷. Tampoco debiera olvidarse que el futuro de la sociedad y del hombre dependerán de las respuestas que este ofrezca a las cuestiones acerca del sentido y el fin de la vida, así como de los medios que ponga para lograr que la vida merezca la pena ser vivida, por todos y para todos, de principio a fin, desde su natural concepción hasta su muerte natural. Pero no nos engañemos por más tiempo, tratándose del origen, cuando hablamos del concebido no nacido, que va a nacer, es decir, del *nasciturus*, persona es su nombre.

6. Referencias bibliográficas

- ALONSO, J. – DEL POZO, G., *Persona*, en C. IZQUIERDO (dir.), *Diccionario de Teología*. Pamplona: Eunsa (2006).
- AMERICAN COLLEGE OF PEDIATRICIANS (ACPEDS), *Dobbs v. Jackson*, Docket No. 19-1392, *Brief for the American College of Pediatricians and the Association of American Physicians & Surgeons as amici curiae in support of Petitioners*, 29 de julio de 2021, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185265/20210729133245734_Dobbs%20Amicus.pdf.
- AMERICAN COLLEGE OF PEDIATRICIANS (ACPEDS), *When Human Life Begins* (2017), en <https://perma.cc/Z9W5-UN9T>.

sostiene, el conflicto entre espontaneidad y deber desaparecería, y con él la necesidad de coerción. La cuestión práctica es, por supuesto, si la coacción desaparecerá porque todos hayan aprendido a actuar en armonía, o porque todos los oponentes hayan sido eliminados.

¹⁷⁶ Cfr. *Planned Parenthood of Southwest and Central Florida et al. v. Florida et al.*, Case No. SC2022-1127, p. *2 (FL, April 1, 2024) (Grosshans, J.): «Nuestro análisis se centra en el texto de la Cláusula de Privacidad, su contexto y las evidencias históricas que rodearon su adopción. Después de considerar cada una de estas fuentes y en consonancia con los principios largamente sostenidos de deferencia judicial a las promulgaciones legislativas, llegamos a la conclusión de que no hay ninguna base en virtud de la Cláusula de Privacidad para invalidar el estatuto».

¹⁷⁷ Cfr. *Advisory Opinion to the Attorney General RE: Limiting Government Interference with Abortion*, Case No. SC2023-1392, pp. *48-49 (FL, April 1, 2024) (Grosshans, J., *dissenting*): «[...] la amplitud de esta enmienda probablemente afectaría a disposiciones constitucionales existentes. El artículo I, sección 2, una disposición de la Declaración de Derechos de nuestra Constitución establece que “[t]odas las personas físicas... son iguales ante la ley y tienen derechos inalienables”, incluido “el derecho a disfrutar y defender la vida”, Art. I, § 2, Fla. Const. [...] Los efectos potenciales de la enmienda sobre el artículo I, sección 2, tienen una importancia inmediata [...] y es probable que afecten a la definición de la personalidad a efectos del artículo I, sección 2, de nuestra Constitución»; pp. *59-60 (Francis, J., *dissenting*): «El ejercicio del “derecho” al aborto supone literalmente una violación devastadora del derecho de otra persona: el derecho a vivir. Y nuestra Constitución de Florida reconoce que la “vida” es un “derecho básico” de “todas las personas físicas”, Art. I, § 2, Fla. Const. Hay que reconocer el derecho concurrente del no nacido a la vida y el deber moral del Estado de proteger esa vida» (la cursiva es nuestra). Las jueces Grosshans, Sasso y Francis hubieran rechazado la petición tal y como venía formulada; lo hicieron por su carácter impreciso y su posible colisión con el derecho a la vida, al menos claramente en las opiniones de Jamie R. Grosshans y Renatha Francis.

- ARISTÓTELES, *Metafísica, Libro IX*. Madrid: Gredos (1982).
- ARKES, H., *Mere Natural Law. Originalism and the Anchoring Truths of the Constitution*. Washington DC: Regnery Gateway (2023).
- ARKES, H., *Natural Rights and the Right to Choose*. New York: Cambridge University Press (2002).
- ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL (AMM), *Declaración de Ginebra*, octubre de 2017, en https://www.wma.net/wp-content/uploads/2017/10/D-1948-01-2006_OVS.pdf y *Código internacional de ética médica* de la AMM de 2022, en <https://www.wma.net/es/policies-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>.
- BENEDICTO XVI, *Audiencia General*, 8 de agosto de 2007, en <https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es.html>.
- BENEDICTO XVI, *Encuentro con las autoridades y el Cuerpo Diplomático en Viena*, 7 de septiembre de 2007, en <https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es.html>.
- BENEDICTO XVI, *Homilía*, 15 de abril de 2010, en <https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es.html>.
- BENEDICTO XVI, *Discurso del Santo Padre en el encuentro con representantes de la sociedad británica*, Westminster Hall, 17 de septiembre de 2010, en <https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es.html>.
- BENEDICTO XVI, *Homilía*, 6 de enero de 2011, en <https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es.html>.
- BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza editorial (2000).
- BERNSTEIN, A., «Common Law Fundamentals of the Right to Abortion», *Buffalo Law Review*, n.º 63, 1141 (2015).
- BERNSTEIN, A., *The Common Law Inside the Female Body*. NY: Cambridge University Press (2019).
- BERNSTEIN, C., «Fetal Personhood and the Original Meaning of “Person” in the Constitution», *Texas Review of Law and Politics*, n.º 26, 485 (2022).
- BERNSTEIN, C., «The Constitutional Personality of the Unborn», *Journal of Law, Economics and Policy*, n.º 18, 281 (2023).
- BETHEL OSB, F., *John Senior y la restauración del realismo*. Madrid: Homo Legens (2023).
- BETTAZZI, L., «Posterius», *Rocca*, n.º 81, 12 (15 agosto/1 de septiembre, 2022).
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Books I & II. Philadelphia: J. B. Lippincott Co. (1753).
- BOECIO, S., *Liber de persona et duabus naturis* (Captus III. Differentia naturae et personae), PL 64 [J. P. MIGNÉ, *Patrologiae cursus completus: Series Latina*, Tomus LXIV. Paris: Garnier et Migne, eds. (1891)].
- BOONE, M., «Reproductive Due Process», *George Washington Law Review*, n.º 88, 511 (2020).
- BRAUNSTEIN, J. F., *La religion woke*. Paris: Grasset (2022).
- BYRN, R., «An American Tragedy: The Supreme Court on Abortion», *Fordham Law Review*, n.º 41, 807 (1973).
- CALVO-ÁLVAREZ, J., *Aborto y derecho. Consideraciones críticas en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (1997).
- CARLSON, B. M., *Embriología humana y biología del desarrollo*. Barcelona: Elsevier (2019).
- CHATMAN, C. N., «If a Fetus is a Person, It Should get Child Support, Due Process, and Citizenship», *Washington & Lee Law Review*, n.º 76, 1 (2020).

- COHEN, D. S. – DONLEY, G. – REBOUCHÉ, R., «The New Abortion Battleground», *Columbia Law Review*, n.º 123, 1 (2023).
- CONGREGACIÓN DOCTRINA DE LA FE (CDF), *Instrucción Dignitas personae*, 8 de septiembre de 2008, en https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html.
- CONGREGACIÓN DOCTRINA DE LA FE (CDF), *Instrucción Donum vitae*, 22 de febrero de 1987, en https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.
- CONQUEST, R., *The Great Terror: A Reassessment*. New York: Oxford University Press (2008).
- CONTRERAS, F. J., *La fragilidad de la libertad*. Madrid: Homo Legens (2018).
- CORDILEONE, S., «Our Task in Post-Roe America», 28 de junio de 2022, en *First Things Journal*, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2022/06/our-task-in-post-ro-roe-america>.
- COURTOIS, S. et al., *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*. Madrid: Arzalia Ediciones (2021).
- CRADDOCK, J. J., «Protecting Prenatal Persons: Does the Fourteenth Amendment Prohibit Abortion?», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n.º 40, 539 (2017).
- CUMMINGS, C. D., «Transhumanism: Morality and Law at the Frontier of the Human Condition», *Ave Maria Law Review*, n.º 20, 216 (2022).
- D'AGOSTINO, F., *Bioetica*. Milano: Giappichelli Editore (1998).
- DE CASSO Y ROMERO, I. – CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, F., *Diccionario de Derecho Privado*, II. Barcelona: Editorial Labor (1967), 2968 («Personas»).
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, II. Madrid: Civitas (1984).
- DELLAPENNA, J. W., *Dispelling the Myths of Abortion History*. Durham, NC: Carolina Academic Press (2006).
- DERBYSHIRE, S. W. G. – BOCKMANN, J. C., «Reconsidering Fetal Pain», *Journal of Medical Ethics*, n.º 46, 3 (2020), en <https://jme.bmj.com/content/medethics/46/1/3.full.pdf>.
- DESTRO, R., «Abortion and the Constitution: The Need for a Life-Protective Amendment», *California Law Review*, n.º 63, 1250 (1975).
- DICASTERIO PARA LA DOCTRINA DE LA FE (DDF), *Declaración Dignitas infinita sobre la dignidad humana*, Ciudad del Vaticano, 2 de abril de 2024, en https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_ddf_doc_20240402_dignitas-infinita_sp.html.
- DÍEZ-PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I. Madrid: Tecnos (1984).
- DOMINGO, R., «El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993», *Revista Chilena de Derecho*, n.º 21, 273 (1994), en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649891.pdf>.
- DUKEMINIER, J. et al., *Property*. New York: Wolters Kluwer (2022).
- EBERL, J. T., *The beginning of personhood. A Thomistic biological analysis*, *Bioethics*, n.º 14, 134 (2000).
- FEINBERG, J., «Is There a Right to Be Born?», en *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press (1980).
- FEINBERG, J., «Abortion», en *Freedom & Fulfillment. Philosophical Essays*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press (1992).
- FERNÁNDEZ, A., *Las leyes del aborto en España. Crónica y juicio ético-jurídico de la legislación*. Madrid: BAC (2017).

- FINNIS, J., «“Shameless Acts” in Colorado: Abuse of Scholarship in Constitutional Cases», *Academic Questions*, n.º 7, 10 (1994).
- FINNIS, J., «Unjust Laws in a Democratic Society: Some Philosophical and Theological Reflections», *Notre Dame Law Review*, n.º 71, 595 (1996).
- FINNIS, J., «The Priority of Persons Revisited», *American Journal of Jurisprudence*, n.º 58, 45 (2013).
- FINNIS, J., «Abortion is Unconstitutional», *First Things Journal*, n.º 312, 29 (2021).
- FINNIS, J., «Unborn Persons: Why Equal Protection Slept 102 Years», 30 de marzo de 2021, *First Things*, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/03/unborn-persons-why-equal-protection-slept-102-years>.
- FINNIS J. – GEORGE, R. P., *Brief of Amici Curiae Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in Support of Petitioners*, 29 de julio de 2021, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185196/20210729093557582_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf.
- FINNIS J. – GEORGE, R. P., «Equal Protection and the Unborn Child: A Dobbs Brief», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n.º 45, 927 (2022).
- FLEMING, M. B., «Feticide Laws. Contemporary Legal Applications and Constitutional Inquiries», *Pace Law Review*, n.º 29, 43 (2008).
- FORMENT, E., *Ser y persona*. Barcelona: Publicaciones Ediciones Universidad de Barcelona (1982).
- FREMON, D. K., *Jim Crow laws and racism in United States history*. Berkeley Heights, New Jersey: Enslow Publishers (2000).
- FULLER, L., «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, n.º 71, 630 (1958).
- GEORGE, R. P., *Conscience and Its Enemies. Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*. Wilmington, Delaware: ISI Books (2016).
- GEORGE, R. P. – TOLLEFSEN, C., *Embrión. Una defensa de la vida humana*. Madrid: Rialp (2012).
- GETTY, J. A. – NAUMOV, O. V., *The Road to Terror: Stalin and the Self-destruction of the Bolsheviks, 1932-1939*. New Haven, Connecticut: Yale University Press (1999).
- GLENDON, M. A. – CARTER SNEAD, O., *Brief for Professors Mary Ann Glendon and O. Carter Snead as amici curiae in Support of Petitioners*, 29 de julio de 2021, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185180/20210729085701253_19-1392%20Amici%20Brief.pdf.
- GLENDON, M. A., *Abortion and Divorce in Western Law. American Failures, European Challenges*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press (1987).
- GLENDON, M. A., *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press (1991).
- GORBY, J. D., «The “Right” to an Abortion, the Scope of Fourteenth Amendment “Personhood”, and the Supreme Court’s Birth Requirement», *Southern Illinois University Law Journal*, n.º 4, 1 (1979).
- GROTIJ, H., *De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius naturae & Gentium: item iuris publici praecipua explicantur*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd. (2005).
- HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Eunsa (2001).
- HERVADA, J., *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Pamplona: Eunsa (2002).
- HILBERG, R., *La destrucción de los judíos europeos*. Madrid: Akal (2005).

- HILL, B. J., «The Deliberative-Privacy Principle: Abortion, Free Speech, and Religious Freedom», *William & Mary Bill of Rights Journal*, n.º 28, 407 (2019).
- HUBER, R. (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán* (México: Konrad-Adenauer Stiftung e. V., 2009) en https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038.
- JACOBS, S. A., «The Future of Roe v. Wade: Do Abortion Rights End When a Human's Life Begin?», *Tennessee Law Review*, n.º 87, 769 (2020).
- JACOBS, S. A., «The Scientific Consensus on When a Human's Life Begins», *Issues in Law and Medicine*, n.º 36, 221 (2021).
- JONAS, R. E. – GORBY, J. D., «Introduction to the Translation of the Abortion Decision of the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany», *John Marshall Journal of Practice and Procedure*, n.º 9, 557 (1976).
- JUAN PABLO II, *Evangelium vitae*, 25 de marzo de 1995, en <https://www.vatican.va/content/vatican/es/holy-father/giovanni-paolo-ii.html>.
- JUAN PABLO II, *Discurso a los participantes en el Simposio «Evangelium vitae y derecho» y en el XI Coloquio internacional de Derecho Canónico*, 24 de mayo de 1996, en <https://www.vatican.va/content/vatican/es/holy-father/giovanni-paolo-ii.html>.
- KUBY, G., *The Global Sexual Revolution: Destruction of Freedom in the Name of Freedom*. Kettering, Ohio: Angelico Press (2015).
- LEE, P. – GEORGE, R. P., «The Wrong of Abortion», en A. I. COHEN – C. H. WELLMAN (eds.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*. Oxford: Wiley-Blackwell (2014).
- LEJEUNE, J., *¿Qué es el embrión humano?* Madrid: Rialp (1993).
- LETTERIE, G. – FOX, D., «Legal Personhood and frozen embryos: implications for fertility Patients and Providers in post-Roe America», *Journal of Law and Biosciences*, n.º 10, 1 (2023).
- LITTLE, M. O., «Abortion, intimacy, and the duty to gestate», *Ethical Theory and Moral Practice*, n.º 2, 295 (1999).
- LOZIER INSTITUTE, *Fact Sheet: Science of Fetal Pain*, 2022, en <https://lozierinstitute.org/wp-content/uploads/2022/09/Science-of-Fetal-Pain-Fact-Sheet-Fall-2022.pdf>.
- MACINTOSH, K. L., «Dobbs, Abortion Laws, and In Vitro Fertilization», *Journal of Health Care Law and Policy*, n.º 26, 1 (2023).
- MACINTYRE, A., *Animales racionales y dependientes*. Barcelona: Paidós (2001)
- MARIAS, J., *Persona*. Madrid: Alianza Editorial (1996).
- MARIST INSTITUTE FOR PUBLIC OPINION AND KNIGHTS OF COLUMBUS, *American's Opinions on Abortion*, 2018, en <https://www.kofc.org/un/en/resources/communications/abortion-limits-favored.pdf>.
- MATLARY, J. H., *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*. Madrid: Ediciones Cristiandad (2008).
- MEANS, C., «The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality», *New York Law Forum*, n.º 14, 411 (1968).
- MEANS, C., «The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra or Ninth-Amendment Right About To Arise From the Nineteenth-Century Legislative Ashes of a Fourteenth-Century Common-Law Liberty?», *New York Law Forum*, n.º 17, 335 (1971).
- MOHR, J. C., *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900*. New York: Oxford University Press (1978).

- MOORE, K. L. – PERSAUD, T. V. N. – TORCHIA, M. G., *The Developing Human. Clinically Oriented Embryology*. Philadelphia, Pennsylvania: Elsevier (2018).
- NAVARRO-VALLS, R. – MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel (2011).
- NELSON, L. J., «A Crisis for Women's Rights? Surveying Feticide Statutes for Content, Coverage, and Constitutionality», *University of Denver Criminal Law Review*, n.º 6, 63 (2016).
- NEWMAN, J. H., *Carta al Duque de Norfolk*. Madrid: Rialp (2013).
- NUSSBAUM, M. C., *Persona oggetto*. Trento: Il Margine (2022).
- OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi (2006).
- PALOMINO, R., *Las objeciones de conciencia*. Madrid: Montecorvo (1994).
- PALOMINO, R., *Neutralidad del Estado y espacio público*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi (2014).
- PAULSEN, M. S., «The plausibility of personhood», *Ohio State Law Journal*, n.º 74, 13 (2013).
- PEW RESEARCH CENTER, *America's Abortion Quandary*, 2022, en https://www.pewresearch.org/religion/wp-content/uploads/sites/7/2022/05/PF_05.06.22_abortion_views_fullreport.pdf.
- PEW RESEARCH CENTER, *Broad Public Support for Legal Abortion Persists 2 Years After Dobbs*, 13 de mayo de 2024, en https://www.pewresearch.org/wp-content/uploads/sites/20/2024/05/PP_2024.5.13_abortion_REPORT.pdf.
- PIANA, G., «Quando si diventa persona», *Rocca*, n.º 81, 20 (15 de noviembre de 2022).
- PINCKAERS OP, S. TH., *Las fuentes de la moral cristiana*. Pamplona: Eunsa (2000).
- RADBRUCH, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en G. RADBRUCH – E. SCHMIDT – H. WELZEL, *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar (1971).
- RADBRUCH, G., «Cinco minutos de filosofía del derecho», en S. L. PAULSON, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*. Madrid: Marcial Pons (2019).
- RECUERO ASTRAY, J. R., *En defensa de la vida humana*. Madrid: Biblioteca Nueva (2011).
- REHNQUIST, W., «The Notion of a Living Constitution», *Texas Law Review*, n.º 54, 693 (1976).
- RHONHEIMER, M., *Derecho a la vida y Estado moderno. A propósito de la Evangelium Vitae*. Madrid: Rialp (1998).
- ROBERTS, SARAH JANE, *You named no one* (2019), en <https://youtu.be/IRn1S-7KiAg>.
- ROUCO VARELA, A. M., *Teología y Derecho*. Madrid: Cristiandad (2003).
- RUBIO LÓPEZ, J. I., *Hacia la primera libertad. La libertad religiosa en EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*. Pamplona: Eunsa (2011).
- RUBIO LÓPEZ, J. I., «Un barco pirata por aguas de Scalia: texto e interpretación. A propósito de Bostock v. Clayton (2020)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (Iustel)*, n.º 54, 1-41 (2020).
- RUBIO LÓPEZ, J. I., «Libres e iguales ante la ley: Leyes estadounidenses de igualdad y su aplicación a las entidades religiosas», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (Iustel)*, n.º 65, 1-61 (2024).
- SALOMONS, T. V. – IANNETTI, G. D., «Fetal pain and its relevance to abortion policy», *Nature Neuroscience*, n.º 25, 1396 (2022).
- SCALIA, A., «Originalism: The Lesser Evil», *University of Cincinnati Law Review*, n.º 57, 849 (1989).

- SCHAFFER, C., «In Vitro Fertilization After *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*: The Best Interest of the "Embryo"», *Children's Legal Rights Journal*, n.º 43, 72 (2023).
- SCHOENWOLF, G. C. – BLEYL, S. R. – BRAUER, P. R. – FRANCIS-WEST, P. H., *Larsen's Human Embryology*. Philadelphia, Pennsylvania: Elsevier (2021).
- SCOTT, T. J., «Why State Personhood Amendments Should be Part of the Pro-life Agenda», *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, n.º 6, 222 (2011).
- SEMPREBON, G. – CRIPPA, L. – MOSCA MONDADORI, A., *Il miracolo della vita. Ricoprire oggi l'avventura di nascere*. Milano: Piemme (2023).
- SENIOR, J., *La restauración de la cultura cristiana*. Madrid: Homo Legens (2018).
- SINGER, P., *Rethinking Life and Death. The Collapse of Our Traditional Ethics*. New York: St. Martin's Press (1995).
- SITKOFF, R. H. – DUKEMINIER, J., *Wills, Trusts, and Estates*. New York: Wolters Kluwer (2022).
- SOLZHENITSYN, A., *Archipiélago Gulag, vols. I-III*. Barcelona: Tusquets editores (2015).
- SOOHOO, C., «An Embryo is not a Person: Rejecting Prenatal Personhood for a more Complex View of Prenatal Life», *ConLawNOW*, n.º 14, 81 (2023).
- SORRENTINO, D., «Quel concepito ero io», *Rocca*, n.º 82, 36 (1 de febrero de 2023).
- SPAEMANN, R., *Personas. Acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»*. Pamplona: Eunsa (2010).
- TALMON, J. L., *The Origins of Totalitarian Democracy*. London: Mercury Books (1919).
- TAYLOR, CH., «What's wrong with negative liberty», en *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers II*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press (1985).
- TAYLOR, CH., *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press (1989).
- TAYLOR, CH., *A Secular Age*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press (2007).
- THORNTON, T., «Opposing Viewpoints. The Unborn Child Support Act: Support for Expecting Mothers or Pro-Fetus Personhood Act», *Children's Legal Rights Journal*, n.º 43, 82 (2022).
- TUGENDHAT, E., *Lecciones de ética*. Barcelona: Edisa (1997).
- VERMEULE, A., «Beyond Originalism», 31 de marzo de 2020, en *The Atlantic*, en <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>.
- VERMEULE, A., *Common Good Constitutionalism*. Medford, Massachusetts: Polity Press (2022).
- VERMEULE, A., «The Original Scalia», *Harvard Journal of Law & Public Policy Per Curiam*, n.º 2023, 2 (2023).
- VILA-CORO, M. D., *Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial*. Madrid: San Pablo (2007).
- VON HILDEBRAND, D., «La batalla por la persona (14 de enero de 1934)», en *Mi Lucha contra Hitler*. Madrid: Rialp (2016).
- VON HILDEBRAND, D., «Individuo y comunidad (18 de noviembre de 1934)», en *Mi Lucha contra Hitler*, cit.
- VON HILDEBRAND, D., «Falsos frentes (27 de septiembre de 1936)», en *Mi lucha contra Hitler*, cit.
- VON HILDEBRAND, D., *The Art of Living*. Steubenville, Ohio: Hildebrand Project (2017).

- VON HILDEBRAND, D., *The Dethronement of Truth*. Steubenville, Ohio: Hildebrand Project (2021).
- WHELAN, E., «Doubts About Constitutional Personhood», 8 de abril de 2021, *First Things*, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/doubts-about-constitutional-personhood>.
- WILLD, J. F., «Beyond Abortion: Why the Personhood Movement implicates Reproductive Choice», *American Journal of Law and Medicine*, n.º 39, 573 (2013).
- WOJTYLA, K., *Perché l'uomo. Scritti inediti di antropologia e filosofia*. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana (1995).
- ZIEGLER, M., *Beyond Abortion. Roe v. Wade and the Battle for Privacy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press (2018).

Capítulo 2

Dobbs v. Jackson. Aborto y factor religioso en los Estados Unidos

Rafael Palomino Lozano¹

Universidad Complutense de Madrid

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.—6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

Ha transcurrido ya 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 con 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, la controversia sobre el aborto en Estados Unidos recuerda al fútbol americano, ese deporte que para los europeos es como el rugby, que parece

¹ La investigación desarrollada con motivo de este capítulo 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).

reducirse a fuerza bruta, pero que tiene mucho de táctica. Cada uno de los equipos que se enfrentan en ese deporte tiene 11 jugadores defensivos y 11 ofensivos. Dependiendo del papel que en cada uno de los bloques de tiempo del partido corresponde jugar al equipo, intervienen los jugadores de defensa o los de ataque. Pues bien: podríamos decir que hasta la 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. Con *Dobbs* se vuelven a invertir los roles de juego. Pero 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 capítulo 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 más integristas. Este capítulo intenta valorar, a partir de diversos datos, qué hay de cierto en esa 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 detractores².

Ciertamente, los primeros querían legalizar la práctica del aborto, pero la sentencia *Roe* fue más allá de eso, declarando nada menos que un derecho constitucional. Con ello, el aborto se sitúa como un bien jurídico especialmente protegido, frente al cual otros bienes jurídicos son tenidos en consideración solo como elementos que pueden, en determinadas circunstancias, justificar algunas restricciones. 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 las restricciones al derecho a la vida³.

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

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

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 de las características comunes de las legislaciones estatales, se hubiera seguido el criterio variable establecido por los tribunales federales en los últimos años de la década de los sesenta, criterio conforme al cual, justo antes de *Roe*, 5 sentencias federales apoyaron las leyes estatales; otras 5 sentencias de tribunales estatales rechazaron las normas sobre aborto y 16 tribunales estatales dieron por buenas las leyes existentes⁴.

2.1.1. *Factores jurídicos*

Para el propósito de este trabajo, no resulta práctico remontarse al estudio del aborto en el *Common law* inglés partiendo de la influencia que pudo ejercer el *Ius commune* romano-canónico⁵. Tampoco resulta imprescindible, a mi parecer, un recorrido pormenorizado por la criminalización o despenalización del aborto en el derecho de las colonias americanas o en el derecho de la Unión⁶. Valga entonces 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 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-abortista⁷, se decantó por el aborto terapéutico a partir de 1957. Y de la mano de la «segunda ola» del feminismo⁸, un sinfín de grupos feministas pretendieron lograr un extenso cambio legislativo estatal en lo que al aborto se refiere⁹. *Planned Parenthood* consiguió del *American Law Institute* un modelo de legislación penal en materia de aborto, conforme al cual queda justificado que un médico colegiado interrumpa un embarazo si considera que existe un riesgo sustancial de que su continuación perjudique gravemente la salud física o mental de la madre o de que el niño

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

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

⁶ 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.

⁷ 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.

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

⁹ R. NOSSIFF, *Before Roe*, cit.

nazca con un defecto físico o mental grave, o si el embarazo es el resultado de una violación, incesto u otra relación sexual delictiva. En el momento en el que se dicta la sentencia *Roe*, treinta estados permitían el aborto solo para salvar la vida de la madre, dos estados (y el Distrito de Columbia) despenalizaban el aborto para preservar la salud de la gestante, un estado permitía el aborto para salvar la vida de la madre o en caso de violación, trece estados habían adoptado el modelo de legislación penal del *American Law Institute* y cuatro estados admitían el aborto a petición con limitaciones temporales¹⁰.

Prácticamente hasta finales de los sesenta, el movimiento pro-aborto se concentra en la vía legislativa. Pero parece que sus 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* la culminación de una batalla judicial en la que figuran hasta veinte casos judiciales en apenas 3 años¹¹.

La sentencia *Roe* se entiende además 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 entre los grupos de presión favorables al cambio y 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 fundamental al aborto¹². El incrementalismo no es un rasgo único de la sentencia *Roe*; ya antes se manifestó en la segregación racial, partiendo desde la postura del *separated but equal*¹³, que estima constitucional la segregación, y que se modifica poco a poco hasta proscribir dicha práctica en *Brown v. Board of Education*¹⁴. 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 Humanos¹⁵.

Unido al incrementalismo como marco general, el otro parámetro está constituido por la progresiva consolidación del derecho fundamental a la intimidad/

¹⁰ P. B. LINTON, «Enforcement of State Abortion Statutes after Roe: A State-by-State Analysis», *University of Detroit Law Review*, vol. 67, 2, 1989, pp. 158-162.

¹¹ C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 77.

¹² A. COAN, «What Is the Matter with Dobbs?», *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, 22-24, 2022, p. 22.

¹³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁵ 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.

privacidad como núcleo genético de otros derechos expresivos de la autodeterminación radicada en la voluntad del individuo. Es a partir de *Roe* cuando el derecho a la intimidad/privacidad se consagra como 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 de 1950.

Se considera que el punto de partida de esa concepción genética del derecho a la intimidad/privacidad fue el famoso artículo de Warren y Brandeis titulado *Right to Privacy*¹⁶. 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 un potencial perjuicio para el honor y la reputación¹⁷. 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 expansivo¹⁸, algunos de cuyos hitos fueron las sentencias que a continuación se estudian¹⁹.

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 al Tribunal Supremo como valedor del individuo en su función de garante de la Constitución y del *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 primera²⁰, 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.

¹⁶ S. D. WARREN; L. D. BRANDEIS, «Right to Privacy», *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890.

¹⁷ L. H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, Norton, New York, 1992, p. 92.

¹⁸ M. A. GLENDON, «Religious freedom: A Second Class Right?», *Emory Law Journal*, vol. 61, 2012, pp. 48-61.

¹⁹ J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., pp. 14-16.

²⁰ «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 imponer 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 igual protección de las leyes»).

En la sentencia *Meyer v. Nebraska*²¹, 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 período de sentimiento anti alemán. A los efectos de este análisis, el rasgo más interesante 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*²², 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»²³ afirmó el Tribunal. Junto con este reconocimiento de la libertad de los padres en la educación, la sentencia consolida la peculiar interpretación de la cláusula del debido proceso legal²⁴ que abonará el terreno no solo para la sentencia *Roe*, sino también para otras no menos importantes, como *Bush v. Gore*²⁵, sobre el resultado electoral del 2000, o también *Obergefell v. Hodges*²⁶, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo²⁷.

En 1942, la sentencia *Skinner v. Oklahoma*²⁸ 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 inconstitucionalidad de la norma. Por otro lado, la inconstitucionalidad de la esterilización como pena accesoria

²¹ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

²² *Pierce v. Society of Sisters*, 269 U.S. 510 (1925).

²³ 268 U. S., p. 535.

²⁴ «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., pp. 533-534.

²⁵ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

²⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

²⁷ 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.

²⁸ *Skinner v. State of Oklahoma, ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

resultaba congruente con el rechazo de las prácticas eugenésicas nazis²⁹, si bien el Tribunal Supremo sancionó positivamente esas prácticas para enfermos mentales en 1927 con la sentencia *Buck v. Bell*, de la que fue ponente Oliver Wendell Holmes³⁰. La sentencia *Skinner*, en definitiva, fortalecía las virtualidades de la Decimocuarta Enmienda.

En 1965, con un pequeño adelanto respecto del comienzo de la revolución sexual, la sentencia *Griswold v. Connecticut*³¹ invalidaba las prohibiciones estatales relativas al uso de productos contraceptivos por parte de parejas casadas. Es esta ocasión 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 sustancia³². 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 americana³³. *Griswold* representó, en todo caso, el principio del *big bang* de los derechos sexuales en Estados Unidos. Adviértase, sin embargo, que la privacidad marital no incluía el derecho al aborto³⁴, 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*³⁵ 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

²⁹ J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., p. 15.

³⁰ «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, p. 207 (1927).

³¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

³² «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., pp. 484-486.

³³ 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., p. 530.

³⁴ C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 27.

³⁵ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

algo en concreto, es el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de intromisiones gubernamentales injustificadas en asuntos que afectan tan radicalmente a la persona como la decisión de tener o engendrar un hijo.»³⁶ La decisión *Eisenstadt* prepara de modo definitivo la llegada de *Roe*: los magistrados del Tribunal Supremo fueron muy conscientes de ello³⁷.

2.1.2. Contexto social

Ciertamente, el aborto en Estados Unidos, al igual que en otros muchos países, no es solo un debate técnico-jurídico, sino sobre todo una profunda controversia socio cultural. En dicha controversia las estadísticas han jugado el papel de «arma ideológica»³⁸.

En general, desde 1975, las estadísticas muestran dos tendencias más o menos constantes en el tiempo³⁹.

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 casos⁴⁰. Gallup en 1975 obtuvo como respuesta de los americanos encuestados que el aborto debía ser legal en cualquier circunstancia (21%) e ilegal en cualquier circunstancia (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 consiste en que entre ambas posturas (aborto legal siempre, ilegal siempre) hay un amplio grupo fluctuante cuya posición depende de los acontecimientos, noticias, sentencia, leyes, etc., que se vayan presentando.

Detrás de todos estos datos hay una consolidación del aborto como realidad social, no como excepción extrema para dramáticos casos límite. ¿Cómo se llega a esa consolidación? ¿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 en el que el feto es viable ya hay una vida humana; menos del 14 por ciento

³⁶ 405 U. S., p. 453.

³⁷ C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 33.

³⁸ J. D. HUNTER, «What Americans Really Think About Abortion», *First Things*, vol. June-July, 1992.

³⁹ «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.

⁴⁰ 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 19 marzo 2024, en <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2021/10/Attitudes-About-Abortion.pdf?x91208>.

sostenía que la vida humana comienza con el nacimiento⁴¹. Si poco a poco la sociedad fue cambiando de postura, ello se debe 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 (hoy día desmentida)⁴² atemorizaba también a Estados Unidos, que justificaba una política de control de la natalidad sobre este motivo⁴³. Se abría paso igualmente una concepción del bienestar social que, en virtud del impulso de la tecnología, se situaba más allá de una aceptable supervivencia. Se sumaban 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 talidomida⁴⁴. La corriente feminista de los 60 y 70 cifró parte de sus reclamaciones en el control reproductivo del propio cuerpo como razón para fundamentar el aborto libre⁴⁵. Las estadísticas médicas insistían en que el aborto en los primeros estadios del embarazo es más seguro para la salud de la mujer que el embarazo llevado a término⁴⁶. El argumento de que siempre las mujeres americanas adineradas podrán acudir impunemente al aborto, mientras que las pobres afroamericanas no, con graves consecuencias para sus vidas y su desarrollo económico, también estaba presente⁴⁷. Además, 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 XIX⁴⁸, al haberse transformado el marco socioeconómico en el que se desenvolvía la profesión sanitaria.

Por lo demás, en apariencia los números también jugaban a favor de la legalización del aborto: se enarbolaba en la década de los 60 la cifra de entre 5.000 y 10.000 muertes anuales de mujeres en Estados Unidos por abortos clandestinos... Lo cual es dudoso porque, según registros oficiales, la cifra máxima de muertes de embarazadas por cualquier causa en 1942 fue de 7267, descendiendo drásticamente a partir de 1946 gracias a la penicilina⁴⁹ y en los sesenta nunca superó las 1600 muertes⁵⁰. El manejo de las cifras sigue siendo problemático pues, por ejemplo, se defiende de forma intuitiva en Estados Unidos una tasa mayor de muertes de gestantes en abortos clandestinos (ilegales) cuando en realidad se carece de datos fiables para realizar tal afirmación⁵¹.

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

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

⁴³ J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., p. 250.

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

⁴⁵ J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., p. 253.

⁴⁶ C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., pp. 159-161.

⁴⁷ J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., p. 255.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 147-170.

⁴⁹ C. D. FORSYTHE, *Abuse of discretion*, cit., p. 80.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 64-66.

⁵¹ 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>.

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»⁵². 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 modificando la visión crítica de gran parte de la doctrina: finalmente ha predominado la aceptación por la significación simbólica de autonomía y libertad de la sentencia, eso sí suspendida sobre la nada y al margen de la técnica jurídica.

El supuesto de la decisión es bien conocido⁵³: 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 dos abogadas (Sarah Weddington y Linda Coffee) que buscaban a alguien que pudiera ser demandante en un *test case*⁵⁴. Norma McCorvey se prestó a desempeñar ese 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 restrictiva ley del aborto de Texas⁵⁵. Cuando el caso llega al

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

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

⁵⁴ 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 distinta de la recogida en algunos diccionarios jurídicos como BLACK'S LAW DICTIONARY, 6th ed., West Publishing Company, St. Paul, Minn., 1990, p. 1027.

⁵⁵ 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

Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Norma McCorvey presentaba ya un *moot case*, es decir, pedía al Tribunal que decidiera sobre un asunto controvertido (su libertad para abortar) que no existía, pues ya no estaba embarazada; no había *case and controversy*, sino que —como ya sucediera con *Brown v. Board of Education of Topeka*⁵⁶— lo que se esperaba del Supremo es una afirmación moral, una especie de «encíclica laica judicial»⁵⁷. 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 fondo⁵⁸.

El ponente de la sentencia *Roe*⁵⁹ fue el magistrado Blackmun, a cuyo voto se adhieren los magistrados Burger (presidente), Douglas, Brennan,

intimidación 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.

⁵⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), sobre la segregación racial en la escuela.

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

⁵⁸ J. T. NONAN, *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., p. 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 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. 29 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>.

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

Stewart, Marshall y Powell. Emitieron voto particular disintiendo White y Renquist⁶⁰.

Siguiendo a Ely⁶¹, 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 Enmienda⁶².
2. Este derecho es lo suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo⁶³.
3. Este derecho al aborto es fundamental y, por tanto, sólo puede ser limitado por un interés estatal imperativo⁶⁴.
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 importancia a medida que la mujer se acerca al término y, en un momento del embarazo, cada uno se convierte en imperativo⁶⁵.

⁶⁰ 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.

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

⁶² «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., pp. 484-485; in the Ninth Amendment, *id.*, p. 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., p. 152.

⁶³ «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., p. 153.

⁶⁴ «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., p. 155.

⁶⁵ «[...] 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., pp. 162-163.

5. Durante el primer trimestre del embarazo, ninguno de los dos intereses es lo suficientemente importante 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 imperativo durante el primer trimestre⁶⁶. Dado que el interés en proteger al feto tampoco es aún imperativo, 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 imperativo. 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 trimestre⁶⁷.
7. En el momento en que el feto se convierte en viable, el interés en protegerlo pasa a ser imperativo y, por tanto, a partir de ese momento el Estado puede prohibir los abortos excepto —y esta limitación también es aparentemente un mandato constitucional— cuando sean necesarios para proteger la vida o la salud maternas⁶⁸.

⁶⁶ «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., p. 149.

⁶⁷ «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., p. 164.

⁶⁸ «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., pp. 160, 163-164.

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 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 su vida. Aunque la fuerza del argumento acerca de la personalidad ha perdido peso en Estados Unidos, 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*⁶⁹. Lo curioso del caso es que Blackmun despachó el asunto afirmando que 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”, tal como se utiliza en la Decimocuarta Enmienda, no incluye a los no nacidos»⁷⁰. En este, y en otros aspectos acerca la argumentación histórica y la interpretación normativa, con el tiempo se pusieron de manifiesto 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 delito⁷¹; y además 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 de Blackmun. Cito de un trabajo del año 2009: «Tomando prestado un argumento de Cyril C. Means, Jr. (asesor general de NARAL⁷² en el momento en que se decidió *Roe*), el juez Blackmun señaló la cláusula de reparto (*Apportionment Clause*)⁷³

⁶⁹ 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>.

⁷⁰ «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., p. 158.

⁷¹ J. S. WITHERSPOON, «Reexamining *Roe*: Nineteenth-Century Abortion Statutes and the Fourteenth Amendment», *St. Mary's Law Journal*, vol. 17, 1, 1985.

⁷² *National Association for the Repeal of Abortion Laws*, asociación abortista americana fundada en 1969.

⁷³ Sección 2.ª de la Decimocuarta Enmienda: «Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons

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”⁷⁴.

El mismo día de publicarse la sentencia *Roe* se conoció también la decisión del caso *Doe v. Bolton*⁷⁵, sobre la legislación del estado de Georgia 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 domicilio de la gestante en el estado. De forma indirecta, *Doe v. Bolton* añadió a *Roe* algo muy importante: la relativización de la viabilidad y de sus plazos en atención no ya a la «vida» de la gestante, sino a su «salud», fuera ésta física, emocional, psicológica, familiar o de edad⁷⁶.

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 derecho⁷⁷.

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».

⁷⁴ G. J. RODEN, «Unborn Children as Constitutional Persons», *Issues in Law & Medicine*, vol. 25, 3, 2009, p. 190.

⁷⁵ *Doe et al. v. Bolton, Attorney General of Georgia et al.*, 410 U.S. 179 (1973).

⁷⁶ O. C. SNEAD, *What It Means to Be Human*, Harvard University Press, 2020, cap. 3.

⁷⁷ W. C. DURHAM; R. SMITH, «§ 23:49. ABORTION», en *Religious Organizations and the Law*, 2nd, Westlaw, 2022.

De ahí que las limitaciones federales⁷⁸ o estatales a la financiación de abortos no pudieran estimarse contrarias a la Constitución⁷⁹.

Roe encendió, más que extinguió, el debate sobre el aborto⁸⁰. «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*»⁸¹. Durante los siguientes años, los grupos provida sacaron al campo —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 las asambleas legislativas, en una suerte de incrementalismo legislativo, dirigido a establecer condiciones, requisitos (u obstáculos) para el acceso al aborto, pero también en los tribunales, más en concreto en el propio Tribunal Supremo. Esto ha supuesto casi medio siglo de sentencias federales calibrando la constitucionalidad de las leyes a la luz de *Roe*⁸², leyes relativas al consentimiento informado de la embarazada, tiempos de espera, consentimiento del padre del feto, consentimiento de los progenitores para el aborto de la menor de edad, información y custodia de historiales sanitarios para fines de salud pública, precauciones médicas varias, etc. Obviamente, una Constitución que no se pronuncia sobre el aborto tampoco proporciona ninguna orientación sobre estos detalles, por lo que el Tribunal tuvo que adoptar decisiones políticas. Y no es de extrañar entonces que los presidentes americanos y los senadores de turno tuvieran en cuenta la postura sobre el aborto de cada candidato al Tribunal Supremo⁸³.

De entre todas esas sentencias calibrando la constitucionalidad de las leyes a la luz de *Roe* resulta particularmente importante la decisión *Casey*: 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. Normalmente se

⁷⁸ 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.

⁷⁹ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

⁸⁰ R. NOSSIFF, *Before Roe*, cit., p. 9.

⁸¹ J. PÉREZ ALONSO, «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de *Roe v. Wade* a *Dobbs v. Jackson*», cit., p. 538.

⁸² 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*, 2022, fecha de consulta 17 mayo 2023, en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/roe-v-wade-and-supreme-court-abortion-cases>.

⁸³ R. PUSHAW, «Defending *Dobbs*: Ending the Futile Search for a Constitutional Right to Abortion», *San Diego Law Review*, vol. 60, 2, 2023, p. 279.

piensa que desde *Roe* la cuestión del aborto se ha ido politizando progresivamente, de forma que el partido republicano ha ido asumiendo las posturas provida y éstas han desaparecido por completo 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 pretendían una racionalización o tecnificación del Estado que pasaba por contar con profesionales, también con los de la sanidad que por aquellos años consideraban que el aborto era una actuación contraria a la práctica de la medicina⁸⁴.

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 puede afirmar 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»⁸⁵. Haciendo uso de una comparación consagrada en el derecho canadiense, podría afirmarse que se concibe la Constitución como un «árbol vivo»⁸⁶, un texto que evoluciona, un

⁸⁴ J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., pp. 203-204.

⁸⁵ Diccionario panhispánico del español jurídico, *Activismo judicial*, fecha de consulta 22 mayo 2023, en <https://dpej.rae.es/lema/activismo-judicial>.

⁸⁶ «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, 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

«ambicioso ideal»⁸⁷, un proyecto social que debe interpretarse de forma abierta, amplia, progresiva y creativa.

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, 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 legislativas⁸⁸.

Ambas tendencias se expresan por medio de 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 fueron aprobadas»)⁸⁹ o intencionalismo («la intención de quienes adoptaron o ratificaron una determinada cláusula constitucional»)⁹⁰.

Al final, no estamos sino ante distintas versiones del positivismo jurídico, imágenes especulares la una de la otra⁹¹ 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»⁹² lo dice desde el convencimiento de que los Padres de la Constitución americana eran,

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.

⁸⁷ M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, 2022, p. 115, fecha de consulta 12 marzo 2024, en <https://www.perlego.com/es/book/3449811/against-constitutionalism>.

⁸⁸ J. PÉREZ ALONSO, «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de Roe v. Wade a Dobbs v. Jackson», cit., p. 529.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, Medford, 2022, pt. Two versions of textualism, <https://www.perlego.com/book/3261479/common-good-constitutionalism-pdf>.

⁹² 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>.

en el fondo, progresivistas⁹³, y así lo reflejó después en la *dissenting opinion* del caso *Dobbs*⁹⁴.

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, en lo que al aborto se refiere, entre la propuesta presidencial del nombramiento del magistrado y la orientación ideológica práctica de su voto.

Una prueba de lo anterior es la decisión *Casey*⁹⁵, «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 período de veinte años ha sido más que suficiente para incrustar en los hábitos de vida de Estados Unidos un derecho constitucional al aborto. El caso trata de cinco disposiciones de una 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) recurrieron alegando la inconstitucionalidad de las disposiciones anteriores, así como la medida cautelar de suspensión de la ley. 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

⁹³ 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.

⁹⁴ 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, p. 16.

⁹⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

notificación al marido, pero manteniendo las demás. El caso llegó finalmente ante el Tribunal Supremo como *writ of certiorari*. Se declaró la inconstitucionalidad de la notificación al marido, mientras que el resto de las disposiciones se afirmaron 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»⁹⁶.

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 cobran conciencia de que «la libertad no encuentra refugio en una jurisprudencia dubitativa»⁹⁷ 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:

1. La reafirmación de la dimensión sustantiva de la cláusula del debido proceso legal⁹⁸ y de la exclusión de los derechos fundamentales del debate político o moral en la sociedad democrática⁹⁹.

⁹⁶ 505 U.S., p. 874.

⁹⁷ 505 U.S., p. 844.

⁹⁸ «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., p. 847-848.

⁹⁹ «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., p. 850.

2. La afirmación de esferas vitales en las que las decisiones se sustraen a la valoración social y jurídica¹⁰⁰. Entre esas decisiones personales, el Tribunal se pronunció sobre cuestiones en material sexual, de las que *Roe* no es sino una continuación¹⁰¹.
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 precedente, mantener los casos decididos o las sentencias anteriores)¹⁰² y, materialmente, por los perjuicios que se producirían tanto para la mentalidad del pueblo americano¹⁰³ como para la credibilidad del Tribunal¹⁰⁴.
4. Completando lo anterior, y para despejar la sombra de duda acerca de la posibilidad de anular *Roe*, la sentencia refuerza 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

¹⁰⁰ «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., p. 851.

¹⁰¹ «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., p. 853.

¹⁰² «[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., p. 853.

¹⁰³ «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., p. 860.

¹⁰⁴ «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., p. 866.

interrumpir su embarazo. Concluimos que la decisión básica en *Roe* se basó en un análisis constitucional que ahora no podemos repudiar»¹⁰⁵.

5. Ahora bien, se reformulan las restricciones constitucionalmente admisibles. Por una parte, porque se cuestiona el esquema básico de limitaciones que descansaba en la viabilidad del feto¹⁰⁶ y en el sistema de plazos por trimestres (que no vendrían exigidos, por decirlo así, por el contenido esencial del derecho)¹⁰⁷. Por otra parte, se propone un nuevo criterio de constitucionalidad de las restricciones legales al aborto (*undue burden*). Se entiende que este criterio de la «carga indebida» cohonesta mejor 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 al aborto. Por lo demás, se confirma el criterio *Roe* de que, después de la viabilidad, el Estado, en la promoción de su interés en la potencial 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 madre¹⁰⁸.

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; y a nivel legislativo estatal, porque toda posible restricción al aborto acaba tarde o temprano antes los tribunales supremos estatales o ante los tribunales federales, dispuestos a limitar la restricción del aborto debido a su carácter de derecho fundamental.

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. Los nombramientos para el Tribunal Supremo ya no atienden en las aptitudes y cualificaciones jurídicas de un candidato, sino más bien a sus opiniones políticas, ideológicas y religiosas. Desde la administración Reagan, la pregunta crucial dirigida al posible candidato o candidata al Tribunal

¹⁰⁵ 505 U.S., p. 869.

¹⁰⁶ 505 U.S., p. 860.

¹⁰⁷ «We reject the trimester framework, which we do not consider to be part of the essential holding of *Roe*». 505 U.S., p. 873.

¹⁰⁸ «[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., pp. 878-879.

Supremo ha sido: «¿Anulará usted *Roe*?». El único que respondió con plena sinceridad —Robert Bork, propuesto por Reagan en 1987— fue masacrado en los *hearings* senatoriales, hasta el punto de que se consagró en el lenguaje político americano el término *borking*, entiendo por tal una forma de acoso sistémico para destruir la reputación y los puntos de vista de una persona e impedir su nombramiento¹⁰⁹. Aprendieron la lección de Bork los candidatos Clarence Thomas, John Roberts, Samuel Alito, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett, quienes respondieron con generalidades a la pregunta central sobre el caso *Roe*, diciendo que no tenían ninguna agenda política, que aplicarían la ley con justicia y que respetarían los precedentes; lo interesante del asunto es que todas estas afirmaciones, en el fondo, son ciertas y, sin embargo, no impedirían votar anulando *Roe*¹¹⁰.

A corto plazo, ese cambio a través de los nuevos nombramientos parecía muy lejano pues la mayoría de votos de *Casey* se consolidaron con Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer, propuestos e incorporados al Supremo durante el mandato del presidente Bill Clinton.

El Tribunal experimentó un ligero cambio de criterio con motivo del aborto por dilatación y extracción intacta (D&X), también conocido como *partial-birth abortion*¹¹¹. A raíz de la polémica nacional surgida en torno a este método de intervención —que para muchos (como el senador demócrata abortista Daniel Patrick Moynihan) era prácticamente un infanticidio— casi treinta estados aprueban leyes contra este procedimiento salvo que fuera necesario para salvar la vida de la madre. Una de esas leyes, la del estado de Nebraska, fue impugnada ante el Tribunal Supremo en el caso *Stenberg v. Carhart* (conocido también como *Carhart I*)¹¹². El Supremo, por mayoría de 5 contra 4, sostuvo que la ley imponía una carga indebida (*undue burden* conforme al criterio de *Casey*) sobre el derecho de la mujer a abortar; la ley resultaba, a juicio de la mayoría, inconstitucionalmente imprecisa en la descripción del procedimiento prohibido y no incluía

¹⁰⁹ Political Dictionary, *Borking*, fecha de consulta 15 marzo 2024, en <https://politicaldictionary.com/words/borking/>.

¹¹⁰ R. PUSHAW, «Defending Dobbs», cit., p. 315.

¹¹¹ «El aborto por nacimiento parcial es un procedimiento de aborto en el que se extrae parcialmente el feto del útero antes de completar la extracción y luego se destruye. También se conoce como dilatación y extracción intacta (D&X). El procedimiento de D&X se realiza generalmente después de las 20 semanas de gestación. Se realiza mediante la administración de medicamentos a la mujer para que dilate el cuello uterino. Luego, se inserta un fórceps en el útero y se agarra el feto por los pies. El feto luego se extrae del útero hasta que solo la cabeza permanezca dentro. Luego, se inserta una aguja en la cabeza del feto y se extrae por succión. Finalmente, se extrae el resto del cuerpo del feto». Información facilitada por la IA Generativa Gemini a la pregunta «¿puedes detallarme cómo es el procedimiento sanitario denominado en inglés *partial birth abortion*?», fecha de consulta 15 marzo 2024, en <https://gemini.google.com/app/734781f9102ac252>.

¹¹² *Stenberg v. Carhart*, 530 US 914 (2000).

una «excepción por razones de salud de la madre» que permitiera al proveedor de abortos decidir discrecionalmente si realizar esta práctica.

Con *Calhart I* se declaraban inconstitucionales todas las leyes estatales que prohibían el aborto mediante dilatación y extracción intacta. Sin embargo, debe advertirse que el magistrado Kennedy, el habitual «voto oscilante» del Supremo, redactó una airada opinión disidente en la que prácticamente acusaba a Souter y a O'Connor de traición: en este caso, sus colegas de la mayoría habían dejado de lado la tesis sustancial de que este procedimiento no era necesario para evitar un riesgo grave para la salud de una mujer embarazada y, en su lugar, se habían remitido al juicio de los expertos de la demanda y del doctor LeRoy Carhart, quien admitió haber utilizado la técnica independientemente de las indicaciones médicas, después de las 15 semanas de gestación. En resumen, Kennedy sostuvo que las pruebas estaban a favor de la tesis del estado de Nebraska de que la ley no impedía a ninguna mujer el acceso a un aborto seguro.

En el año 2003, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Partial Birth Abortion Ban Act*, que detallaba de forma más precisa el procedimiento D&X. Sin embargo, al igual que las leyes anuladas por inconstitucionales en *Carhart I*, la ley federal no incluía la excepción de la salud de la gestante. Fue por ello por lo que LeRoy Carhart volvió a presentar una demanda junto con otros en varios tribunales federales de distrito de EE.UU., incluidos los de San Francisco y Nueva York, y la ley federal fue declarada inconstitucional conforme a *Carhart I*. El caso llega al Supremo. La sentencia *Carhart II*, por 5 votos contra 4, y redactada por el juez Kennedy, confirmó la constitucionalidad de la ley en sus propios términos¹¹³. En cierto modo, la opinión mayoritaria del Kennedy cautivó a la opinión pública estadounidense: no cuestionó *Roe* o *Casey*, simplemente declaró que los representantes electos podían expresar la repulsión de sus electores ante un procedimiento de aborto particularmente cruel¹¹⁴.

3. *Dobbs*: la «descentralización» del aborto

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

Como antes se adelantó, el factor determinante del aborto fue quiénes ocuparían los puestos del Tribunal Supremo. Tan pronto la mayoría de los magistrados 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

¹¹³ *Gonzales v. Carhart*, 550 US 124 (2007).

¹¹⁴ R. PUSHAW, «Defending *Dobbs*», cit., p. 298.

Sotomayor para reemplazar a David Souter y a Elena Kagan como sustituta de Jean Paul Stevens, con lo que el equilibrio se mantenía por 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 (entonces juez federal) que garantizaría la perdurabilidad de la era *Roe* muchos más años. Sin embargo, los senadores republicanos se negaron a considerar a Garland, alegando que, ante la proximidad de las elecciones de 2016, debía ser el próximo presidente quien nombrara al 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. Llegó entonces la presidencia de Donald Trump y, con ella, el nombramiento recayó en Neil Gorsuch, que daba continuidad a la posición de Scalia en este asunto. La renuncia de Anthony Kennedy permitió a Trump nombrar a Brett Kavanaugh, tras unos brutales *hearings* en los que se le acusó de agresiones sexuales sin pruebas concluyentes¹¹⁵. 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 Barrett¹¹⁶. Con ella quedaba constituida una nueva mayoría potencialmente provista; 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 2018¹¹⁷. La ley tiene una amplia y esquematizada exposición

¹¹⁵ M. HEMINGWAY; C. SEVERINO, *Justice on Trial: The Kavanaugh Confirmation and the Future of the Supreme Court*, Regnery, 2019; 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>.

¹¹⁶ Difícil olvidar los prejuicios hacia una candidata con convicciones religiosas —la profesora de Derecho constitucional Amy Coney Barrett— en los *hearings* en el Senado, por parte de la senadora demócrata por California Dianne Feinstein: «Dogma and law are two different things. And I think whatever a religion is, it has its own dogma. The law is totally different. And I think in your case, professor, when you read your speeches, the conclusion one draws is that the dogma lives loudly within you, and that's of concern». S. Hrg. held Oct 12, 13, 14, 15, 2020 (transcripción oficial aún no disponible).

¹¹⁷ Miss. Code Ann. § 41-41-191. «Gestational Age Act; legislative findings and purpose; definitions; abortion limited to fifteen weeks' gestation; exceptions; requisite report; reporting

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 del útero los pedazos del bebé muerto; 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 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 médica¹¹⁸ o anomalía fetal grave¹¹⁹. 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

forms; professional sanctions; civil penalties; additional enforcement; construction; severability; right to intervene if constitutionality challenged».

¹¹⁸ 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 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.

¹¹⁹ 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.

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 2021¹²⁰. Cinco meses más tarde se filtra a la prensa el borrador de la sentencia elaborado por el magistrado Samuel Alito¹²¹. Al día siguiente, el presidente del Tribunal Supremo John Roberts hizo pública una 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»)¹²² a la denuncia de Kagan 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»)¹²³. 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. La *American Civil Liberties Union* legitimó la filtración frente al peligro de un mal mayor, la derogación de *Roe*: «La violación del protocolo del Tribunal palidece en comparación con la

¹²⁰ 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.

¹²¹ 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>.

¹²² 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/>.

¹²³ 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>.

violación de las libertades constitucionales que el Tribunal está encargado de defender»¹²⁴.

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 esta sentencia, el magistrado presidente Burger estaba sentado en su despacho leyendo la revista *Time*, y en ella 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 publicó la declaración oficial acerca de la investigación¹²⁵. Atendiendo a las averiguaciones efectuadas, el informe de la alguacil Gail Curley afirmó que no era posible determinar la identidad de la persona que pudiera 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, concluía el informe, no pueden descartar absolutamente un pirateo informático, las pruebas disponibles hasta la fecha no revelaban ese tipo de acceso indebido. Los investigadores tampoco pueden descartar, añadía 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 había logrado identificar algunas indiscreciones domésticas sobre el borrador y sobre los votos de los magistrados. Por último, se recomendaba adoptar para el futuro algunas medidas de prevención, 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 archivos, 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

¹²⁴ «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>.

¹²⁵ Supreme Court of the United States – Press Releases, *Press Release Regarding Investigation Report*, 2023, fecha de consulta 30 mayo 2023, en 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.

magistrados fueron o no sometidos a investigación¹²⁶. No creo que la filtración, al final, haya influido de forma decisiva para aumentar o disminuir la confianza del pueblo americano en la institución judicial. Más bien, su huella se habrá notado intramuros en la vida diaria de los moradores del «Templo de la Justicia» quienes, al menos durante un tiempo, vivirán en un clima de desconfianza.

3.4. *El contenido de la sentencia Dobbs*

La sentencia *Dobbs* se adoptó 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 jueces¹²⁷. Como es bien sabido, supuso el final de la era *Roe*.

La cuestión 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 mención 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, pero este derecho tampoco aparece reconocido en el texto constitucional; ese derecho a la intimidad, 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 Constitución, aunque su localización precisa no era algo definitivo o decisorio. Por su parte, *Casey* no mantuvo esta postura imprecisa, sino que sostuvo que el derecho al aborto es parte no ya de la intimidad, sino 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 Deci-

¹²⁶ J. GERSTEIN, «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>.

¹²⁷ *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, 597 U. S. (2022).

mocuarta Enmienda tiene no solo un contenido procesal o procedimental, sino también un contenido sustantivo.

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», y con distinta intensidad, 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, siempre que el derecho esté «profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición» y si es esencial para el «esquema de libertad ordenada» de la Nación¹²⁸. Ese arraigo histórico del derecho innominado ya fue objeto de análisis 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 legal¹²⁹. Y en este caso 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 el uso de este criterio 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 se abandonó en el siglo XIX y los tratadistas criticaron la distinción del movimiento fetal 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 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 fetal¹³⁰. A

¹²⁸ «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., p. 3) (internal quotation marks omitted); *McDonald*, 561 U. S., pp. 764, 767 (internal quotation marks omitted); *Glucksberg*, 521 U. S. 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., p. 12 (2022).

¹²⁹ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

¹³⁰ 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,

finales de la década de 1950, las leyes de todos los Estados, excepto cuatro y el Distrito de Columbia, prohibían el aborto salvo que se realizara 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 evidente que el aborto no está profundamente arraigado en la historia y tradición de los Estados Unidos.

El Tribunal advierte que, para los partidarios de *Roe* y *Casey*, el aborto es parte de un derecho más amplio que *Roe* denominó derecho a la intimidad y *Casey* libertad de tomar decisiones íntimas fundamentales para la dignidad y la autonomía personales. *Casey* se explayó 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 aquellas decisiones denominaban «vida potencial» y lo que la debatida ley de Mississippi 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 el principio *stare decisis*.

«“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; 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).

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 (evitando así 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*, 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 debería extrañar a los partidarios del activismo judicial, indica la sentencia, 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 aquel momento solo se habían anulado 88...¹³¹ 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 Robert Bork: «¿Qué podría decir un admirador del activismo del Tribunal Warren si el Tribunal Supremo llegara a estar dominado por *activistas conservadores*?»¹³².

¹³¹ J. L. WALTMAN, *Principled judicial restraint*, cit., cap. 2 How We Got Here, Part 1: From the Old Activism to the Warren Court.

¹³² R. H. BORK, *The tempting of America: the political seduction of the law*, Free Press, New York, 1990, p. 265.

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»¹³³.

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

En general, para analizar la conformidad de una norma limitativa de derechos con la Constitución, el Tribunal Supremo opera con tres niveles atendiendo a la importancia del derecho implicado. De menor a mayor, dichos niveles son: *rational basis test*, *intermediate scrutiny test* y *strict scrutiny test*. *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 imperativo, o de la mayor importancia (*compelling state interest*) y debe haber reducido la limitación al mínimo posible 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, 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 discapaci-

¹³³ 505 U. S., p. 963.

ciudad. Y 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*»¹³⁴. Roberts intentaba (una vez más) una vía intermedia entre el sí y el no, que salvara la autoridad del Tribunal, pero no parece que conviniera al resto, que no se sumó a este voto.

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, aclarar de una vez por todas 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 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 fundada sobre el debido proceso sustantivo es “demostrablemente errónea”»¹³⁵. Este posicionamiento de Thomas, como es sabido, 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, es decir, su misión es ser una especie de «foro de principios»¹³⁶ 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 que confirma específicamente *Roe*, se ha mantenido desde hace treinta. Y la doctrina de *stare decisis* —un elemento crítico del estado

¹³⁴ 597 U. S., p. 9 (Roberts, C. J., *concurring in judgment*).

¹³⁵ 597 U. S., pp. 1-3 (Thomas, J., *concurring*).

¹³⁶ 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>.

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 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 Tribunal¹³⁷.

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

Tras hacerse pública la sentencia *Dobbs*, me parece que en los medios jurídicos abortistas se produce lo que se podría denominar una «maximización de la derrota» a juzgar por 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 la violación marital (*marital rape*)¹³⁸, 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»¹³⁹. Para otros, *Dobbs* significa el embarazo y alumbramiento forzados para muchas mujeres¹⁴⁰, así como el aumento de traumas físicos y emocionales, de enfermedades mentales y muertes¹⁴¹; 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 admitiera el aborto para esos supuestos.

Al margen de los grandes titulares de la prensa, un análisis más pausado revela que el impacto práctico no es tan evidente¹⁴² y que las consecuencias jurídicas

¹³⁷ 597 U. S., p. 57 (Breyer, Sotomayor, and Kagan, J. J., *dissenting*).

¹³⁸ 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>.

¹³⁹ M. E. 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.

¹⁴⁰ En el imaginario social estaba latente la serie distópica «El cuento de la criada», inspirado en la novela de Margaret Atwood, estrenada en 2017.

¹⁴¹ 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/>.

¹⁴² G. N. ROSENBERG, «Abortion After Dobbs», *Law & Courts Newsletter*, vol. 32, 2, 2022.

no son tan radicales. *Dobbs* silencia todo lo referente a considerar persona al *nasciturus*¹⁴³ y si una constitución estatal establece que el aborto es un derecho fundamental «es como si *Dobbs* nunca hubiera sucedido» en ese Estado¹⁴⁴. 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 intacto 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 prohíben¹⁴⁵. Los *ballots* (iniciativas populares y referendos) estatales tras la sentencia *Dobbs* con 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 decidían 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 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)¹⁴⁶. 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 espectacu-

¹⁴³ G.V. BRADLEY, «Dobbs and Constitutional Limits on Abortion», *Human Life Review*, vol. 48, 3, 2022. Apenas un año después, este mismo constitucionalista americano sostuvo que el razonamiento de *Dobbs* sugiere que no existe base racional para tratar a quienes están en el vientre materno como algo distinto de personas. G.V. BRADLEY, «Life After Dobbs», *First Things*, 2023, fecha de consulta 6 agosto 2023, en <https://www.firstthings.com/article/2023/08/life-after-dobbs>.

¹⁴⁴ E. MECHMANN, «The Legal Consequences of Dobbs», *Human Life Review*, vol. 48, 3, 2022, p. 23.

¹⁴⁵ 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, 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.

¹⁴⁶ G. N. ROSENBERG, «Abortion After Dobbs», cit., p. 27.

lares resultados que obtuvo el partido demócrata¹⁴⁷. En fin, la medicalización del aborto¹⁴⁸ y la tele-medicina por internet (tanto desde dentro como desde fuera de los Estados Unidos)¹⁴⁹, 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 solución¹⁵⁰: asistencia sanitaria accesible y asequible para padres e hijos, incluida la ampliación 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 mejores opciones de empleo a tiempo parcial; oferta 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 hacia los hijos que engendra.

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 estados¹⁵¹. Por otro lado, estas u otras leyes se han visto 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* estatal¹⁵²; pocos días después, sin embargo, un tribunal federal declaraba que la normativa federal de tratamientos médicos de urgencia (*Emer-*

¹⁴⁷ 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>.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ 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/>.

¹⁵⁰ 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/>.

¹⁵¹ 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>.

¹⁵² *Planned Parenthood v. State of Idaho*, Docket Nos. 49615, 49817, 49899, 12 August 2022.

gency Medical Treatment and Labor Act) tenía prioridad sobre la ley estatal en materia de aborto¹⁵³. 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 cautelar¹⁵⁴. 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 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 Michigan¹⁵⁵. En Georgia, el Tribunal Supremo estatal invalidó, por una mayoría de 9 a 7 jueces, la suspensión cautelar de la *Heartbeat Abortion Ban* decretada por un tribunal estatal inferior¹⁵⁶. 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*¹⁵⁷. El 31 de mayo de 2023, el Tribunal Supremo de Oklahoma, en una decisión de 6 a 3, declaró inconstitucionales dos prohibiciones del aborto promulgadas recientemente¹⁵⁸.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Nos encontramos, en resumen, en un momento en el que el derecho de los cincuenta estados se va resituando tras la sentencia *Dobbs*¹⁵⁹, 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 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 provida 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 sentencias¹⁶⁰.

¹⁵³ *United States v. State of Idaho*, Case No. 1:22-cv-00329-BLW (D ID, Aug. 24, 2022).

¹⁵⁴ *June Medical Services, LLC v. Landry* (LA Sup. Ct., Aug. 11, 2022).

¹⁵⁵ *Planned Parenthood of Michigan v. Attorney General of the State of Michigan*, Case No. 22-000044-MM (MI Ct. Cl., Sept. 7, 2022).

¹⁵⁶ *State of Georgia v. SisterSong Women of Color Reproductive Justice Collective*, Case No. S23M0358 (GA Sup. Ct., Nove 23, 2022)

¹⁵⁷ *Planned Parenthood South Atlantic v. State of South Carolina*, Appellate Case No. 2022-001062 Opinion No. 28127 (SC Sup. Ct., Jan. 5, 2023).

¹⁵⁸ *Oklahoma Call for Reproductive Justice v. State of Oklahoma*, 2023 OK 6, Case Number: 120376 (OK Sup. Ct., May 31, 2023).

¹⁵⁹ 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>.

¹⁶⁰ 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/>.

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 transforma instantánea y automáticamente el cuerpo de una mujer en un recipiente que los gobiernos son libres de regular como les parezca»¹⁶¹.

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 aborto¹⁶².

Un esquema jurídico-político basado en políticas identitarias atribuye a la argumentación y al sector provida un sesgo religioso conservador y heteropatriarcal¹⁶³. Por su parte, la causa abortista ha sido fagocitada por nuevas creencias y espiritualidades de sesgo neopagano que asocian feminismo, política identitaria y aborto¹⁶⁴.

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?

¹⁶¹ 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/>.

¹⁶² «[...] 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.

¹⁶³ J. R. ABRAMS, «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», cit., p. 143.

¹⁶⁴ 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.

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 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, católico llamativamente piadoso, es un ferviente defensor del aborto¹⁶⁵, 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 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 aborto¹⁶⁶.

Por el contrario, las referencias en la sentencia a la religión, las creencias, etc., han venido 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”

¹⁶⁵ Parece que solo ha cambiado de postura respecto de la financiación. M. ZIEGLER, *Abortion and the law in America*, cit., p. 39.

¹⁶⁶ «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., pp. 50, 51, 53 (Opinion of the Court).

- y las creencias de diferentes personas conducían a “opiniones opuestas” sobre el aborto»¹⁶⁷.
- «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»¹⁶⁸.
 - «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 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”»¹⁶⁹.
 - «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»¹⁷⁰.

¿Cómo interpretar estas referencias? En mi opinión, es parte del relato liberal a favor del aborto, que sintetizo a continuación.

El aborto —se afirma— 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 relato 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, no es objetivo. 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

¹⁶⁷ «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., p. 7 (Breyer, Sotomayor, and Kagan, J. J., dissenting).

¹⁶⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S., p. 116.

¹⁶⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S., pp. 132-133.

¹⁷⁰ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S., p. 851.

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»).

Insisto en que la sentencia *Dobbs* no es una decisión judicial de matiz religioso. No se menciona la religión en ningún momento. Solo se acude a argumentos jurídicos quizá objetables o discutibles pero no, desde luego, por su sesgo religioso. El aborto es un asunto de intrínseca dimensión moral, pero no exclusivamente religiosa: por ello el intelectual de izquierda ateo Christopher Hitchens¹⁷¹ se manifestó en contra del aborto por motivos no religiosos¹⁷². «Que las religiones judeocristianas se opongan a robar no significa que un estado o el Gobierno federal no puedan, en consonancia con la *Establishment Clause*, promulgar leyes que prohíban el latrocinio»¹⁷³. 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 religiosa¹⁷⁴.

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

Para algunos investigadores, la Iglesia católica protagonizaría casi en exclusiva la oposición al aborto¹⁷⁵. 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 sentencia¹⁷⁶ 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

¹⁷¹ 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>.

¹⁷² 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>.

¹⁷³ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 319 (1980).

¹⁷⁴ 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/>.

¹⁷⁵ R. NOSSIFF, *Before Roe*, cit.

¹⁷⁶ 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>.

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. En ocasiones se hace alusión a las teorías teológicas medievales sobre la animación¹⁷⁷ y con ello se denuncia que es a causa del dogma religioso sobre el alma por lo que los cristianos, especialmente los católicos, creen que el aborto es malo.

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 en 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”. Afirmada mil veces por los medios de comunicación, la identificación era una técnica muy eficaz para perpetuar una leyenda»¹⁷⁸.

¹⁷⁷ *Roe v. Wade*, 410 U. S., pp. 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 prejuicio judicial sobre 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 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.

¹⁷⁸ J. T. NOONAN, *A private choice. Abortion in America in the seventies*, cit., pp. 54-55.

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 autóctona¹⁷⁹. Y si bien es cierto que las confesiones religiosas cristianas no católicas no fueron especialmente proclives a condenar el aborto¹⁸⁰, desde la segunda mitad del siglo XX se podría afirmar que la causa provida ha supuesto una «alianza transversal» entre representantes de diversos grupos religiosos¹⁸¹.

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 médico metodista afroamericana, 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 Vietnam¹⁸².

4.4. Aborto y 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, postura que defiende el grupo *The Satanic Temple*¹⁸³; y a nivel personal o individual, postulando que

¹⁷⁹ J. C. MOHR, *Abortion in America*, cit., pp. 147-170.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 182-196.

¹⁸¹ 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.), *Articles of Faith, Articles of Peace: The Religious Liberty Clauses and the American Public Philosophy*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1990, p. 57.

¹⁸² 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.

¹⁸³ 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

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 primero de forma muy resumida a 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*

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*¹⁸⁴ 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 se anuló la doctrina *Sherbert* con otra importante sentencia, *Employment Division v. Smith*¹⁸⁵, en la que se establece que las conductas ilícitas no pueden verse despenalizadas judicialmente en virtud de 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 1993¹⁸⁶, apoyada por la práctica totalidad del espectro de grupos religiosos, ideológicos y políticos estadounidenses¹⁸⁷ 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*¹⁸⁸ sobre una regulación urbanística que afectaba a la ampliación de un lugar de culto, declara que el Congreso federal con la *Religious Freedom Restoration Act* se había excedido en sus competencias respecto de asuntos reservados a los estados, de forma que parte de la ley quedó invalidada. Y como reacción a esta sentencia se

Its Abortion Ritual», *Religion Clause*, 2023, fecha de consulta 5 febrero 2023, en <http://religion-clause.blogspot.com/2023/02/satanic-temple-opens-reproductive.html>; *ibid*.

¹⁸⁴ *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.

¹⁸⁵ *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.

¹⁸⁶ *The Religious Freedom Restoration Act of 1993*, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (November 16, 1993), codified p. 42 U.S.C. § 2000bb.

¹⁸⁷ D. LAYCOCK, «The Religious Freedom Restoration Act», *Brigham Young University Law Review*, vol. 1993, 1993.

¹⁸⁸ *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997).

produce un doble movimiento legislativo: por una parte, el Congreso federal aprueba la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* en 2000¹⁸⁹, que aplica la doctrina *Sherbert* a áreas jurídicas muy concretas que salvan la competencia de los estados (prisiones y normas urbanísticas aplicables a los lugares de culto); y, por otro lado, 23 estados de la Unión aprobaron sus propias leyes estatales de protección de la libertad religiosa.

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

Algunos sectores a los que se pedía el apoyo para la aprobación de aquella *Religious Freedom Restoration Act* federal de 1993, pusieron como reparo a la futura ley la posibilidad de que, amparándose en ella, se pudiera reclamar un derecho al aborto por motivos religiosos, particularmente si en el futuro se anulaban *Roe* y *Casey*. Algún reputado académico americano calificó estos reparos como «temores infundados»¹⁹⁰. Sin embargo, los temores infundados se han hecho realidad.

Efectivamente, después de *Dobbs* se ha defendido que las 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 fundamental¹⁹¹. Complementariamente, otro destacado sector considera que, aun cuando la hipótesis de un derecho al aborto por motivos religiosos sea posible, y a pesar de que la doctrina del Tribunal Supremo federal ha ido aumentando su halo protector en materia de libertad religiosa, los jueces del alto tribunal denegarían la exención de responsabilidad penal por motivos religiosos en el delito de 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 amparar algunos casos y desestimar otros (este del aborto, en concreto)¹⁹².

Lo anterior no pasaría de un simple pasatiempo académico, de no ser porque la realidad —una vez más— supera la ficción: en Indiana se presentó una demanda solicitando la suspensión cautelar, por motivos religiosos, de la ley estatal sobre aborto, mientras el Tribunal Supremo estatal resolvía si la ley estatal infringe o

¹⁸⁹ The *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA), Pub. L. 106-274, codified as 42 U.S.C. § 2000cc

¹⁹⁰ D. LAYCOCK, «The Religious Freedom Restoration Act», cit., p. 238.

¹⁹¹ C. M. CORBIN, «Religious Liberty for All? A Religious Right to Abortion», *Wisconsin Law Review*, 2, 2023, pp. 495-506.

¹⁹² 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>; E. SEPPER, «Free Exercise of Abortion», *SSRN Electronic Journal*, 2023, fecha de consulta 14 marzo 2024, en <https://www.ssrn.com/abstract=4553079>.

no el derecho fundamental a la libertad y a la intimidad. La ley de Indiana, en concreto, prohíbe los abortos excepto para salvar la vida de una mujer o para prevenir un riesgo grave para la salud, o (durante períodos de tiempo limitados) cuando exista una anomalía fetal letal o el embarazo sea consecuencia de violación o de incesto.

La demandante fue 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 sostuvo que la nueva ley del aborto violaba la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de Indiana.

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 perjudicial¹⁹³.

Es errónea —afirman— porque los demandantes no son víctimas reales, sino potenciales: el conflicto es una mera especulación. Es como invitar a un juez a impartir una clase a estudiantes de Derecho sobre un caso hipotético, y que lo que diga en clase se convierta 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»¹⁹⁴. 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, no de ACLU ni quizá de todos los demandantes individuales. Tercero, porque al margen de las «confesiones religiosas de conveniencia» (*Flying Spaghetti Monster*, *Church of Marijuana*, *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

¹⁹³ 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>.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 7.

judíos¹⁹⁵. 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 juez —sostienen los autores del *amicus curiae brief*— se equivoca 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 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 exenciones a la responsabilidad criminal por el aborto en la ley de Indiana (violación, incesto, anomalías fetales mortales y peligro para la vida de la embarazada) 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 kevoorkianos siempre estaría protegido por la RFRA.

Y por último, a juicio de los firmantes del *amicus curiae brief*, 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 muy posible que de inmediato se solicite 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.

El 3 de diciembre de 2022, un juez estatal de primera instancia dictó orden judicial cautelar prohibiendo aplicar la ley contra las demandantes, cuyas creencias religiosas permiten o exigen abortos en situaciones condenadas por dicha ley¹⁹⁶. El juez, invocando la RFRA de Indiana, indicó que las demandantes no compartían la creencia del Estado de que la vida comienza en el momento de la fecundación o que el aborto constituye la eliminación intencionada de una vida humana; por el contrario, tienen creencias religiosas diferentes acerca de cuándo comienza la vida, y sostienen que en determinadas circunstancias estarían obligadas a abortar. El Estado, añade el juez, no ha hecho valer un interés apremiante para negarse a proporcionar una excepción a las demandantes, y la ley admite excepciones a su estricta observancia, pero por razones no religiosas, por lo que debe otorgarse su suspensión.

¹⁹⁵ 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/>.

¹⁹⁶ *Anonymous Plaintiff 1 v. Individual Members of the Medical Licensing Board of Indiana* (IN Super. Ct., Dec. 2, 2022), fecha de consulta 19 abril 2024, en <https://www.documentcloud.org/documents/23329379-order-on-preliminary-injunction-anonymous?responsive=1&title=1>.

El 30 de junio de 2023, el Tribunal Supremo de Indiana dictó la esperada sentencia sobre el tema, rechazando la alegación de inconstitucionalidad de la ley sobre el aborto. En su sentencia¹⁹⁷ el Tribunal Supremo no respaldó la petición de los demandantes de una medida cautelar impugnando la totalidad de la ley en todas las circunstancias imaginables, sosteniendo que la Constitución de Indiana dejaba amplio margen de regulación a favor de la Asamblea legislativa del Estado.

No terminaron ahí las batallas judiciales en Indiana: el 4 de abril de 2024 un tribunal de apelación ratificó que las demandantes tienen derecho a una medida cautelar porque se infringe la RFRA cuando la ley prohíbe abortar siguiendo las propias creencias religiosas¹⁹⁸. Sin embargo, el tribunal consideró que la medida cautelar dictada en primera instancia iba más allá de la mera protección de los derechos religiosos de las demandantes y devolvió el caso para que adaptara su medida cautelar más restrictiva. El tribunal de apelación (empleando a su favor precedentes del Tribunal Supremo federal) sostuvo que, si una empresa puede manifestar su religión negándose a suministrar anticonceptivos con efectos abortivos por motivos religiosos a sus empleadas, es lógico que una persona embarazada pueda ejercer su religión y abortar.

Aún es pronto para afirmar con seguridad que se vaya a producir un extendido «efecto contagio» de estos episodios judiciales en otros estados de la Unión. En parte, porque en la actualidad solo 28 estados tienen una *Religious Freedom Restoration Act* (otros 9 suplen la ausencia de ley con precedentes judiciales); y en parte también porque el texto de cada una de las leyes estatales no es idéntico.

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 admi-

¹⁹⁷ *Members of the Medical Licensing Board of Indiana v. Planned Parenthood Great Northwest, Hawai'i, Alaska, Indiana, Kentucky, Inc.* (IN Sup. Ct., June 30, 2023), fecha de consulta 19 abril 2024, en <https://law.justia.com/cases/indiana/supreme-court/2023/22s-pl-00338.html>.

¹⁹⁸ *Individual Members of the Medical Licensing Board of Indiana v. Anonymous Plaintiff 1* (IN App., April 4, 2024), fecha de consulta 19 abril 2024, en <https://religionclause.blogspot.com/2024/04/indiana-appeals-court-plaintiffs.html>.

tir la objeción de conciencia, la «mala conciencia del poder»¹⁹⁹ 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 de conductas (la sodomía) a su institucionalización (el matrimonio de personas del mismo sexo), de forma que la objeción de conciencia se contempla como una anomalía inadmisibles que 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). 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 legítimo de sus derechos constitucionales²⁰⁰.

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 salud²⁰¹. 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 iden-

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ 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; D. NEJAIME; R. B. SIEGEL, «Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics», *Yale Law Journal*, vol. 124, 2014.

²⁰¹ «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>.

tividad corporal, trasplantes de órganos mercantilizados no procedentes de donación altruista, empleo no recreativo de opiáceos y marihuana²⁰².

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 entienden 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; recordemos aquí que 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 prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción»²⁰³. 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 acción en conciencia no debería recibir ninguna?»²⁰⁴: 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. Y en el caso de que el Estado no estuviera dispuesto a otorgar exenciones a la responsabilidad penal por actuación sanitaria en conciencia, entonces —se concluye— se debe o bien suprimir la objeción de conciencia, 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 usuarios²⁰⁵ 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 acciones conflictivas que defiende la izquierda

²⁰² D. FOX, «Medical Disobedience», *Harvard Law Review*, vol. 136, 4, 2022, pp. 1052-1063.

²⁰³ STC 154/2002, de 18 de julio, BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002, ES:TC:2002:154, fundamento jurídico 12.

²⁰⁴ D. FOX, «Medical Disobedience», cit., p. 1065.

²⁰⁵ «Providers affirm their obligations to put patient interests first by honoring the wishes of people in need of medical treatment». *Ibid.*, p. 1074.

(aborto, eutanasia, 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 discutibles²⁰⁶. 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

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 otras²⁰⁷. 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. Con facilidad, el factor religioso se convierte en arma arrojada

²⁰⁶ S. D. SMITH, *The Disenchantment of Secular Discourse*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2010, pp. 70-106.

²⁰⁷ 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.

para descalificar argumentos y personas de la discusión pública. Discusión que continúa y continuará en los años venideros.

6. Referencias bibliográficas

- ABRAMS, J. R., «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», *ConLaw-Now*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 131-149.
- 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 <https://www.technologyreview.com/2023/01/09/1064871/abortion-pills-telemedicine-10-breakthrough-technologies-2023/>.
- ACLU, «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.
- 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 19 marzo 2024, 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.
- BRADLEY, G. V., «Life After Dobbs», *First Things*, 2023, fecha de consulta 6 agosto 2023, en <https://www.firstthings.com/article/2023/08/life-after-dobbs>.

- 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.
- 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.
- 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.
- 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>.
- 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>.
- HEMINGWAY, M.; SEVERINO, C., *Justice on Trial: The Kavanaugh Confirmation and the Future of the Supreme Court*, Regnery, 2019.
- 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.
- 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.
- LINTON, P. B., «Enforcement of State Abortion Statutes after Roe: A State-by-State Analysis», *University of Detroit Law Review*, vol. 67, n.º 2, 1989, pp. 157-260.
- LOUGHLIN, M., *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, 2022, fecha de consulta 12 marzo 2024, en <https://www.perlego.com/es/book/3449811/against-constitutionalism>.
- 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.
- PUSHAW, R., «Defending Dobbs: Ending the Futile Search for a Constitutional Right to Abortion», *San Diego Law Review*, vol. 60, n.º 2, 2023, p. 265.
- 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.
- 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>.
- SEPPER, E., «Free Exercise of Abortion», *SSRN Electronic Journal*, 2023, fecha de consulta 14 marzo 2024, en <https://www.ssrn.com/abstract=4553079>.
- 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.
- SNEAD, O. C., *What It Means to Be Human*, Harvard University Press, 2020.
- 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/>.
- 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.
- YGLASIAS, 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.

Capítulo 3

Derecho a la vida, aborto y discriminación en Estados Unidos, España y otros países europeos

Elena García-Antón Palacios

Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO CON RELACIÓN AL ABORTO. 2.1. *El aborto es un derecho constitucional (Roe vs. Wade)*. 2.2. *El aborto no es un derecho constitucional (Dobbs v. Jackson)*. 2.3. *Regulación legal del aborto en los estados después de Dobbs*.— 3. LA DISPARIDAD NORMATIVA EN TORNO AL ABORTO EN EUROPA.— 4. CONCLUSIONES.— 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

Hoy por hoy, desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) no cabe discusión acerca de que la dignidad es la base de los derechos humanos de todas las personas. A su vez, es cierto que tales derechos, ya sean reconocidos a nivel internacional o nacional, están ligados intrínsecamente al derecho a la vida, pues sin él, todos los demás derechos pierden su significado y relevancia. En consecuencia, es fácil inferir que la vida es la base sobre la cual se construyen y se garantizan todos los demás derechos humanos, ya que sin ella no sería posible disfrutar de ninguna otra libertad o derecho. Por consiguiente, resulta un deber fundamental proteger y respetar el derecho a la vida como la piedra angular de cualquier sistema jurídico que busque promover la dignidad y el bienestar de todas las personas¹.

De igual manera, resulta evidente que el derecho a la vida reconocido en la DUDH y en todos los tratados internacionales de derechos humanos, confronta

¹ A. E. PÉREZ LUÑO, «Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos», en V. MORENO CATENA (coord.), *Problemas actuales de la justicia. Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alvis y Armario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988; I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «Dignidad de la persona y funciones del Derecho constitucional», en *Estudios de Deusto*, Vol. 59/1 (2011), pp. 357-366; M. ROCHA ESPÍNDOLA, «La persona y el libre desarrollo de su personalidad. Algunos aspectos constitucionales y civiles», en *Anuario jurídico Villanueva*, n.º 8 (2014), pp. 249-268; A. M. GARCÍA CUADRADO, «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», en *Persona y Derecho*, n.º 67 (2012), pp. 449-514; D. VON DER PFORDTEN, *Dignidad humana*, Atelier, 2020.

directamente con la denominada interrupción voluntaria del embarazo o el llamado derecho al aborto. El conflicto surge ante el hecho de que cuando una mujer ejerce el derecho al aborto se acaba con otra vida humana. Ante estas evidencias y dada la complejidad de este debate por la repercusión social que genera, en el año 2022, el Tribunal Supremo de Estados Unidos puso en valor no sólo la libertad de la mujer para decidir cuándo acabar con su embarazo, sino también el interés legítimo de los estados en proteger la vida del no nacido, mediante la resolución del caso *Dobbs*.

En este trabajo analizaremos los razonamientos del Alto Tribunal para justificar que no existe el derecho constitucional al aborto. Para situar la magnitud de esta sentencia y situarla en el sistema propio del *common law*², analizaremos, en primer lugar, la sentencia *Roe vs. Wade* dictada en 1973, en la que el propio Tribunal Supremo estableció lo contrario, junto a otras de especial interés en esta materia. Tal disrupción en la concepción del derecho al aborto supuso de nuevo la división social entre aquellos que celebraban el fallo y sus detractores, lo que ha llevado a la disparidad de normativas entre los estados que restringen o prohíben el aborto en ciertas circunstancias y los que tienen leyes más permisivas.

Después de estudiar la cuestión en EE.UU., repasaremos la legislación aplicable en algunos de los principales países europeos en los que, a pesar de la alardosa reforma de la Constitución francesa para garantizar el aborto en su carta magna, la realidad nos muestra que no existen dos normas que regulen igualmente el aborto y en las que se equilibren de la misma forma los intereses de la mujer embarazada, los de las menores de edad y sus padres, los de las personas con discapacidad, los del padre del concebido y la vida del propio concebido, pero no nacido. Dado el alcance y la extensión del tratamiento jurídico que suscita la colisión de la práctica del aborto con el derecho a la objeción de conciencia, dejaremos fuera de nuestro estudio la objeción de conciencia del personal sanitario.

Por último, recordando como fuente de los derechos humanos la dignidad de la persona, realizaremos una serie de consideraciones finales para dar cuenta de que en un Estado democrático el valor de toda vida humana debe ser el eje central de cualquier norma aprobada por el Estado.

2. La doctrina del Tribunal Supremo norteamericano con relación al aborto

2.1. *El aborto es un derecho constitucional (Roe vs. Wade)*

Durante la década de los 60 del siglo pasado, mientras ciertos movimientos sociales reivindicaban el papel de la mujer en todos los ámbitos de la sociedad,

² N. DEL BARRIO, *La jurisprudencia en el common law: desde la perspectiva del jurista continental*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

incluyendo entre sus reclamaciones de forma vehemente el derecho a abortar, en el plano legislativo eran veinte los estados de Norteamérica que disponían en sus respectivas legislaciones la práctica del aborto como un delito³. Ante esta tipificación, comenzó a plantearse la posibilidad de procurar la declaración de inconstitucionalidad de la tipificación del aborto como un delito, a través de un procedimiento judicial.

El primer paso hacia dicha declaración lo dio el Tribunal Supremo, el 7 de junio de 1965, con el dictamen de la sentencia del caso *Griswold v. Connecticut*⁴. En este asunto, el objeto de la controversia versaba sobre una ley de Connecticut vigente desde 1879 que criminalizaba el uso de métodos anticonceptivos por parte de los matrimonios. En 1961, el matrimonio formado por el ginecólogo C. Lee Buxton y su esposa Estelle Griswold abrieron una clínica en la que ofrecían orientación a otros matrimonios acerca del uso de estos métodos. Dicho asesoramiento resultaba contrario a la ley de Connecticut, por lo que ambos fueron arrestados y, en última instancia, el caso llegó al Tribunal Supremo, que declaró la inconstitucionalidad de la ley por 7 votos frente a 2.

El ponente de la sentencia fue el juez Douglas y expuso que esta ley opera directamente en la íntima relación entre marido y mujer y su rol físico en esa relación. Respecto a la constitucionalidad de la norma señala que la disposición que prohíbe el uso de anticonceptivos vulnera el derecho a la privacidad conyugal, que se encuentra dentro de la «penumbra» de las garantías específicas del *Bill of Rights*, en concreto, las enmiendas I, III, IV, V y IX. Por ello, el presente caso se refiere a una relación enmarcada dentro de la zona de privacidad creada por varias garantías constitucionales por lo que no puede aplicarse el principio del Tribunal que indica que el propósito gubernamental de controlar o impedir actividades constitucionalmente sujetas a la regulación estatal no puede lograrse por medios que abarquen innecesariamente y, por lo tanto, invadan la esfera de las libertades protegidas.

Por su parte, el *justice* Black presentó un voto disidente en el que declaró que no existe el derecho a la *privacidad* en la Constitución, ya que el mismo no está recogido de forma expresa en ella.

A pesar de que durante las sesiones del juicio el letrado de la parte recurrente, Thomas I. Emerson, se mostró contrario a que el caso se relacionase con los propios del pretendido derecho al aborto⁵, este fallo sirvió como precedente

³ R. S. BARKER, «La controversia sobre el aborto en los Estados Unidos: las dimensiones constitucionales», *Derecho*, n.º 45 (1991), p. 338; B. DICKENS y R. COOK, «The Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform», en *Human Rights Quarterly*, n.º 25 (2003), pp. 8-10.

⁴ 381 US 479 (1965).

⁵ Los argumentos expuestos en la vista de los días 29 y 30 de marzo de 1965 pueden consultarse en *Griswold v. Connecticut Oyez*, www.oyez.org/cases/1964/496. A la pregunta del *justice* Hugo L. Black: «Would your argument concerning these things you've been talking about relating to privacy, invalidate all laws that punish people for bringing about abortions?», el abogado Emer-

para las sentencias que estarían por llegar para combatir en los tribunales las leyes que proscibían las prácticas abortivas.

Con estos antecedentes, en 1973 el Tribunal Supremo dictaría la histórica y discutida sentencia *Roe vs. Wade*⁶. La materia objeto de debate se refería a la inconstitucionalidad o no de la legislación de Texas que tipificaba como delito la práctica del aborto, salvo los que se realizaran por prescripción médica cuando estuviera en peligro la vida de la madre. La demandante era la señora Norma McCorvey, quien después de haber dado a luz a dos hijos y haberlos entregado en adopción, no quería continuar con la gestación del tercero. La señora Norma, bajo el pseudónimo legal Jane Roe, residente en Texas, no disponía de dinero para trasladarse a otro estado donde llevar a cabo el aborto. Dichas circunstancias fueron aprovechadas por las abogadas Sarah Weddington y Linda Coffee quienes le prestaron sus servicios para presentar la demanda que daría lugar al reconocimiento por parte del Alto Tribunal del derecho al aborto, si bien, dado el largo proceso judicial, el bebé llegó a nacer⁷ y fue también entregado en adopción⁸.

Después de que el juzgado federal del distrito norte de Texas dictase sentencia el 17 de junio de 1970⁹ declarando, por un lado, inconstitucional por vulneración de la IX enmienda la tipificación del aborto como delito y, por otro, rechazando la solicitud de condena por la que se pretendía que el estado se abstuviera de ejecutar la legislación penal en materia de aborto, el asunto llegó al Tribunal Supremo mediante el procedimiento de apelación.

La opinión del Tribunal redactada por el juez Blackmun se dio a conocer el 22 de enero de 1973. A diferencia de la sentencia de instancia que circunscribía el asunto en la IX enmienda, el fallo del Tribunal Supremo giraba en torno al reconocimiento implícito del derecho a la intimidad procurado en la XIV enmienda¹⁰. En concreto, dispone que la Constitución no menciona explícitamente ningún derecho a la intimidad. Sin embargo, —continúa— en una serie de decisiones que se remontan quizá a *Union Pacific R. Co v. Botsford*¹¹, el Tribunal ha reconocido que el derecho a la intimidad personal o a garantizar

son contestó: «No, I think it would not cover the abortion laws or the sterilization laws, Your Honor» (último acceso, 27 de marzo de 2024).

⁶ 410 U.S. 113 (1973).

⁷ El bebé dado en adopción es la señora Shelley Lynn Thornton y cuenta su historia en el libro *The Family Roe: An American Story*, escrito por Joshua Prager.

⁸ Cfr. J. D. GÓMEZ, «La legalización del aborto en Estados Unidos», en *Verbo*, n.º 531-532 (2015), pp. 65-71.

⁹ 314 F. Supp. 1217 (N.D. Tex 1970).

¹⁰ XIV Enmienda: «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».

¹¹ 141 U.S. 250,251 (1891).

ciertas áreas o zonas de intimidad existe al amparo de la Constitución. En varios contextos, el Tribunal o algunos jueces a título individual han encontrado, al menos, raíces de este derecho en la I, IV, V, y IX enmiendas o en el concepto de libertad garantizado en el primer párrafo de la XIV enmienda. Estas decisiones dejan claro que únicamente los derechos individuales que puedan considerarse «fundamentales» o «implícitos en el concepto de libertad ordenada» se incluyen en esta garantía de intimidad personal. Este derecho a la intimidad, ya sea con base en el concepto de libertad personal de la XIV enmienda y en las restricciones a la acción estatal, como creemos lo está, o como el juzgado de distrito determinó, en los derechos que el pueblo conserva según la IX enmienda, es lo suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer de terminar o no con su embarazo. Es evidente el perjuicio que el Estado impondría a la mujer embarazada al negarle totalmente esta elección¹².

Bajo esta premisa interpretativa, el Tribunal terminaría estableciendo una serie de plazos en los que la mujer embarazada podría abortar libremente. Tal justificación se basa en que el Estado tiene, por una parte, un interés importante y legítimo en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada, ya sea residente del Estado o no, que busca consulta y tratamiento médico allí y, por otra, mantiene otro interés en proteger la potencialidad de la vida humana. Estos intereses son independientes y distintos. Cada uno de ellos va creciendo sustancialmente a medida que el embarazo va llegando a término y, según el momento del embarazo, cada uno de ellos se vuelve *compelling*¹³.

En consecuencia, fue el Tribunal quien con su sentencia y no a través de una ley, dispuso los plazos para que las mujeres pudieran abortar en Estados Unidos. De este modo, el fallo argumentaba que una ley penal que tipificase el aborto de forma similar a como lo hacía la vigente norma de Texas, que sólo excluía del tipo penal el aborto realizado para salvar la vida de la madre, sin tener en cuenta el estado de gestación y sin reconocer los otros intereses que entran en juego, vulneraba la cláusula del debido proceso de la XIV enmienda¹⁴. Los plazos, por tanto, eran los siguientes¹⁵:

- a) Durante el período anterior a aproximadamente el final del primer trimestre, la decisión de abortar y su realización debe dejarse a juicio médico o del médico que atiende a la mujer embarazada.
- b) Durante el siguiente período a aproximadamente el final del primer trimestre, el estado, en el ejercicio de su interés en preservar la salud de la madre, puede, si lo desea, regular el procedimiento para realizar abortos de forma razonable para asegurar la salud materna.

¹² 410 U.S. 113 (1973), 76-77.

¹³ 410 U.S. 113 (1973), 94.

¹⁴ *Ibid.*, 100.

¹⁵ *Ibid.*, 101-103.

- c) Durante el período siguiente a la viabilidad, el estado para promover su interés en la potencial vida humana puede, si lo elige, regular, e incluso prohibir el aborto excepto si es necesario, de acuerdo con el criterio apropiado de un médico, para preservar la vida o la salud de la madre.

Esta extralimitación de las funciones jurisdiccionales fue objetada en sendos votos particulares de los *justices* B. White y W. Rehnquist acompañados a la sentencia. Esta tendencia al activismo judicial sería posteriormente debatida en diversas sentencias del propio Tribunal hasta llegar a *Dobbs*¹⁶.

Así las cosas, tras el dictamen *Roe* se derogó la norma penal de Texas y todas aquellas de otros estados que no contemplaban la posibilidad de abortar libremente durante el primer trimestre del embarazo, creando el deber de los estados de garantizar el aborto bajo estas condiciones.

A este caso le sucedieron otros de naturaleza semejante, *Casey*¹⁷ y *Gonzalez v. Carhart*¹⁸, en los que el mismo Tribunal Supremo fue desarrollando o matizando su doctrina sobre el derecho al aborto y la facultad de los estados de regularlo.

En el primero de ellos, el debate presentado ante el Tribunal se centraba en los requisitos dispuestos en la *Pennsylvania Abortion Control Act*, del estado de Pennsylvania que había sido reformada en el año 1988. Estos requisitos previos al aborto consistían en que el médico debía informar a la mujer sobre las alternativas al aborto y los riesgos sobre la salud que ello conllevaba 24 horas antes de practicarlo; que las mujeres casadas debían acreditar que habían informado a su esposo sobre la decisión tomada; y que las menores de edad debían recabar el consentimiento de al menos uno de los padres o tutores.

En el fallo dictado en 1992, el Tribunal proclamó la validez de los requisitos, salvo el relativo a la obligación de la esposa de notificar a su esposo la decisión. En su motivación, la sentencia afirmó que para proteger el derecho central reconocido por *Roe* y al mismo tiempo tener en cuenta el profundo interés del Estado en proteger la vida potencial, el método de análisis del caso sería el de la carga indebida, en base al cual, existe una carga indebida y, por lo tanto, una disposición de la ley es inválida si su propósito o efecto es colocar un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto antes de que el feto alcance la viabilidad¹⁹. Por ello, el Tribunal rechaza el rígido marco trimestral establecido en *Roe*. Para promover el profundo interés del Estado en la salvaguarda de la vida potencial, durante el embarazo el Estado puede tomar medidas para garantizar que la elección de la mujer sea informada, y las medidas diseñadas

¹⁶ Un análisis sobre esta jurisprudencia *vid.* J. PÉREZ ALONSO, «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de *Roe v. Wade* a *Dobbs v. Jackson*», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 51 (2023), pp. 538-548.

¹⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. 505 US 833 (1992).

¹⁸ *Gonzalez v. Carhart*. 550 US 124 (2007).

¹⁹ Sobre qué es un embrión *vid.* L. JEROME, *¿Qué es el embrión humano?*, Rialp, 2010; R. P. GEORGE y C. TOLLEFSEN, *Embrión. Una defensa de la vida humana*, Rialp, 2012.

para promover este interés no serán invalidadas siempre y cuando su propósito sea persuadir a la mujer para que elija el parto sobre el aborto. Estas medidas no deben suponer una carga indebida para el derecho. Como ocurre con cualquier procedimiento médico, el Estado puede promulgar normas para mejorar la salud o la seguridad de una mujer que busca un aborto. Las disposiciones sanitarias innecesarias que tienen el propósito o efecto de presentar un obstáculo sustancial para una mujer que busca un aborto imponen una carga indebida al derecho.

Este análisis de la carga indebida no modifica la posición central de *Roe v. Wade*, por lo que la misma queda ratificada. Independientemente de si se hacen excepciones para circunstancias particulares, un estado no puede prohibir a ninguna mujer tomar la decisión final de interrumpir su embarazo antes de la viabilidad. El Tribunal reafirma también su posición de *Roe* de que «después de la viabilidad, el Estado, al promover su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si así lo decide, regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando sea necesario para preservar la vida o salud de la madre, según un criterio médico apropiado»²⁰.

En resumen, el Tribunal Supremo en *Casey* avaló los puntos de la norma que establecen que un médico puede informar sobre el desarrollo del feto a una paciente, que se deba esperar al menos 24 horas para realizar un aborto, que los médicos tienen que mantener archivos detallados sobre los abortos y que es razonable que las adolescentes tengan que obtener el permiso de uno de sus padres antes de realizar la intervención abortiva.

Transcurrido el siglo XX, los avances científicos y médicos que pueden servir tanto para arrojar luz sobre el momento del inicio de la vida humana y su protección incluso antes del nacimiento²¹ como para desarrollar nuevas técnicas abortivas, llegaron a la mesa del Tribunal Supremo en el año 2007. En el asunto *Gonzalez v. Carhart* se cuestionaba la constitucionalidad del apartado dispuesto en la Partial – Birth Abortion Ban Act²², aprobada por el Congreso en el que se prohibía que los médicos llevaran a cabo la dilatación y evacuación intactas como procedimientos médico-quirúrgicos para abortar, es decir, que los facultativos no podían usar dicha técnica para practicar el aborto. Ante esta situación, el médico Leroy Carhart junto a otros médicos que realizaban abor-

²⁰ 550 US 124 (2007), 878.

²¹ «La Fe hace historia: primer tumor extirpado a una bebé antes de nacer. La operación suponía quitar un bulto cardíaco que ponía la vida en riesgo tanto de la niña como de la madre». El Hospital Universitario y Politécnico de La Fe de Valencia ha conseguido con éxito, por primera vez en España, la extirpación de un tumor cardíaco a una bebé diagnosticada antes de nacer. Se trataba de un tumor poco frecuente y descubierto en la semana 24 de la gestación, todavía durante el período fetal. Disponible en <https://www.lasprovincias.es/valencia-ciudad/interviene-exito-tumor-bebe-nacer-20240325135926-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.lasprovincias.es%2Fvalencia-ciudad%2Finterviene-exito-tumor-bebe-nacer-20240325135926-nt.html> (última consulta, 28 de marzo de 2024).

²² 18 USC 1531 (2003).

tos después del primer trimestre impugnaron la norma al entender que era demasiado vaga, que suponía una carga indebida en la capacidad de una mujer para elegir abortar en el segundo trimestre y que carecía de una excepción para proteger a la mujer en caso de que su salud estuviera en riesgo, tal y como se sostiene en el caso *Stenberg*²³.

La respuesta del Tribunal indicó que la norma era constitucional porque no resultaba vaga y no generaba una carga indebida sobre el derecho de la mujer a abortar, ya que la prohibición sólo se aplicaba en los procedimientos médicos de dilatación y evacuación intacta, dejando al margen otros procedimientos más comunes.

Respecto al legítimo interés del estado en preservar y promover la vida fetal consideró que la normativa que únicamente crea un mecanismo estructural mediante el cual el Estado expresa un profundo respeto por la vida del no nacido está permitida, si no constituye una carga sustancial sobre el derecho de la mujer a decidir sobre el término prematuro de su embarazo. En definitiva, concibió que la XIV enmienda no impide que los estados aprueben una ley contra el aborto por nacimiento parcial (*partial-birth abortion*), si el estado basa sus razonamientos en cuestiones éticas y morales que no se aplican a la mayoría de las otras formas de aborto.

Sentados estos precedentes judiciales, más allá de las dimensiones constitucionales y las restricciones para los legisladores de los cincuenta estados norteamericanos, el debate social entre los grupos de presión a favor y en contra del aborto continuaron e incluso continúan después de que el Tribunal Supremo anulara la doctrina *Roe* en el año 2022, a través del dictamen de la sentencia del caso *Dobbs*.

2.2. *El aborto no es un derecho constitucional (Dobbs v. Jackson)*

El 24 de junio de 2022 es el día en que el Tribunal Supremo de Estados Unidos marcaría otro hito en la historia judicial del país. En esta fecha se dictó la sentencia que traza un nuevo rumbo en relación con el derecho a la vida y el aborto, al dictaminar que la Constitución federal no cobija el derecho al aborto²⁴.

En este asunto se planteaba la constitucionalidad de la *Gestational Age Act* dictada en el estado de Mississippi, la cual dispone que excepto en una emer-

²³ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000). Conforme a esta sentencia, según la XIV enmienda, un estado no puede aprobar una ley antiaborto que no incluya una excepción en los casos en que está en peligro la salud de la madre.

²⁴ E. G. ESTEVA GALLICCHIO, «El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo de Estados Unidos», en *Revista de Derecho*, Vol. XXI, n.º 42 (2022), pp. 171-192.

gencia médica, o en el caso de una «anormalidad fetal severa», una persona no realizará, inducirá ni intentará realizar o inducir un aborto a menos que un médico haya determinado previamente que la edad probable gestacional del ser humano no nacido no supera las 15 semanas²⁵, es decir, que estaba prohibida la práctica del aborto salvo casos de emergencia médica o anormalidad fetal grave cuando el embarazo hubiera superado las 15 semanas de gestación.

Con la entrada en vigor de esta ley en el año 2019, una clínica abortista, *Jackson Women's Health Organization* y uno de sus médicos, Sacheen Carr-Ellis, impugnaron la citada ley por considerarla inconstitucional, al entender que la misma era contraria a la doctrina *Roe* y *Casey*. El procedimiento discurrió en primera instancia en el Tribunal de Distrito y, posteriormente, en el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito, obteniendo los demandantes pronunciamientos favorables en ambas instancias.

En junio de 2020 la parte recurrente, Thomas E. Dobbs²⁶ presentó el caso ante el Tribunal Supremo a través del procedimiento de revisión del *writ of certiorari*²⁷ y, tras la filtración de un borrador de la sentencia a un medio de comunicación en mayo de 2022, el 24 de junio del mismo año se hizo pública la sentencia que afirmarí que la Constitución no confiere un derecho al aborto; que la doctrina de los casos *Roe* y *Casey* quedan sin efecto; y que la autoridad para regular el aborto vuelve al Pueblo y sus representantes electos.

El fallo fue redactado por el juez Samuel Alito y contó con cinco votos a favor y cuatro en contra²⁸.

Como punto de partida, Alito describe las distintas posturas que suelen tenerse sobre la legalización del aborto en el ámbito social. Considera que «el aborto presenta un problema moral profundo sobre el cual los estadounidenses tienen puntos de vista intensamente contradictorios. Algunos creen fervientemente que una persona humana comienza en el momento de la concepción y que el aborto acaba con una vida inocente. Otros consideran que cualquier regulación del aborto invade el derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo e impide que las mujeres alcancen la plena igualdad. Otros piensan que el aborto debe permitirse en algunas circunstancias, pero no en todas, y dentro de este grupo existe

²⁵ 2019 Mississippi Code Title 41 – Public Health Chapter 41 – Surgical or Medical Procedures; Consents Gestational Age Act. § 41-191.

²⁶ Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health. Thomas E. Dobbs es médico, profesor y decano de la *John D. Bower School of Population Health*. Información disponible en https://www.umc.edu/FacultyProfile/Dobbs_Thomas_E/ (última consulta, 27 de marzo de 2024).

²⁷ Rules 10-16. *Rules of the Supreme Court of the United States*, vigentes desde el 1 de enero de 2023. Disponibles en <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023rulesofthecourt.pdf> (última consulta, 27 de marzo de 2024).

²⁸ Samuel Alito escribió la opinión del Tribunal, a la cual se unieron Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Barrett. Opinión disidente de Breyer, Sotomayor, y Kagan. Votos concurrentes de Thomas y Kavanaugh.

una serie diversa de puntos de vista sobre las restricciones particulares que deben imponerse»²⁹.

Repasando la historia, el fallo expone que durante los primeros 185 años después de la aprobación de la Constitución de 1787 se permitió a cada uno de los Estados federados abordar esta cuestión de acuerdo con las opiniones de sus ciudadanos. Sin embargo, en 1973 acontecería el caso *Roe*. A pesar de que la Constitución no menciona el aborto, la opinión mayoritaria en aquel caso sostuvo que confiere un amplio derecho a obtenerlo. Sin aportar una fundamentación suficiente ya sea, entre otras posibilidades, apoyándose en el Derecho consuetudinario o en la historia, concluyó con el dictamen de un conjunto de reglas muy parecidas a las que pueden encontrarse en una ley promulgada por una legislatura.

Bajo este esquema, —prosigue la sentencia— cada trimestre del embarazo se reguló de forma diferente, pero la línea más crítica se trazó aproximadamente al final del segundo trimestre, que, en ese momento, correspondía al punto en el que se pensaba que un feto podía lograr la «viabilidad», es decir, la capacidad de sobrevivir fuera del vientre materno. Aunque el Tribunal en 1973 reconoció que los estados tenían un interés legítimo en proteger la «vida potencial», entendió que este interés no podía justificar ninguna restricción al aborto previo a la viabilidad. Además, ninguna de las partes intervinientes en el pleito abogó por dicho esquema trimestral.

Respecto a la XIV enmienda, punto clave de interpretación constitucional en *Roe* y *Casey*, en esta ocasión el Tribunal concibió que la teoría que sostiene que dicha cláusula proporciona tanto protección sustantiva como procesal para la «libertad», ha sido controvertida durante mucho tiempo. Pero nuestra jurisprudencia ha sostenido que la Cláusula del Debido Proceso protege dos categorías de derechos sustantivos.

La primera se refiere a los derechos garantizados por las ocho primeras enmiendas que se aplicaron originalmente sólo al Gobierno Federal. No obstante, este Tribunal ha sostenido que la Cláusula del Debido Proceso «incorpora» la mayor parte de esos derechos y, por lo tanto, hace que sean igualmente aplicables a los Estados.

La segunda categoría —que es la relevante para el caso— comprende una lista concreta de derechos fundamentales que no se mencionan en ninguna parte del texto constitucional. Al decidir si un derecho cae dentro de alguna de estas categorías, el Tribunal se ha preguntado durante mucho tiempo si el derecho está «profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición» y si es esencial para el «esquema de libertad ordenada» de nuestra nación. Por ello, al interpretar qué entiende la XIV enmienda por «libertad» debemos prevenirnos contra la natural tendencia humana a confundir lo que esta enmienda realmente protege

²⁹ 597 US_ (2022).

frente a nuestras propias opiniones sobre la libertad que los estadounidenses deberían disfrutar. Por eso, a lo largo del tiempo, el Tribunal se ha mostrado «reacio» a reconocer derechos que no se mencionan en la Constitución.

La conclusión ineludible tras repasar la historia y la legislación sobre el caso es que el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y las tradiciones de la nación. Por el contrario, la prohibición penal del aborto fue una tradición ininterrumpida desde el principio de los días del derecho consuetudinario hasta 1973.

Finalmente, el análisis del *stare decisis* que supone la vinculación al precedente judicial, lleva al Tribunal a subrayar que dicho principio «no es un mandato inexorable», ya que, tal y como puede comprobarse con sentencias anteriores, algunas de las decisiones constitucionales más importantes han anulado ciertos precedentes³⁰, hasta el punto de que, sin estas decisiones, el Derecho constitucional estadounidense tal como lo conocemos sería irreconocible y este sería un país diferente.

2.3. Regulación legal del aborto en los estados después de Dobbs

Tras la publicación de la sentencia *Dobbs*, el debate volvió de nuevo a todas las esferas del ámbito público. En la esfera social se sucedieron manifestaciones de grupos en contra de esta decisión y de aquellos que en favor de la vida apoyaban el fallo. De igual manera, en la esfera política los dirigentes de los dos partidos, Joe Biden, presidente de los Estados Unidos³¹ en el momento de emi-

³⁰ El cuerpo de la sentencia cita tres casos en los que se anularon precedentes. La primera cita es del caso *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), en el que el Tribunal rechazó la doctrina «separados pero iguales» que mantenía la segregación racial en las escuelas. Al hacerlo, el Tribunal anuló la infame decisión *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896), junto con otros seis precedentes que habían aplicado dicha regla.

El segundo es *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937), donde el Tribunal anuló *Adkins v. Children's Hospital of D. C.*, 261 U. S. 525 (1923), que había sostenido que una ley que estableciera salarios mínimos para las mujeres violaba la «libertad» protegida por Cláusula del debido proceso de la Quinta Enmienda. Esta sentencia supuso la desaparición de toda una línea de precedentes importantes que habían protegido un derecho a la libertad individual frente a la legislación estatal y federal de salud y bienestar.

El tercer caso citado es *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943). Tan sólo tres años después de *Parrish*, el Tribunal anuló *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940), y sostuvo que los estudiantes de escuelas públicas no podían ser obligados a realizar el saludo a la bandera por ser contrario a la libertad religiosa y de creencias. El caso *Barnette* destaca porque nada había cambiado durante estos tres años, aparte del reconocimiento tardío por parte del Tribunal de que su decisión anterior había sido una equivocación grave.

³¹ La postura del presidente Biden ante el caso puede verse en el siguiente comunicado de 25 de julio de 2022: «Palabras del Presidente Biden sobre la Decisión de la Corte Suprema de anular el caso Roe». Disponible en <https://www.whitehouse.gov/es/prensa/declaraciones-comunicados/2022/06/25/palabras-del-presidente-biden-sobre-la-decision-de-la-corte-suprema-de-anular-el-caso-roe-vs-wade/> (última consulta, 28 de marzo de 2024).

tirse el fallo, y Donald Trump (expresidente) mostraban su posición ante la anulación de *Roe*; en contra el primero por considerarlo un problema de salud pública³², y a favor el segundo, manteniendo su postura en apoyo de la protección a los no nacidos³³ mostrada desde que inició su mandato presidencial, el 20 de enero de 2017³⁴.

Ante esta división³⁵, algunas legislaturas estatales han ido desarrollando diversas leyes para proteger la vida de los no nacidos. Cabe tener en cuenta que el fallo de *Dobbs* implica la eliminación de la protección constitucional que previamente existía desde *Roe* y que los estados ya no tienen ninguna limitación respecto al tipo de restricciones y excepciones que pueden aprobar sobre el aborto. Por ello, en algunos estados todavía consta la posibilidad de llevar a cabo prácticas abortivas y otros las han restringido o prohibido fuertemente. No obstante, una mujer puede ir de un estado a otro para que se le practique un aborto.

Ante este panorama, el gobierno federal de los Estados Unidos ha puesto a disposición de los ciudadanos una herramienta de búsqueda a través de Internet, *AbortionFinder.org*³⁶, en la que pueden consultarse las leyes de cada uno de los estados para conocer si es legal o no llevar a cabo un aborto. Además, a través de esta página web se pueden obtener píldoras abortivas a través de un proce-

³² Orden ejecutiva sobre la protección del acceso a los servicios de salud reproductiva, de 8 de julio de 2022: «Eliminar el derecho reconocido en *Roe* ya ha tenido y seguirá teniendo implicaciones devastadoras para la salud de las mujeres y la salud pública en general. El acceso a los servicios de salud reproductiva ahora está amenazado para millones de estadounidenses, y especialmente para aquellos que viven en estados que prohíben o restringen severamente la atención del aborto. Las clínicas de salud para mujeres se ven obligadas a cerrar, incluidas las clínicas que ofrecen otros servicios de atención de la salud preventiva, como la anticoncepción, lo que deja a muchas comunidades sin acceso a servicios críticos de atención de la salud reproductiva. Las mujeres que buscan servicios de aborto, especialmente aquellas en comunidades rurales, de bajos ingresos y otras comunidades desatendidas, ahora tienen que viajar a jurisdicciones donde los servicios siguen siendo legales a pesar del costo o los riesgos». Presentación de la «Orden ejecutiva sobre la protección del acceso a los servicios de salud reproductiva», del 8 de julio de 2022, en la que el Presidente J. R. Biden H. dicta una orden para proteger la prestación de servicios de atención de la salud y promover el acceso a servicios críticos de atención de la salud reproductiva, incluido el aborto. Disponible en <https://www.whitehouse.gov/es/prensa/discursos-presidenciales/2022/07/08/orden-ejecutiva-sobre-la-proteccion-del-acceso-a-los-servicios-de-salud-reproductiva/> (última consulta, 27 de marzo de 2024).

³³ «El presidente de Estados Unidos, Donald Trump, firmó una orden ejecutiva con la que buscaba asegurar el cuidado médico para recién nacidos durante procedimientos de aborto, unos casos que ocurren con muy poca frecuencia». Disponible en <https://www.elmundo.es/internacional/2020/09/26/5f6ecdaefdddf4d6e8b45a0.html> (última consulta, 27 de marzo de 2024).

³⁴ Donald Trump fue el primer presidente de Estados Unidos que acudió a una manifestación en favor de la vida en enero de 2020. *Vid.* noticia <https://www.rtve.es/play/audios/boletines-rne/trump-asiste-manifestacion-contraborto-eeuu/5491941/> (última consulta, 28 de marzo de 2024).

³⁵ E. MAIER, «Hidden Meanings of the Culture War over Abortion in the United States», *Frontera Norte*, Vol. 30, n.º 59 (2018), pp. 57-80; R. MORENO CANTERO «La instrumentalización del aborto durante el siglo XXI en Estados Unidos», en *La torre del Virrey*, n.º 32 (2022), pp. 7-20.

³⁶ <https://www.abortionfinder.org/es/> (última consulta, 27 de marzo de 2024).

dimiento *on-line* y se informa de los pasos a seguir en el caso de necesitar ayuda para pagar un aborto.

A fecha 9 de julio de 2023, de los cincuenta estados norteamericanos, 14 de ellos prohíben el aborto, salvo casos excepcionales. Missouri y Texas fueron los primeros estados en adoptar la prohibición. A estos le siguieron Alabama, Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Oklahoma, Dakota del Sur, Tennessee, Virginia Occidental, Indiana, Dakota del Norte.

Además, 30 estados lo prohíben después de un punto específico del embarazo; 13 requieren que la mujer que está buscando el aborto espere un período específico antes de abortar; y 22 estados requieren algún tipo de participación de los padres para que una menor pueda acceder al aborto³⁷.

Por otro lado, como muestra de la dimensión inagotable que conlleva el conflicto entre la protección de los no nacidos y la salud de las mujeres, el 26 de marzo de 2024, el Tribunal Supremo se reunió en audiencia para examinar si fueron legales las modificaciones normativas realizadas por la Administración de Alimentos y Medicamentos en 2016 y 2021, que hicieron que la mifepristona, una sustancia empleada en las píldoras abortivas, estuviera disponible por correo y que fuera recetada por un proveedor de salud que no tiene que ser un médico³⁸. La sentencia se publicará en junio o julio de este año.

Finalmente, una iniciativa que ofrece alternativas para ayudar a las madres que deciden no abortar, pero que no quieren o no pueden hacerse cargo del bebé recién nacido, son las *Safe Haven Baby Boxes*. El objetivo de este programa es prevenir y concienciar sobre el abandono de recién nacidos, ofreciendo una línea directa 24 horas para madres en crisis. Asimismo, como último recurso, ofrecen a las mujeres que se encuentran en esta situación y que quieren mantener un anonimato completo, la posibilidad de depositar en una de las cajas al recién nacido. En la actualidad existen 158 dispositivos (cajas) situados por diversos estados³⁹. Los dispositivos se ubican en una pared exterior de un hospital o de un parque de bomberos y cuentan con un sistema de protección y respiración. A los 60 segundos de haber introducido al bebé, una alarma automática avisa a la comisaría.

Acciones de este tipo muestran que también para el legislador existen múltiples opciones que permiten equilibrar la dignidad y salud física y mental de las mujeres junto a la vida de los no nacidos, más allá de la regularización exclusiva del aborto.

³⁷ La situación de cada estado puede consultarse en <https://www.abortionfinder.org/es/guias-del-aborto-por-estado> (última consulta, 27 de marzo de 2024).

³⁸ Los argumentos de las partes durante la sesión, disponibles en https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2023/23-250_8mjp.pdf (última consulta, 28 de marzo de 2024).

³⁹ La localización exacta de cada uno de los dispositivos puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.shbb.org/location> (última consulta, 27 de marzo de 2024).

3. La disparidad normativa en torno al aborto en Europa

Dadas la complejidades éticas, sociales y legales que suscita la legalización del aborto es de esperar que a lo largo de la historia reciente y en la actualidad no exista un consenso entre los diferentes países europeos acerca de la cuestión. Tal y como ocurrió en Estados Unidos, a partir de la década de 1960 se propagó una corriente social y política en favor del reconocimiento del derecho al aborto que llevaría a *Reino Unido* a dictar la *Abortion Act 1967*, con la que se pretendió aclarar los términos en los que los médicos podían practicar abortos sin ser responsables de la comisión de un delito. Esta ley de aplicación en Inglaterra, Gales y Escocia —no en Irlanda— fue modificada por la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, según la cual un aborto no es punible si lo realiza un médico⁴⁰ y está autorizado por dos facultativos que actúen de buena fe, cuando se dé uno (o más) de los siguientes motivos:

- a) Que el embarazo no exceda de su vigésima cuarta semana y que la continuación del embarazo implique un riesgo mayor para la salud física o mental de la mujer embarazada o de sus hijos que si se interrumpiera.
- b) Que la terminación sea necesaria para evitar daños graves y permanentes a la salud física o mental de la mujer embarazada.
- c) Que la continuación del embarazo implique un riesgo para la vida de la mujer embarazada, mayor que si se interrumpiera el embarazo.
- d) Que exista un riesgo sustancial de que, si el niño naciera, sufriera anomalías físicas o mentales que le produjeran una discapacidad grave⁴¹.

El último de los supuestos fue impugnado ante los tribunales por Heidi Crowter, una mujer de 27 años con síndrome de Down y por Marie Lea-Wilson, madre de un niño, Aidan, con la misma afección. Las demandantes razonaban que el hecho de que exista la posibilidad de abortar bebés con síndrome de Down hasta el mismo día del parto supone una vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (derecho a la igualdad y no discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por considerar que sus vidas tienen menos valor que las de los demás.

⁴⁰ En 1981, en el caso *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security* [1981] 2 WLR 279, se estableció que el aborto debe considerarse como un procedimiento llevado a cabo por un equipo sanitario compuesto por médicos, enfermeras, matronas y otro personal cualificado, actuando de conformidad con las buenas prácticas médicas. Además, si bien un médico debe aceptar la responsabilidad de todas las etapas del procedimiento abortivo, no tiene que realizar personalmente todas sus etapas.

⁴¹ Sobre la discriminación de las personas con discapacidad ante ciertas regulaciones del aborto *vid.* G. DE GRAAF, F. BUCKLEY y B. G. SKOTKO, «Estimation of the number of people with Down syndrome in the United States», en *Genetics in medicine*, Vol. 19, n.º 4 (2017); A. P. GARIBO PEYRÓ, «El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de wrongful birth y wrongful life sobre las personas con discapacidad», en *Persona y Derecho*, n.º 81 (2019), pp. 323-348.

En noviembre de 2022, el Tribunal de Apelación británico resolvió el caso y confirmó la legalidad de esta posibilidad al apreciar que las disposiciones de la ley no interfieren con los derechos de las personas vivas con discapacidad (*rights of the living disabled*)⁴². El Tribunal reconoce que muchas personas con síndrome de Down y otras discapacidades se sentirán molestas y ofendidas por el hecho de que el diagnóstico de discapacidad grave durante el embarazo sea tratado por la ley como una justificación para abortar y que, en consecuencia, pueden considerarlo como una afirmación de que sus vidas son de menor valor. Sin embargo, el Tribunal sostiene que la percepción de que eso es lo que implica la ley no es suficiente por sí solo para considerar una interferencia con el respeto a la vida privada del artículo 8 del CEDH.

Mientras el Tribunal decidía el caso, durante el año 2021, el 99% de los abortos en Inglaterra y Gales fueron financiados por el *National Health Service* y el 77% de los abortos se realizaron en el sector independiente⁴³. De forma específica se contabilizaron 3.370 abortos realizados bajo el supuesto de que el feto pueda sufrir serias discapacidades, es decir, el 1,6% de los abortos realizados durante ese período⁴⁴. Y en el año 2022 se practicaron 1.863 abortos por discapacidad fetal (1% del total); 376 de ellos por síndrome de Down⁴⁵.

Por otro lado, la *Abortion Act 1967* no se aplicaba a *Irlanda del Norte*, donde la ley del aborto seguía regida por la *Bourne Decisión*⁴⁶. Históricamente, Irlanda ha sido uno de los países donde más restringida estaba la posibilidad de abortar. Antes de 1967, a través del caso *R. v. Bourne* de 1938, ya estaba establecido que un aborto era legal si el médico consideraba, con fundamentos razonables y con conocimiento adecuado de las consecuencias, que continuar con el embarazo supondría para la mujer un desastre físico o mental (*physical or mental wreck*), por lo que era lícito considerar que el médico estaba operando con el propósito de preservar la vida de la madre⁴⁷. A raíz de esta sentencia se confirmó que se podía

⁴² *Crowter and Others v. Secretary of State for Health and Social Care* [2022] EWCA Civ 1559.

⁴³ En 2021, en Inglaterra y Gales se informaron 214.869 abortos, la cifra más alta desde que comenzaron los registros. La gran mayoría de estos abortos (214.256) fueron entre residentes de Inglaterra y Gales. Esto representa una tasa de aborto estandarizada por edad (ASR) de 18,6 por cada 1.000 mujeres residentes de 15 a 44 años. Esta es la tasa más alta registrada, superando el pico anterior en 2020 (18,2 abortos por cada 1.000 mujeres residentes de 15 a 44 años). Información disponible en <https://www.gov.uk/government/statistics/abortion-statistics-for-england-and-wales-2021/abortion-statistics-england-and-wales-2021> (última consulta, 27 de marzo de 2024).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Información disponible en <https://www.cmf.org.uk/resources/publications/content/?context=article&id=748> (última consulta, 28 de marzo de 2024).

⁴⁶ *R v. Bourne* [1938] 3 All ER 615.

⁴⁷ En este caso, una menor de 14 años fue violada por cinco soldados y como resultado de la agresión quedó embarazada. Un médico ginecólogo le practicó un aborto y fue acusado del delito de realizar un aborto ilegal.

realizar un aborto legal no sólo teniendo en cuenta la salvaguarda de la vida de la mujer, sino también su bienestar físico y mental⁴⁸.

Desde el plano normativo, con base en la *Offences Against the Person Act* de 1861, reafirmada en 1979 por la *Health (Family Planning) Act 1979*, toda mujer embarazada, quien, con la intención de provocar su propio aborto, ilegalmente administrase cualquier veneno u otra sustancia nociva, o utilizara ilegalmente cualquier instrumento u otro medio con fines similares para provocar el aborto espontáneo podrá ser recluido en prisión de por vida⁴⁹. Contrariamente a la interpretación de la ley de 1861 que ofrecieron los jueces ingleses, los tribunales irlandeses adoptaron una interpretación más restringida de la disposición que excluye la exención de sanciones penales, incluso cuando el aborto se practicara para preservar la vida o la salud de la mujer⁵⁰.

En 1983, para evitar un posible reconocimiento del derecho al aborto por orden judicial, el Parlamento irlandés aprobó una enmienda a la Constitución irlandesa a través de un referéndum popular. Esta enmienda consagró el derecho a la vida de los no nacidos, estableciendo que «el Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, teniendo debidamente en cuenta la igualdad de derechos respecto a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en la medida de lo posible, mediante sus normas defender y reivindicar ese derecho»⁵¹.

Como consecuencia de la enmienda constitucional y esta decisión judicial, las mujeres tenían tanto el derecho constitucional a viajar para solicitar un aborto en el extranjero como a obtener información sobre los servicios prestados en otros Estados de la Unión Europea, de conformidad con la *1995 Information Act*⁵².

La introducción de esta enmienda que afectaba al artículo 40.3.3 de la Constitución fue cuestionada en varias ocasiones en los tribunales, destacando en 1992 el denominado *case X*⁵³.

Este caso involucró a una menor de catorce años de edad que, víctima de una violación, se había quedado embarazada. La menor solicitaba la práctica del aborto y mostraba signos claros de tendencias suicidas en caso contrario. Su familia decidió llevarla a Inglaterra para que se le practicase allí el aborto. Sin

⁴⁸ T. FROST, «Abortion in Northern Ireland: Has the Rubicon Been Crossed?», en *Liverpool Law Review*, n.º 39 (2018), pp. 175-106; N. G. BRID y A. MACMAHOU, «Abortion Northern Ireland and the European Convention on Human Rights: reflections from UK Supreme Court», en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, n.º 2 (2019), pp. 477-494.

⁴⁹ *Offences Against the Person Act* 1861, §§ 58, 59.

⁵⁰ F. FABBRINI, «The European Court Of Human Rights, The EU Charter of Fundamental Rights and The Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?», en *Columbia Journal Of European Law*, n.º 18 (2011), pp. 18-19.

⁵¹ *Eighth Amendment of the Constitution Act*, 1983.

⁵² *Regulation of Information (Services Outside the State For Termination of Pregnancies) Act*, 1995.

⁵³ *Attorney General v. X and Others*, [1992] 1 IR 1 (5th March, 1992).

embargo, a petición del Fiscal General, el Tribunal Superior de Irlanda dictó una orden judicial por la que se prohibía a la menor salir de Irlanda, basándose en la disposición constitucional que protege la vida del feto. Según el Tribunal, el «riesgo de que la menor pueda quitarse la vida si se dicta una orden es mucho menor y de un orden de magnitud diferente a la certeza de que la vida del no nacido terminará si no se dicta la orden»⁵⁴.

La decisión del Tribunal Superior provocó una gran controversia y fue anulada por la mayoría del Tribunal Supremo irlandés. En esta segunda sentencia del caso, se dictó un nuevo test para revisar la legalidad de un aborto a la luz del artículo 40.3.3 de la Constitución, de tal manera, que ante la probabilidad de que exista un riesgo real y sustancial para la vida o la salud de la madre, que solo puede evitarse poniendo fin al embarazo, dicha terminación es legalmente permisible, por lo que el Tribunal reconoció que el suicidio podía considerarse un riesgo real y sustancial para la vida de la mujer y, por lo tanto, concluyó que la menor tenía derecho a obtener un aborto en Irlanda.

Al mismo tiempo, desde que se promulgó la enmienda se sucedieron numerosas campañas para derogarla. Finalmente, el 25 de mayo de 2018 se celebró un referéndum a través del cual se derogaba la Octava enmienda que reconocía el derecho a la vida de un no nacido y de su madre, para admitir que «la ley puede establecer disposiciones para la regulación de la interrupción del embarazo». Esta ley es la *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, que permite abortar sin restricciones durante las primeras 12 semanas de gestación.

Según el informe anual publicado en 2021, siguiendo el deber dispuesto en el artículo 20 de esta ley, durante el año 2020 se notificaron 20 abortos por riesgo para la vida o salud de la madre; 5 por riesgo para la vida o salud de la madre de forme urgente; 97 por darse condiciones que probablemente provocasen la muerte del feto; y 6.455 por embarazo prematuro. Esta última cifra se refiere a los abortos realizados conforme al artículo 12 de la ley, que es el que dispone «que la interrupción del embarazo podrá ser llevada a cabo de conformidad con este artículo por un médico si, después de examinar a la mujer embarazada, tiene la convicción razonable y de buena fe de que el embarazo no ha excedido de las 12 semanas»⁵⁵.

Siguiendo la estela de protección de la vida de los no nacidos de Irlanda se encuentra *Polonia*. En 1993, tras el colapso del régimen comunista, Polonia promulgó una legislación que prohibía el aborto electivo, es decir, que sólo se contemplaban tres supuestos en los que el aborto sería legal. Primero, si un

⁵⁴ Un análisis del caso, R. FLETCHER, «Attorney General v X and Others (1992): An Imagined Feminist Judgment», en *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 226/2015* (2016), pp. 1-19.

⁵⁵ Datos extraídos de ANN Roimn Slainte (Department of Health), *Notifications in Accordance with Section 20 Of the Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018 Annual Report 2020*. Published 29 June 2021.

médico, distinto del que realiza el aborto, certificaba que el embarazo ponía en peligro la vida o la salud de la madre. Segundo, hasta la vigésimo cuarta semana, si el feto estaba gravemente afectado. Y, tercero, hasta la duodécima semana, si el embarazo fue resultado de una violación. Fuera de estos casos el aborto podía ser sancionado con tres años de prisión.

En 1996, el gobierno propuso una enmienda que permitía el aborto cuando se dieran condiciones de vida difíciles o una situación personal difícil a través de la *Act on the Amendment to the Act on Family Planning 1996*, que entró en vigor el 4 de enero de 1997. No obstante, tras el oportuno recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional revocó esta disposición en su sentencia de mayo de 1997. Así las cosas, esta era la situación respecto al aborto antes de que se determinara el nuevo orden constitucional con la entrada en vigor de la Constitución de Polonia, el 17 de octubre de 1997.

Años más tarde, el 22 de octubre de 2020 se produjo un nuevo giro en favor de los no nacidos con discapacidad, ya que el Tribunal Constitucional polaco dictaminó que el aborto por malformación fetal era inconstitucional⁵⁶. En este caso se impugnó, por un lado, el artículo 4a(1) de la *Family Planning Act*, en virtud del cual sólo un médico puede interrumpir un embarazo cuando, «sobre la base de pruebas prenatales y/o por otros motivos médicos, exista una alta probabilidad de malformación grave e irreversible del feto o de una enfermedad mortal potencialmente incurable del feto». Y, por otro, el párrafo 2 del artículo 4a de la misma ley que especifica que, en dichas circunstancias, «la interrupción de un embarazo es permisible hasta que el feto pueda vivir fuera del cuerpo de la mujer embarazada». Los demandantes argumentaban que el aborto por malformación del feto era una práctica eugenésica contraria a la dignidad humana, por lo que no podía quedar dentro del amparo de la Constitución.

La resolución de este caso estuvo envuelta por la polémica que suscitaba que algunos magistrados del Tribunal Constitucional que iban a pronunciarse, anteriormente ya lo habían hecho como miembros del órgano legislativo⁵⁷.

En la exposición de la sentencia, el Tribunal consideró que es posible encontrar una situación en la que uno de los intereses constitucionales a valorar en el conflicto de intereses se refiera al feto, por cuanto la interrupción de un emba-

⁵⁶ Sobre la regulación del aborto en Polonia *vid.* M. ZOLKOS, «Human rights and democracy in the Polish abortion debates: concepts, discourses, subversions», en *Essex Human Rights Review*, n.º 3 (2006), pp. 1-21.; M. BUCHOLC, «Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon», *Hague Journal on the Rule of Law*, n.º 14 (2022), pp. 73-99.

⁵⁷ El recurso de revisión constitucional había sido presentado por primera vez en octubre de 2017 por un grupo de parlamentarios del partido político Ley y Justicia (PiS). Posteriormente, uno de los firmantes de la moción fue propuesto como miembro del Tribunal Constitucional. Él mismo y otro de los actuales magistrados del Tribunal fueron miembros del Parlamento en las dos legislaturas entre 2011 y 2019, y ambos participaron en los trabajos parlamentarios sobre la moción K 13/17. M. BUCHOLC, «Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon», *cit.*, p. 86.

razo supone privar al bebé de su vida. Aunque a dicho bebé no se le niega el derecho a la vida, se restringe su protección jurídica. Por lo tanto, el Tribunal examinó los artículos a la luz del principio de proporcionalidad, interpretado en un sentido amplio, tal como se expresa en el artículo 31(3) de la Constitución.

En aplicación de este principio con relación a la protección jurídica de la vida, el Tribunal entiende, por una parte, que cada caso de restricción de la protección jurídica de la vida humana debe ser «absolutamente necesario» y debe tratarse de una medida de última ratio. Y, por otra, teniendo en cuenta el carácter fundamental del derecho a la vida, no todos los intereses indicados en el artículo 31(3) de la Constitución pueden justificar soluciones que menoscaben dicho derecho. Existe la exigencia de una simetría entre los valores: el sacrificado y el salvaguardado.

Por consiguiente, cuando sobre la base de pruebas prenatales y/o por otros motivos médicos exista una alta probabilidad de deterioro grave e irreversible del feto o de una enfermedad mortal potencialmente incurable del feto, la evaluación de si es permisible interrumpir el embarazo, es decir, sacrificar el interés del niño, requiere indicar un interés análogo por parte de otras personas. Dada la naturaleza de la interrupción de un embarazo, ese interés análogo sólo puede buscarse con referencia a la madre del niño. Aunque una alta probabilidad de que el deterioro grave e irreversible del feto o de una enfermedad incurable también pueden representar una amenaza para la vida y la salud de la madre, los apartados 1 y 2 del artículo 4a de la ley impugnada no se refieren a ello, porque dicha situación se ha abordado al indicarla como motivo separado para la interrupción del embarazo en el artículo 4a(1)(1) de la *Family Planning Act*.

Además, el Tribunal afirmó que el mero hecho de que un bebé presente una deficiencia y/o una enfermedad incurable en la etapa prenatal —la cual está relacionada con consideraciones eugenésicas, así como con posibles malestares en la vida del niño enfermo— no puede, por sí solo, pesar a favor de la permisión de interrumpir el embarazo.

En apoyo de las personas con discapacidad y sus familias, el Tribunal interpreta que conforme al sentido del artículo 1 de la Constitución, la República de Polonia debe facilitar el desarrollo de las personas y sus comunidades, especialmente la familia. El legislador no puede transferir únicamente a la madre la carga de criar a su hijo con discapacidad o con una enfermedad incurable, ya que la obligación de cuidar de las personas que se encuentran en las circunstancias más difíciles recae también en las autoridades públicas y en la sociedad en su conjunto.

A día de hoy, tras el dictamen de esta sentencia, en Polonia el aborto es legal cuando la vida o la salud de la mujer esté en peligro por la continuación del embarazo o cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho delictivo (incesto o violación).

A partir de la norma inglesa fueron otros tantos los países como Francia, Alemania, Austria, Holanda e *Italia* los que siguieron la línea inglesa o tomaron medidas legislativas para despenalizar el aborto. Precisamente, a día de hoy, una de las legislaciones más antiguas que regula la denominada interrupción voluntaria del embarazo es la italiana. En concreto, es la Ley núm. 194, de 22 de mayo de 1978⁵⁸, la que dispone los motivos y circunstancias por las que se puede abortar, si bien también reconoce en su artículo 1, que el Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, y reconoce el valor social de la maternidad y tutela de la vida humana desde su inicio. Además, será obligación de los «consultores familiares»⁵⁹ asistir a la mujer para ayudarla, dado el caso, a superar las causas que podrían conducirla a interrumpir su embarazo⁶⁰.

Junto a ello, la norma concede la posibilidad de solicitar la interrupción voluntaria del embarazo dentro de los primeros noventa días de gestación por grave peligro para la salud física o psicológica de la mujer, por razones de salud, familiares, sociales o económicas, o porque se prevean anomalías o malformaciones del concebido⁶¹.

Respecto a los padres⁶², el artículo 5 sugiere que sean notificados, pero no implica ninguna obligación legal de hacerlo. En este sentido, el Tribunal constitucional entendió que no se vulneraban los artículos 29⁶³ y 30⁶⁴ de la Constitución italiana referidos a la familia y los deberes y responsabilidades de los padres, al reafirmar la decisión tomada por el legislador de dejar a la mujer como única responsable de la decisión de interrumpir el embarazo, por ser una elección

⁵⁸ *Legge 22 maggio 1978, n. 194.*

⁵⁹ Ley del 29 de julio de 1975, núm. 405. El artículo 1 de esta ley que regula esta figura dentro de los servicios de asistencia a la familia y la maternidad dispone como propósitos: a) asistencia psicológica y social para la preparación para la maternidad y la paternidad responsables y para los problemas de pareja y familia, también en lo que respecta a los problemas juveniles; b) la provisión de los medios necesarios para lograr los fines elegidos libremente por la pareja y el individuo, con el fin de una procreación responsable respetando creencias éticas y la integridad física de los usuarios; c) la protección de la salud de la mujer y el producto de la concepción; d) la difusión de información adecuada para promover o prevenir el embarazo aconsejando sobre métodos y medicamentos adecuados a cada caso.

⁶⁰ *Ibid.*, art. 2.d).

⁶¹ *Ibid.*, art. 4.

⁶² D. ESTRADA TANCK, «El aborto en el derecho internacional público y la perspectiva comparada: enfoques y retos», en *Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato*, Vol. 7, n.º 13 (2018), p. 17.

⁶³ «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la Ley como garantía de la unidad familiar».

⁶⁴ *Ibid.*, art. 30: «Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio. En los casos de incapacidad de los padres, la Ley dispondrá lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos. La Ley garantiza a los hijos nacidos fuera del matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida en que sea compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima. La Ley establecerá las normas y los límites para la investigación de la paternidad».

racional y coherente con el proyecto de toda la ley y, en particular, con la incidencia —si no exclusiva, ciertamente prevaeciente— del estado de embarazo en la salud física y mental de la mujer⁶⁵.

Con relación a las menores, el artículo 12 establece que el consentimiento de los padres para las menores de 18 años que quieren abortar puede eliminarse mediante una orden judicial en los casos de grave peligro para la salud de la menor que requiera de una operación de urgencia.

En 1981 se celebró un referéndum en el que los italianos votaron sobre cinco cuestiones, dos de ellas relativas a la modificación de los requisitos para la interrupción voluntaria del embarazo descritos en la ley 194, pero fueron rechazados, por lo que la ley no fue modificada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano reconoció en 1975 la «base constitucional» de la «protección del concebido», señalando que entre los derechos humanos inviolables de los que trata el artículo 2 de la Constitución⁶⁶, no puede dejar de incluirse la situación jurídica del hijo concebido, aunque con sus características particulares⁶⁷.

Una regulación similar podemos encontrarla en *Francia* que en 1975 aprobó la norma que permitía abortar dentro de las primeras diez semanas de embarazo, después de haber recibido asesoramiento obligatorio y mantener un período de espera de siete días⁶⁸. En 2001, una nueva ley amplió la posibilidad de solicitar la interrupción del embarazo «en situación de estrés» hasta la duodécima semana⁶⁹ y a partir de 2022, es posible abortar de forma libre antes de finalizar la decimocuarta semana de embarazo⁷⁰. Además, se decreta la necesidad de que las menores no emancipadas obtengan al menos el consentimiento de uno de los titulares de la patria potestad para poder acceder al aborto⁷¹. Respecto al aseso-

⁶⁵ *Judgment No. 389 of 31 Mar. 1988, Corte Cost., Gazz. Ufficiale, 1 serie speciale, 13 April 1988, n. 15 Giur. Cost e Civ. 2110 (1988).*

⁶⁶ Art. 2: «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social».

⁶⁷ *Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in Giur. cost., 1975, 117.*

⁶⁸ *Loi n.º 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.*

⁶⁹ *Loi n.º 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (1), art. 2.*

⁷⁰ *Code de la santé publique, Chapitre II: Interruption pratiquée avant la fin de la quatorzième semaine de grossesse. (Articles L2212-1 à L2212-11).*

⁷¹ *Ibid.*, Artículo L2212-7. «Si la mujer es menor de edad no emancipada, se obtendrá el consentimiento de uno de los titulares de la patria potestad o, en su caso, del representante legal. Este consentimiento se adjunta a la solicitud que presenta al médico o matrona sin la presencia de ninguna otra persona.

Si la mujer menor de edad no emancipada desea guardar el secreto, el médico o la matrona deberá procurar, en su interés, obtener su consentimiento para que se consulte al titular o titulares de la patria potestad o, en su caso, al representante legal, o deberá verificar que esta medida se dio durante la entrevista mencionada en el artículo L. 2212-4.

ramiento, antes y después del embarazo, será obligatorio para las menores de edad, pero no así para el resto de mujeres a quienes únicamente ha de ofrecerse⁷².

A partir de aquí, después de la repercusión internacional del fallo norteamericano del caso *Dobbs*, en Francia la posibilidad de abortar se ha elevado hasta la categoría de derecho protegido por la Constitución desde el 4 de marzo de 2024. En esta fecha los miembros de las dos cámaras del Parlamento francés en sesión extraordinaria aprobaron la modificación del artículo 34 de la carta magna para añadir un párrafo: «La ley determina las condiciones en las que se ejerce la libertad garantizada a la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo». De este modo, Francia se convierte en el primer país del mundo que garantiza constitucionalmente la libertad de abortar de la mujer en los términos que las leyes establezcan.

Por su parte, Grecia, Bélgica y España se unieron también a la lista de países europeos que permiten el aborto durante las primeras semanas sin que la mujer tenga que alegar ninguna causa.

Precisamente, en *España*, después de trece años desde que se presentase el oportuno recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁷³, el Tribunal Constitucional avaló las disposiciones de esta ley que permiten el aborto durante las primeras 14 semanas de gestación sin necesidad de observar ningún requisito⁷⁴. De igual manera que ocurriera en Polonia, la imparcialidad de los miembros del TC quedó en entredicho, conforme al artículo 219 de la LOPJ, en tanto que cuatro de los magistrados que decidieron sobre el recurso ya se habían pronunciado previamente debido a los cargos que años atrás ostentaron⁷⁵. Si se hubieran aceptado estas abstenciones no se hubiera alcanzado el quórum necesario de ocho magistrados para resolver el recurso.

Si la menor no desea realizar este trámite o si no obtiene el consentimiento, la interrupción voluntaria del embarazo, así como los procedimientos médicos y cuidados vinculados al mismo podrán realizarse a petición del interesado, presentada en las condiciones previsto en el primer párrafo. En este caso, el menor es acompañado en su acercamiento por el adulto de su elección.

Después de la intervención, se ofrece necesariamente a los menores una segunda consulta, destinada en particular a proporcionar nueva información sobre la anticoncepción».

⁷² *Ibid.*, Artículo L2212-4.

⁷³ BOE núm. 55, de 4 de marzo.

⁷⁴ STC 44/2023, de 9 de mayo.

⁷⁵ «En su escrito de abstención, Concepción Espejel explicaba que como miembro de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en 2009 votó en contra del informe redactado por sus compañeros sobre la ley de interrupción voluntaria del embarazo y emitió una enmienda donde se posicionaba jurídicamente en contra de la actual ley de plazos».

«De aceptarse la abstención de Espejel se deberían haber apartado de la deliberación el presidente, Cándido Conde-Pumpido (que emitió un informe cuando presidía el Consejo Fiscal siendo fiscal general del Estado en el año 2009), la vicepresidenta Inmaculada Montalbán, quien como vocal del mismo CGPJ también se pronunció internamente sobre la citada Ley, y el magistrado Juan Carlos Campo, que era secretario de Estado de Justicia del Gobierno de Zapatero,

La STC fue publicada el 12 de junio de 2023, una vez que la citada ley había sido reformada en el mes de febrero de ese mismo año⁷⁶. En este pronunciamiento, el TC crea el «derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo», considerando que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento que lo sostiene (art. 1.1 y 10.1 CE). Teniendo en cuenta la función interpretativa del TC, con relación a este exceso de jurisdicción al calificar el aborto como derecho, en uno de los votos particulares de la sentencia⁷⁷, tres magistrados consideran que «la sentencia de la que disintimos no se limita a analizar si la concreta opción regulatoria plasmada por el legislador en el texto legal sujeto a enjuiciamiento respeta o desborda los límites constitucionales, sino que, excediendo el alcance y los límites del control de constitucionalidad que corresponde a este tribunal, viene a reconocer un nuevo derecho fundamental, que identifica como “derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo”, anclado en el art. 15 CE (en conexión con el art. 1.1 CE y el art. 10.1 CE), del que se sigue el deber constitucional de los poderes públicos (singularmente, del legislador) de garantizar su efectividad, lo que no es sino un modo de afirmar el carácter prestacional de este nuevo derecho construido *ex novo* por la sentencia».

En el mismo sentido, la magistrada doña Concepción Espejel critica en su voto particular la creación de «un pseudoderecho fundamental de la mujer a la autodeterminación para la interrupción del embarazo, no recogido en la Constitución, cuya creación, obviamente, compete al poder constituyente y no a este tribunal, lo que conduce a imponer el modelo recogido en la Ley Orgánica 2/2010 como el único modelo constitucional posible. De este modo, queda “blindado” el sistema de plazos».

Este «desbordamiento»⁷⁸ anunciado en sendos votos particulares puede asemejarse a los motivos que llevaron al Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Dobbs* a revertir su doctrina de *Roe* y reconocer, a la luz de los avances y evidencias científicas, en referencia a los plazos tasados por el Tribunal en 1973

quedando el TC sin quórum para resolver el recurso del aborto». Disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2023/02/07/63e227d4fc6c83e7498b4596.html> (última consulta 26 de marzo de 2024).

⁷⁶ Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE Núm. 51, de 1 de marzo.

⁷⁷ Voto particular conjunto que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla y don César Tolosa Tribiño.

⁷⁸ Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera: «El desbordamiento de la función de control que corresponde a este tribunal se reitera en otros fundamentos de la sentencia que, además de crear un derecho fundamental *ex novo*, analiza con carácter general el sistema de plazos (FJ 4), en vez de ceñirse al examen de la constitucionalidad de los concretos preceptos impugnados y sin exceder, además, como he apuntado precedentemente, de aquellos que no han sido objeto de modificación mediante la Ley Orgánica 1/2023».

y la función exclusivamente interpretativa del Tribunal, que con base en la Constitución norteamericana no existe el derecho constitucional al aborto.

Precisamente, en atención a las evidencias científicas que en la actualidad se conocen, llama la atención la inverosímil posición de la magistrada D.^a María Luisa Balaguer que afirma que «el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta»⁷⁹. Este tipo de razonamiento opuesto a los conocimientos más elementales sobre embriología, biología y genética que incluso socialmente son conocidos da muestra del carácter ideológico con el que se afrontó el dictamen de esta sentencia⁸⁰, unido al hecho de no permitirse la abstención de los cuatro magistrados, así como la declaración del recurso como una de las prioridades del nuevo TC tras constituirse una mayoría progresista entre sus integrantes⁸¹, teniendo en cuenta los trece años transcurridos desde que se dictara el auto de admisión del recurso en el que se calificaba el procedimiento como prioritario.

Junto a la sentencia de 2023, en materia de aborto y derecho a la vida destaca la STC 53/1985, de 11 de abril, que expresa que «si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional».

Conforme a la reforma legislativa, en la actualidad, en España «podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación a petición de la mujer embarazada», sin necesidad de alegar ningún requisito adicional y se mantienen invariables las causas denominadas «médicas» por las que se puede abortar hasta la semana 22 de gestación⁸² y, sin ningún plazo, hasta el final del

⁷⁹ Voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

⁸⁰ Vid. C. FLORIT FERNÁNDEZ, *La idea de ser humano y el concepto jurídico de persona. El bien jurídico digno de protección ante la sentencia del TC sobre el aborto*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2024, p. 33.

⁸¹ «El Constitucional va a dar absoluta prioridad a la sentencia sobre la ley de aborto». Noticia disponible en <https://elpais.com/espana/2023-01-13/el-tribunal-constitucional-va-a-dar-absolute-prioridad-a-la-sentencia-sobre-la-ley-de-aborto.html> (última consulta, 26 de marzo de 2024).

⁸² Art. 16, Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: «Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

embarazo⁸³. Asimismo, «las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales»⁸⁴.

Llama la atención la terminología usada en la norma, en tanto que en el título y en toda la redacción de la ley se hace alusión a la «interrupción voluntaria del embarazo» y el término «aborto» únicamente se usa para definir qué es un «aborto forzoso»⁸⁵.

La reforma añade un apartado dedicado a la «corresponsabilidad», pero no para referirse a la situación y responsabilidad del padre del bebé concebido⁸⁶, sino para referirse al deber de los poderes públicos de fomentar mediante políticas públicas la «corresponsabilidad en la anticoncepción»⁸⁷.

Dados los amplios plazos en España, muchas mujeres portuguesas acuden a nuestro país para llevar a cabo un aborto⁸⁸, ya que la legislación lusa permite el aborto libre durante las primeras 10 semanas⁸⁹. De este modo, según los datos oficiales⁹⁰, el número total de interrupciones del embarazo en Portugal y, en concreto, las realizadas a elección de la mujer en las primeras 10 semanas han mostrado una tendencia a la baja desde 2011⁹¹.

- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija».

⁸³ *Ibid.*, art. 16 c): «Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico».

⁸⁴ *Ibid.*, art. 13 bis.

⁸⁵ *Ibid.*, art. 2.10: «Aborto forzoso: Forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo que consiste en la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado, a excepción de los casos a los que se refiere el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 noviembre».

Art. 31.1: «Los poderes públicos velarán por evitar las actuaciones que permitan los casos de aborto forzoso, anticoncepción y esterilización forzosas, con especial atención a las mujeres con discapacidad».

⁸⁶ N. ZAMBRANA TÉVAR, «Aborto y derecho a la vida: reflexiones sobre el reciente anteproyecto de reforma de la ley del aborto en España», *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 11 (2014), pp. 5-15.

⁸⁷ Art. 7 quater, Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁸⁸ Información disponible en https://www.swissinfo.ch/spa/portugal-salud_portugal-registra-mayor-ca%C3%ADda-de-abortos-en-10-a%C3%B1os--que-alcanzan-los-12.159/47647142 (última consulta, 13 de septiembre de 2023).

⁸⁹ *Lei n.º 16/2007 de 17 de Abril Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez. Diário da República n.º 75/2007, Série I de 2007-04-17.*

⁹⁰ Las estadísticas oficiales de la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud pueden consultarse en <https://www.dgs.pt/portal-da-estatistica-da-saude/diretorio-de-informacao/diretorio-de-informacao/por-instituicao.aspx> (última consulta, 13 de septiembre de 2023).

⁹¹ *MINISTÉRIO DA SAÚDE. DIREÇÃO-GERAL DA SAÚDE, «Relatório de análise preliminar dos registos das interrupções da gravidez 2018-2021», p. 17.*

Al margen de la normativa que regula el aborto en España y como muestra de la dignidad y el valor de cada persona en todo momento, en julio de 2023 entró en vigor una modificación del Registro Civil español para inscribir a los nacidos sin vida con posterioridad a los seis primeros meses de gestación, a quienes se les puede otorgar un nombre que figurará junto al de sus padres⁹².

En contraste, hasta el año 2021, *Gibraltar* sancionaba hasta con cadena perpetua la práctica del aborto, si bien nunca se había aplicado. Además, las mujeres que querían abortar viajaban a España, generalmente a Cádiz, o al Reino Unido. Tras el oportuno referéndum en el que se preguntaba sobre la despenalización y legalización del aborto, a día de hoy, en la colonia británica es legal abortar en las doce primeras semanas de gestación⁹³.

Los mismos pasos siguió *San Marino* en el año 2021, despenalizando el aborto durante las primeras 12 semanas tras un referéndum.

Por último, dentro de los países europeos donde está prohibido el aborto se encuentran *El Vaticano* y *Andorra*. La misma prohibición regía en *Malta* hasta junio de 2023 cuando se modificó la legislación para permitirlo en casos donde la madre corra peligro.

4. Conclusiones

Hoy por hoy, no cabe duda acerca de que el reconocimiento y la protección de la dignidad humana es el valor fundamental que debe guiar todas las decisiones que afecten a los derechos humanos. De igual modo, para concretar este deber, sin el derecho a la vida, los demás derechos pierden su significado y relevancia, por lo que resulta esencial considerar la vida como un requisito imprescindible para garantizar las demás exigencias sobre libertad, justicia e igualdad que envuelven a la sociedad en los Estados democráticos.

A partir de aquí, es tarea de los poderes públicos ponderar los intereses concretos en cada caso para garantizar, a través de la legislación y el sistema judicial, los derechos fundamentales que son vinculantes y de aplicación directa en un Estado de Derecho. En otras palabras, las leyes y los jueces deben respetar el contenido de la dignidad y los derechos fundamentales, partiendo del derecho a la vida.

Tal y como hemos comprobado, ya sea en los sistemas de *commom law* o en los propios de tradición jurídica continental, no es posible resolver de manera uniforme mediante la producción de normas o jurisprudencia las tensiones

⁹² Orden JUS/876/2023, de 21 de julio, por la que se modifica la Orden de 26 de mayo de 1988 sobre ciertos modelos del Registro Civil. BOE núm, 178, de 27 de julio.

⁹³ *Crimes (Amendment) Act* 2019.

creadas en torno a la regulación del aborto o la llamada interrupción voluntaria del embarazo, y el derecho a la vida del bebé que está por nacer.

En términos jurídicos, la sentencia del caso *Dobbs*, dictada por el Tribunal Supremo norteamericano en el año 2022, transformó la interpretación jurisprudencial vigente desde 1973 sobre el aborto y el derecho a la vida, al derogar la doctrina anterior del propio Tribunal dispuesta en el caso *Roe*. Por un lado, rechazó la postura que mantenía que el aborto era un derecho constitucional y, por otro, devolvió al Pueblo la facultad de legislar al respecto a través de los representantes electos escogidos por los ciudadanos. De este modo, tras el dictamen de esta sentencia, catorce estados norteamericanos han prohibido el aborto, salvo estrictas causas excepcionales.

Dentro de esta sentencia destaca el reconocimiento de la legitimidad del interés del Estado en proteger la vida fetal, en tanto que en el conflicto de intereses entre la libertad de la mujer para abortar y la protección estatal de los no nacidos, el ejercicio del primero tiene como consecuencia acabar con una «vida potencial».

En esta línea, el Tribunal Constitucional italiano reconoció la «base constitucional» de la «protección del concebido», señalando que entre los derechos humanos inviolables no puede dejar de incluirse la situación jurídica del hijo concebido, aunque con sus características particulares. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español reconoció en 1985 que la vida del *nasciturus* constituye un bien jurídico cuya protección encuentra fundamento constitucional en el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución.

En marzo de 2024, Francia se convirtió en el primer país del mundo en modificar su Constitución para garantizar la libertad de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, en los términos que la ley establezca.

Si bien la discusión sobre la base legal del derecho al aborto en Estados Unidos estuvo justificada durante años por el encaje de esta práctica dentro del derecho a la intimidad de la mujer, en Europa una parte significativa de las leyes que regulan el aborto, lo denominan interrupción voluntaria del embarazo y lo vinculan con la salud y los derechos sexuales y reproductivos.

Asimismo, tanto en Estados Unidos como en Europa, parte del debate ha girado en torno a los plazos en los que se puede abortar durante las primeras semanas o meses de embarazo. En *Dobbs*, el Tribunal Supremo destacó que el interés estatal en proteger la vida de los que están por nacer puede ser tan apremiante tanto antes de la «viabilidad» como después de ella, teniendo en cuenta que los plazos para abortar habían sido determinados por el Tribunal en 1973 y no a través de ninguna ley. En Europa, cada una de las legislaciones analizadas dispone un plazo entre las 10, 12 o 14 primeras semanas de embarazo durante las cuales la mujer puede abortar de forma libre. Además, en Inglaterra, Gales y Escocia la ley lo permite durante las primeras 24 semanas de embarazo (6 meses).

Una de las ausencias más notables desde el punto de vista jurídico en varias de las normas europeas, especialmente la española y la inglesa, es la inexistencia del reconocimiento de la vida en proceso que lleva en su seno la mujer, a la que se le reconoce la facultad de abortar de forma libre y voluntaria durante las primeras 14 o 24 semanas e incluso hasta el final del embarazo por determinadas causas.

Otros motivos que habitualmente disponen las normas estadounidenses y las europeas para habilitar la práctica de un aborto son que la salud física o mental de la madre esté en peligro o que el bebé sufriera anomalías físicas o mentales que le produjeran una discapacidad grave, según la denominación de la norma inglesa o llamadas causas «médicas» en España. Respecto a esta última causa, la mayoría de las legislaciones no imponen ningún plazo para limitar el aborto, es decir, que se puede abortar hasta el último día del embarazo. Estas condiciones llevaron a una mujer con síndrome de Down y la madre de un niño con la misma afección a impugnar en el año 2022 la correspondiente parte de la ley inglesa por considerar que esta disposición suponía una discriminación hacia las personas con discapacidad al apreciar que sus vidas valen menos que las de cualquier otra persona. Sin embargo, el Tribunal de Apelación inglés no estimó la petición de las demandantes. En comparación, una disposición semejante llevó al Tribunal Constitucional polaco a considerar en sentencia de octubre de 2020, que el aborto en caso de «defecto fetal grave e irreversible o enfermedad incurable que amenace la vida del feto» es contrario a la Constitución.

Tampoco existe ningún consenso entre las distintas legislaciones sobre si las menores de 18 años necesitan del consentimiento de alguno de sus padres para acceder al aborto como se establece en Francia, o si libremente y solas pueden acudir a la oportuna clínica u hospital y proceder a ello como se dispone en España.

Respecto a los padres del concebido, tanto el Tribunal Supremo de Estados Unidos como todas las legislaciones europeas entienden que no existe ningún deber de la mujer embarazada en comunicarle la decisión de abortar. No obstante, la norma italiana sugiere que sean notificados, pero sin crear ninguna obligación legal.

Sobre este escenario hemos comprobado de qué manera alrededor del aborto existen diversos intereses en juego, tanto los de la mujer embarazada como los del bebé concebido, así como la posible discriminación de las personas con discapacidad, la situación del padre y la posición de las menores de edad embarazadas y sus padres. Todo ello evidencia que, desde la perspectiva legal, no es posible reducir el debate sobre la legalización del aborto a la existencia de un supuesto derecho de la mujer a realizar dicha práctica, sin tener en cuenta ningún otro derecho, otros bienes jurídicos, ni ninguna otra responsabilidad.

Por último, otras acciones provenientes de las propias autoridades del Estado como la llevada a cabo por el Ministerio de Justicia español, por la que se modi-

fica el Registro Civil para inscribir con nombre propio a los nacidos sin vida tras los seis meses de gestación junto al de sus padres, o los dispositivos situados en Estados Unidos para que las madres que no pueden hacerse cargo de sus bebés los entreguen de forma anónima para que puedan ser dados en adopción, dan muestra de que existen muchas formas de ponderar la protección de la dignidad del ser humano desde el momento de su concepción hasta su nacimiento y la salud física y mental de las madres, sin que la única alternativa que se ofrezca a las mujeres embarazadas que por circunstancias de cualquier índole no pueden o no quieren criar a sus bebés sea su aborto.

5. Referencias bibliográficas

- BARKER, R. S., «La controversia sobre el aborto en los Estados Unidos: las dimensiones constitucionales», *Derecho*, 45 (1991).
- BUCHOLC, M., «Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon», en *Hague Journal on the Rule of Law*, n.º 14 (2022).
- BRID, N. G. y MACMAHOU, A., «Abortion Northern Ireland and the European Convention on Human Rights: reflections from UK Supreme Court», en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, n.º 2 (2019).
- DE GRAAF, G., BUCKLEY, F. y SKOTKO, B. G., «Estimation of the number of people with Down syndrome in the United States», en *Genetics in medicine*, Vol. 19, n.º 4 (2017).
- DEL BARRIO, N., *La jurisprudencia en el common law: desde la perspectiva del jurista continental*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.
- DICKENS B. y COOK, R., «The Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform», en *Human Rights Quarterly*, n.º 25 (2003).
- ESTEVA GALLICCHIO E. G., «El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo de Estados Unidos», en *Revista de Derecho*, Vol. XXI, n.º 42 (2022).
- ESTRADA TANCK, D., «El aborto en el derecho internacional público y la perspectiva comparada: enfoques y retos», en *Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato*, Vol. 7, n.º 13 (2018).
- FABBRINI, F., «The European Court Of Human Rights, The EU Charter of Fundamental Rights and The Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?», en *Columbia Journal Of European Law*, n.º 18 (2011).
- FLETCHER, R., «Attorney General v X and Others (1992): An Imagined Feminist Judgment», en *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 226/2015* (2016).
- FLORIT FERNÁNDEZ, C., *La idea de ser humano y el concepto jurídico de persona. El bien jurídico digno de protección ante la sentencia del TC sobre el aborto*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2024.
- FROST, T., «Abortion in Northern Ireland: Has the Rubicon Been Crossed?», en *Liverpool Law Review*, n.º 39 (2018).
- GARCÍA CUADRADO, A. M., «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», en *Persona y Derecho*, n.º 67 (2012).

- GARIBO PEYRÓ, A. P., «El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* sobre las personas con discapacidad», en *Persona y Derecho*, n.º 81 (2019).
- GEORGE, R. P. y TOLLEFSEN C., *Embrión. Una defensa de la vida humana*, Rialp, 2012.
- GÓMEZ, J. D., «La legalización del aborto en Estados Unidos», en *Verbo*, n.º 531-532 (2015).
- JEROME, L., *¿Qué es el embrión humano?*, Rialp, Madrid, 2010.
- MAIER, E., «Hidden Meanings of the Culture War over Abortion in the United States», en *Frontera Norte*, Vol. 30, n.º 59 (2018).
- MORENO CANTERO, R., «La instrumentalización del aborto durante el siglo XXI en Estados Unidos», en *La torre del Virrey*, n.º 32 (2022).
- PÉREZ ALONSO, J., «Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de Roe v. Wade a Dobbs v. Jackson», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 51 (2023).
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos», en MORENO CATENA, V. (coord.), *Problemas actuales de la justicia. Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alvis y Armario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988.
- ROCHA ESPÍNDOLA, M., «La persona y el libre desarrollo de su personalidad. Algunos aspectos constitucionales y civiles», en *Anuario jurídico Villanueva*, n.º 8 (2014).
- VON DER PFORDTEN, D., *Dignidad humana*, Atelier, Barcelona, 2020.
- ZAMBRANA TÉVAR, N., «Aborto y derecho a la vida: reflexiones sobre el reciente anteproyecto de reforma de la ley del aborto en España», en *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 11 (2014).
- ZOLKOS, M., «Human rights and democracy in the Polish abortion debates: concepts, discourses, subversions», en *Essex Human Rights Review*, n.º 3 (2006).

Capítulo 4

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

Jorge Salinas Mengual

Universidad Internacional de la Rioja

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

1. Introducción

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

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

¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. *Antecedentes históricos previos a Roe*

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

⁹ *Ibid.*, pp. 2053-2055.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ *Ibid.*, 6.

²⁷ *Ibid.*, 2, 8, 12.

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

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

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

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

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

²⁹ *Ibid.*, 26.

³⁰ *Ibid.*, 27.

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

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

³³ Indiana House Bill 1337 (2016).

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

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

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

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

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

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

³⁵ Ohio HB 214 (2017-2018).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ Texas HB 15 (2011).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. El aborto en España

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La politización de la justicia

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ *Ibid.*, p. 132.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁴ STC 44/2023, FJ4.

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

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

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

6. Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

7. Referencias bibliográficas

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

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

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

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

Capítulo 5

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

Santiago Cañamares Arribas

Universidad Complutense

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL *ANTI-DISCRIMINATION MANDATE* DE LA *AFFORDABLE CARE ACT (ACA)*. 2.1. *La igualdad de género y la libertad religiosa de las entidades sanitarias*. 2.2. *Excepciones a favor de las entidades sanitarias con ideario*.— 3. UNA PERSPECTIVA DIFERENTE: EL *CONTRACEPTIVE MANDATE* DE LA *ACA* FRENTE A LA LIBERTAD RELIGIOSA.— 4. CONCLUSIONES.— 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

Los planteamientos doctrinales de la mayoría de las confesiones religiosas tradicionales se han mostrado inasequibles a las cuestiones relativas a la igualdad de género¹. Esta situación ha planteado algunos conflictos que han trascendido el ámbito estrictamente confesional para proyectarse también sobre la actividad de aquellas entidades de naturaleza secular, creadas por las confesiones religiosas, para la mejor consecución de sus fines. Así, por ejemplo, ha sido frecuente que en centros educativos confesionales no se permitan determinadas enseñanzas propias de la ideología de género o que en centros sanitarios con ideario religioso se rechacen algunas intervenciones —como el aborto, la eutanasia y el cambio de sexo— que se consideran contrarias a los principios que inspiran su actividad.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Igualdad de género y creencias en el marco de la Agenda 2030». Referencia: I+D+i PID2020-114400GB-I00.

¹ Sobre esta cuestión se ha apuntado que las doctrinas religiosas tradicionales se basan en la existencia de dos sexos —hombre y mujer— vinculado con la reproducción humana y que resultan incompatibles con aquellas concepciones del movimiento transgénero que no aceptan el dimorfismo como elemento clave para entender la especie humana.

Vid. P. PARKINSON, «Gender Identity Discrimination and Religious Freedom», *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 38 (2023), pp. 12-13.

Paralelamente, están proliferando en las sociedades occidentales leyes de igualdad —o, en su caso, cláusulas de igualdad que se incorporan en algunas leyes sectoriales— que pretenden proteger a los ciudadanos frente a distintos tipos de discriminación, incluyendo la basada en la identidad de género, que pueden presentar un considerable impacto sobre la actividad de las entidades con ideario religioso.

Dado que el concepto de género es relativamente reciente, los textos internacionales en materia de protección de derechos humanos, así como las constituciones y legislaciones internas, cuando consagran el derecho a la igualdad no lo mencionan como motivo específico de discriminación. Sin embargo, los ordenamientos occidentales han ido abriendo paso progresivamente a su protección a través de su inclusión dentro de la discriminación por razón de sexo.

A este respecto es paradigmático el Derecho de la Unión Europea, ya que la Carta de Derechos Fundamentales (2000) —uno de los textos más modernos de protección de derechos humanos— prohíbe en su artículo 21 la discriminación por razón de sexo y por razón de la orientación sexual, entre otras características personales, sin aludir a la identidad de género².

El derecho derivado de la Unión Europea tampoco ha hecho referencia a la identidad de género como objeto de protección frente a la discriminación. A este respecto, es interesante traer a colación la Directiva 2006/54 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y ocupación, ya que en su Exposición de Motivos se señala que, en el ámbito laboral, la igualdad no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que, en atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona³.

Tal afirmación descansa sobre la posición sentada, tiempo atrás, por el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia P v. S y Cornwall County Council (1996), donde vino a señalar que las discriminaciones por razón de cambio de sexo o por tener la intención de hacerlo se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado. Tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger⁴.

² *Vid.*, también, artículos 10 y 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), donde también se recoge el compromiso de la Unión en la lucha contra la discriminación por razón de sexo y de orientación sexual.

³ Así se recoge expresamente en el Preámbulo de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. DOUE de 26 de julio de 2006.

⁴ Sentencia de 30 de abril de 1996, P v. S y Cornwall County Council (Asunto C-13/94), aps. 21-22.

De esta manera, puede afirmarse que, en el Derecho de la Unión Europea, la protección de la igualdad de sexo se proyecta no sólo sobre el sexo biológico sino también sobre la transexualidad *stricto sensu*, protegiendo a aquellas personas sometidas o que se someterán a una operación de cambio de sexo. Dicho de otro modo, quedarían al margen de esta protección otras situaciones que se engloban dentro la identidad de género⁵.

En el caso del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria, a través de distintas iniciativas, ha tratado de combatir toda forma de intolerancia y discriminación por razón de orientación sexual y de identidad de género⁶. A los efectos de nuestro estudio, resulta particularmente ilustrativa la Resolución 1278 (2010), sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género⁷, ya que, por una parte, hace un llamamiento a los estados miembros para que adopten la legislación pertinente para combatir la discriminación por estos motivos, al tiempo que reconoce la posibilidad de introducir excepciones en esta normativa a favor de instituciones y organizaciones religiosas cuando estén justificadas con base en el derecho de libertad religiosa, en particular cuando afecten al desarrollo de actividades religiosas o cuando su contenido entre en conflicto con la doctrina religiosa del grupo o suponga una pérdida de autonomía por parte de tales entidades⁸.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha sido demasiado explícita en relación con la protección de la identidad de género, habiéndose limitado a señalar en la Sentencia *Identoba v. Georgia* (2015)⁹ que la prohibición de discriminación, contenida en el artículo 14 del Convenio, cubre cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género.

⁵ La identidad de género supera los casos de transexualidad para incluir a quienes eligen otros medios para manifestar su género a través de su apariencia personal o forma de comportamiento. Vid. *European Union Fundamental Rights Agency/Council of Europe, Handbook on European non-discrimination law* (2018), p. 171.

⁶ Recomendación 1117 (1989), de 29 de septiembre de 1989, sobre la condición transexual. Texto disponible en: <https://pace.coe.int/pdf/4bc9d424b7020b3e7158849407773dfa2f6be-6763925dce827ad500a048858bf/rec.%201117.pdf> (última visita, 20 de septiembre de 2023). Vid, también, Recomendación 1915 (2010), de 29 de abril de 2010, sobre discriminación por razón de orientación sexual y de identidad de género. Texto disponible en <https://pace.coe.int/pdf/2f7aaa53acf2d151fa4d736f563da8d8f92a4855200795d66f775d43bc6a5ab3/rec.%201915.pdf>.

⁷ Resolución de 29 de abril de 2010. Texto disponible en la siguiente página web: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17853> (última visita, 20 de septiembre de 2023).

⁸ En este documento se invita a los líderes políticos a tener espacios de diálogo con los representantes de las confesiones religiosas donde se posibiliten debates y reformas sobre cuestiones de esta índole.

Esta misma idea se encuentra presente en la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Texto disponible en la siguiente página web: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c1743> (última visita, 20 de septiembre de 2023).

⁹ Sentencia *Identoba v. Georgia*, de 12 de mayo de 2015, ap. 96.

Como punto de contraste, en el Derecho norteamericano se aprecia una mayor contundencia a la hora de proteger la identidad de género a través de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Tal protección se ha operado por vía jurisprudencial, concretamente a través de la Sentencia *Bostock* (2020)¹⁰ donde el Tribunal Supremo puso de manifiesto que tanto la orientación sexual como la identidad de género constituyen características protegidas bajo la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el Título VII de la Civil Rights Act (1964) que, como es sabido, constituye la principal norma de protección de la igualdad y no discriminación en el empleo en el Derecho norteamericano¹¹.

Uno de los principales problemas que se están planteando en Estados Unidos en relación con la identidad de género es su conciliación con la libertad religiosa colectiva. De hecho, la propia Sentencia *Bostock* ya advertía de los problemas que este concepto ampliado de «sexo» iba a traer para las confesiones religiosas. En efecto, el Juez Gorsuch puso de manifiesto que el cumplimiento de estas obligaciones puede forzar a las confesiones religiosas a ir en contra de su propia doctrina¹². De un modo aún más contundente, el Juez Alito, en su voto disidente a esta misma Sentencia, apuntó que incluir la orientación sexual y la identidad de género bajo el concepto de «discriminación por razón de sexo» resultaba irresponsable frente al libre ejercicio de la religión, ya que podría desencadenar un conflicto abierto con las prácticas laborales basadas en las creencias religiosas que llevan a cabo numerosas iglesias, sinagogas, mezquitas y otras instituciones religiosas. No en vano, estas entidades —continúa Alito— necesitan trabajadores que vivan la doctrina religiosa o el ideario, por lo que obligarles a contratar trabajadores cuya conducta no respeta los principios de la organización les empujará a trasladar un mensaje objetable¹³.

Sin duda estas advertencias han resultado acertadas también en relación con las actividades que desarrollan algunas entidades con ideario creadas por las confesiones religiosas para la mejor consecución de sus fines. Sin duda, donde han surgido estos conflictos de una manera más acusada ha sido en el ámbito sanitario como consecuencia de algunas previsiones de la Affordable Care Act

¹⁰ *Bostock v. Clayton County*, Georgia, 590 U.S., 140 S. Ct. 1731 (2020).

Un comentario a esta sentencia puede verse en J. I. RUBIO LÓPEZ, «Un barco pirata por aguas de Scalia: Trabajo y sexo; texto e interpretación. A propósito de *Bostock v. County of Clayton*», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 54 (2020); *vid.*, también, R. E. JOHNSON, «Discrimination Because of Sexual Orientation and Gender Identity: The Necessity of the Equality Act in the Wake of *Bostock v. Clayton County*», *Brigham Young University Law Review*, n.º 47(2) (2022), pp. 685-710.

¹¹ Texto disponible en la siguiente página web: <https://www.eeoc.gov/statutes/title-vii-civil-rights-act-1964> (última visita 3 septiembre 2023).

¹² Más concretamente, el Tribunal afirmó: «[...] complying with Title VII's requirement in cases like ours may require some employers to violate their religious convictions». *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020), pp. 1753-54.

¹³ *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731, p. 1780.

(2010) —también conocida como ObamaCare—¹⁴ cuyo objetivo está en mejorar el acceso a los servicios sanitarios de los ciudadanos a un coste reducido, a través de la instauración de un sistema de seguro de salud a cargo del empresario del que se benefician los trabajadores de empresas de más de 50 empleados.

Como veremos a lo largo de las siguientes páginas, esta norma federal contiene una cláusula de no discriminación —*anti-discrimination mandate*— que podría forzar a las entidades sanitarias de inspiración religiosa a realizar intervenciones contrarias a los principios de su ideario religioso. Al mismo tiempo, esta norma ha planteado conflictos de índole religiosa en relación con el llamado *contraceptive mandate*, esto es, la obligación que recae sobre las empresas de más de 50 trabajadores de suscribir un seguro de salud para los empleados cuyas coberturas básicas incluyen el acceso a tratamientos anticonceptivos que pueden tener un potencial efecto abortivo.

2. El *anti-discrimination mandate* de la Affordable Care Act (ACA)

2.1. La igualdad de género y la libertad religiosa de las entidades sanitarias

La Affordable Care Act contiene en su artículo 1557 una cláusula de no discriminación en cuya virtud cualquier entidad sanitaria que reciba fondos federales, como hospitales y centros médicos, no puede discriminar a sus pacientes por cualquiera de los motivos que indirectamente ahí se señalan¹⁵.

La redacción de este precepto es bastante confusa ya que no hace referencia directa a los concretos motivos de discriminación prohibidos, sino que los identifica a través de referencias cruzadas a otras leyes federales. Así, se dispone que ninguna persona podrá ser objeto de discriminación por los motivos prohibidos en el Título VI de la Civil Rights Act (1964), el Título IX de la Education Admendments Act (1972), la Age Discrimination Act (1975) y en el artículo 794 de la Rehabilitation Act (1973).

Por lo tanto, dicho en términos directos, el citado artículo 1557 ACA dispone que las entidades sanitarias que reciben fondos federales no pueden discriminar

¹⁴ Texto disponible en la siguiente página web: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ148/pdf/PLAW-111publ148.pdf> (última visita 3 septiembre 2023).

¹⁵ El citado artículo 1557 ACA tiene el siguiente tenor: «(a) IN GENERAL.— Except as otherwise provided for in this title (or an amendment made by this title), an individual shall not, on the ground prohibited under title VI of the Civil Rights Act of 1964 (42 U.S.C. 2000d et seq.), title IX of the Education Amendments of 1972 (20 U.S.C. 1681 et seq.), the Age Discrimination Act of 1975 (42 U.S.C. 6101 et seq.), or section 504 of the Rehabilitation Act of 1973 (29 U.S.C. 794), be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under, any health program or activity, any part of which is receiving Federal financial assistance, including credits, subsidies, or contracts of insurance, or under any program or activity that is administered by an Executive Agency, or any entity established under this title (or amendments)».

a sus pacientes «por motivos de raza, color u origen nacional» (Título VI de la Civil Rights Act) «por razón de sexo» (Título IX Education Admendments Act) «por razón de edad» (Age Discrimination Act) y «por razón de discapacidad» (Artículo 504 de la Rehabilitation Act).

Al margen de la compleja redacción de este artículo, su referencia cruzada al Título IX de la Education Amendments Act ha sido objeto de conflicto con las entidades sanitarias con ideario religioso, debido, básicamente, a los desarrollos reglamentarios aprobados por la administración sanitaria en relación con dos aspectos concretos. Por una parte, con el alcance de la prohibición de discriminación por razón de sexo, ya que la administración ha entendido —salvo en una ocasión a la que después me referiré— que dentro de esta categoría quedaba englobada también la orientación sexual y la identidad de género. Y, por otra parte, con la aplicación a las entidades sanitarias de la excepción a la prohibición de discriminar que se reconoce a favor de las instituciones educativas con ideario cuando su observancia resulte incompatible con sus principios religiosos¹⁶.

En efecto, en desarrollo de esta «cláusula anti-discriminatoria» del artículo 1557 ACA, la administración sanitaria —*Department of Health and Human Services* (HSS)— adoptó en 2016 unas disposiciones administrativas (2016 Rules) que incluían dentro del concepto de «discriminación por razón de sexo» tanto la orientación sexual (cuando se basa en estereotipos sexuales¹⁷) como la identidad de género, entendida como la percepción interna del individuo acerca de su género, que puede ser masculina, femenina, ninguna de los dos o una combinación de ambas¹⁸.

Esta normativa de desarrollo fue recurrida ante los tribunales por varias entidades sanitarias confesionales que alegaban, por una parte, que la administración había excedido sus competencias al incluir la identidad de género dentro de la discriminación por razón de sexo y, por otra, que su aplicación a estas entidades vulneraba el contenido de la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA)¹⁹,

¹⁶ El citado precepto del Título IX de la Education Amendments dispone lo siguiente:

«(a) Prohibition against discrimination; exceptions.

No person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance, except that: [...] (3) Educational institutions of religious organizations with contrary religious tenets this section shall not apply to an educational institution which is controlled by a religious organization if the application of this subsection would not be consistent with the religious tenets of such organization».

¹⁷ Los estereotipos sexuales quedaron definidos de la siguiente manera: «stereotypical notions of gender, including expectations of how an individual represents or communicates gender to others, such as behavior, clothing, hairstyles, activities, voice, mannerisms, or body characteristics».

¹⁸ Texto disponible en: <https://www.govinfo.gov/app/details/FR-2016-05-18/2016-11458> (última visita 23 de septiembre de 2023).

¹⁹ Esta norma dispone, en su artículo tercero, lo siguiente:

Free Exercise of Religion Protected:

ya que potencialmente les obligaba a realizar intervenciones relacionadas con el género que resultaban sustancialmente contrarias a su ideario.

El caso más paradigmático es *Franciscan Alliance*, donde un Tribunal federal —*District Court for the Northern District of Texas*— decidió que, atendiendo al texto y la estructura del Título IX de la Education Amendment Act, la administración sanitaria había excedido sus competencias al aprobar las 2016 Rules, en tanto el Congreso, cuando aprobó la prohibición de discriminación por razón de sexo en el marco de la antedicha ley educativa, había pretendido prohibir la discriminación entre sexos biológicos, sin abarcar cuestiones basadas en la identidad de género²⁰.

Por otro lado, declaró que las 2016 Rules resultaban contrarias a la RFRA²¹. Más concretamente, el Tribunal puso de manifiesto que la aplicación a estas entidades de la prohibición de discriminar por razón de sexo, comprensiva de la identidad de género, era contraria a lo dispuesto en la RFRA, en tanto entrañaba una restricción sustancial de su libertad religiosa —en forma de multas o sobre posible responsabilidad civil— sin que se hubiera acreditado, por una parte, el perjuicio que una excepción a su cumplimiento hubiera ocasionado sobre el interés preponderante de garantizar la igualdad por razón de sexo de los ciudadanos en el acceso al sistema sanitario y, por otra, que no hubiera otros medios menos restrictivos para alcanzar dicho objetivo²².

-
- a) In General: Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).
 - b) Exception: Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person: (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

Texto disponible en: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/1308/text> (última visita 25 de septiembre de 2023).

²⁰ *Franciscan Alliance, Inc. v. Burwell*, 227 F. Supp. 3d 660 (N.D. Tex. 2016), p. 669.

²¹ Paralelamente, hay que hacer alusión al caso *Sisters of Mercy*, donde un Tribunal federal de apelación acabó confirmando la sentencia de un tribunal de Distrito que dispuso que no se podía aplicar el *anti-discrimination mandate* sobre las entidades recurrentes en lo que se refiere a las intervenciones de reasignación de género. *Vid. Sentencia Religious Sisters of Mercy v. Azar*, 513 F. Supp. 3d 1113, 1122 (D.N.D. 2021); *Religious Sisters of Mercy v. Becerra*, 55 F.4th 583 (8th Cir., 2022).

²² Esta posición fue confirmada posteriormente en otras decisiones que declararon con carácter permanente que estas disposiciones (Rules 2016) no podían aplicarse a las entidades sanitarias confesionales. Estos pronunciamientos estuvieron motivados por cambios importantes en el desarrollo normativo del artículo 1557 ACA que vinieron determinados por nuevas normas de desarrollo (2020 Rules), la Sentencia *Bostock* del Tribunal Supremo y una notificación de la administración sanitaria (2021) que siguiendo una orden ejecutiva del Presidente Biden, indicó que la discriminación por razón de sexo de dicho precepto se interpretaría según la doctrina *Bostock*.

Vid. Franciscan All., Inc. v. Becerra, 553 F.Supp.3d 361 (N.D. Texas 2021). Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelación en la Sentencia *Franciscan Alliance v. Becerra*, No. 21-11174 (5th Cir. 2022).

En consecuencia, la Sentencia prohibió que estas disposiciones se aplicaran a las entidades sanitarias con ideario religioso para evitar que pudieran verse obligadas a llevar a cabo intervenciones de transición de género o a practicar abortos en contra de su ideario.

En 2020, la Administración sanitaria aprobó unas nuevas disposiciones de desarrollo de la ACA (2020 Rules) que, básicamente, derogaron las de 2016 disponiendo que, a la luz de lo dispuesto en el Título IX de la Education Amendments Act, el alcance de la discriminación por razón de sexo debía interpretarse en su sentido literal, de modo que no comprende ni la identidad de género ni la orientación sexual²³.

Pocos días después de la aprobación de estas disposiciones, el Tribunal Supremo pronunció la Sentencia *Bostock* en la que —como antes he puesto de manifiesto— entendió que la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, contenida en el Título VII de la Civil Rights Act, comprendía también la orientación sexual y la identidad de género. Más concretamente, el Tribunal Supremo sostuvo que despedir a un empleado por ser homosexual o transexual es una discriminación ilegal reconducible a la discriminación por razón de sexo, ya que «discrimina necesaria e intencionadamente a ese individuo en parte por razón de sexo»²⁴.

Los efectos de esta decisión pronto se trasladaron a otros ámbitos distintos del laboral. De hecho, en el ámbito educativo, un tribunal de federal llegó a la conclusión de que la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el Título IX de la Education Admendments Act, debía interpretarse a la luz de la Sentencia *Bostock*, es decir, incluyendo la orientación sexual y la identidad de género. En efecto, en el caso *Grimm* (2020), una Corte de Apelación consideró que un alumno transgénero había sido discriminado por razón de sexo a raíz de que su centro educativo le obligara, en un primer momento, a utilizar los baños correspondientes a su sexo biológico y posteriormente un baño individual, sin poder hacer uso, en ningún caso, de los asignados a su identidad de género²⁵.

Traigo a colación este caso, porque, inmediatamente después de *Bostock*, diversos colectivos recurrieron las 2020 Rules ante los tribunales federales con objeto de ampliar el alcance de la discriminación por razón de sexo del artículo 1557 ACA en la misma línea apuntada por el Tribunal Supremo. En definitiva, a través de estos recursos se pretendía recuperar la vigencia de las normas de 2016 que incluían dentro de la discriminación por razón de sexo, los estereotipos sexuales y la identidad de género.

²³ Disponibles en la siguiente página web: <https://www.federalregister.gov/d/2020-11758/p-41> (última visita 3 de septiembre de 2023).

²⁴ Concretamente, el Tribunal puso de manifiesto: «it is impossible to discriminate against a person for being homosexual or transgender without discriminating against that individual based on sex». *Bostock v. Clayton County*, cit., p. 9.

²⁵ *Grimm v. Gloucester County School Bd.*, 972 F.3d 586 – Court of Appeals, 4th Circuit 2020.

En este contexto, hay que hacer referencia a la Sentencia *Whitman-Walker Clinic, Inc. v. HHS* (2020)²⁶ donde un Tribunal de Distrito decidió que el gobierno federal, al aprobar las 2020 Rules, había incumplido lo dispuesto en la Administrative Procedure Act (1946)²⁷ ya que habían excluido de manera arbitraria y caprichosa los «estereotipos sexuales» de la discriminación por razón de sexo del artículo 1557 ACA. De esta forma, impidió que la discriminación por razón de orientación sexual (en tanto responda a estereotipos sexuales) quedara excluida de la cláusula de no discriminación de la ACA. En cambio, el Tribunal consideró que la identidad de género no había sido excluida de modo arbitrario de la discriminación por razón de sexo en las 2020 Rules, a la luz del contenido de la Sentencia *Franciscan Alliance* (2016) a la que antes he hecho referencia.

En fin, la Sentencia *Walker v. Azar* (2020)²⁸ del Tribunal de Distrito de Nueva York, llegó aún más lejos disponiendo que la administración sanitaria había aprobado las 2020 Rules de una manera arbitraria y caprichosa —en contra de lo dispuesto en la Administrative Procedure Act (APA)— al no haber esperado a que el Tribunal Supremo se pronunciara en la Sentencia *Bostock* sobre este asunto, a pesar de ser consciente de que su fallo tendría ramificaciones en otras normas federales. En consecuencia, ni los estereotipos sexuales ni la identidad de género podían ser excluidos de la definición de discriminación sexual por lo que estableció que las reglas recurridas no podían aplicarse en ese sentido.

Posteriormente, y como consecuencia de una *Executive Order*²⁹ del Presidente Biden —donde se dispuso que la discriminación por razón de sexo debía interpretarse en todas las leyes federales a la luz de *Bostock*— la administración sanitaria hizo pública una Notificación acerca de la interpretación y aplicación del artículo 1557 ACA y el Título IX de la Education Amendments Act (2021), estableciendo que la prohibición de «discriminación sexual» debería ser interpretada y aplicada a la luz de la Sentencia *Bostock*, sin perjuicio del respeto a la libertad religiosa de las entidades afectadas de conformidad con lo dispuesto en la Religious Freedom Restoration Act³⁰.

En todo caso, desde marzo de 2022, la administración federal está trabajando en una nueva propuesta de normas de desarrollo del *anti-discrimination mandate* —Notice of Proposed Rulemaking (2022)— que, al menos, en la versión inicial

²⁶ *Whitman-Walker Clinic, Inc. v. HHS*, 485 F.Supp.3d 1 (District Court, District of Columbia 2020).

²⁷ El texto de esta norma está disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf> (última visita 5 de septiembre de 2023).

²⁸ *Walker v. Azar*, 480 F.Supp.3d 417 (E.D. New York, 2020).

²⁹ Executive Order «Preventing and Combating Discrimination on the Basis of Gender Identity or Sexual Orientation», Exec. Order No. 13,988, 86 Fed. Reg. 7023 (Jan. 20, 2021).

Texto disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2021-01-25/pdf/2021-01761.pdf> (última visita, 4 de septiembre de 2023).

³⁰ Texto disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2021-05-25/pdf/2021-10477.pdf> (última visita, 4 de septiembre de 2023).

sigue esta misma línea interpretativa, es decir, incluye la identidad de género y la orientación sexual dentro de la prohibición de discriminación por razón de sexo³¹.

2.2. *Excepciones a favor de las entidades sanitarias con ideario*

Más allá del alcance de la prohibición de discriminación por razón de sexo, la incorporación del Título IX de la Education Amendments Act en el artículo 1557 ACA ha planteado también dudas interpretativas en relación con la posible exención de las entidades sanitarias con ideario en línea con lo dispuesto a favor entidades educativas. En particular, dicho Título dispone que la prohibición de discriminación por razón de sexo no será aplicable a las instituciones educativas controladas por una organización religiosa cuando fuera incompatible con los principios religiosos de dicha organización.

Además, el Título IX también contiene una disposición titulada «Neutralidad con respecto al aborto» en virtud de la cual su contenido no se interpretará en el sentido de exigir o prohibir a una persona o entidad que proporcione prestaciones o servicios relacionados con el aborto³².

Las disposiciones de desarrollo del artículo 1557 ACA, aprobadas por la Administración sanitaria en 2016 y 2020, asumieron posiciones opuestas en lo que se refiere a la incorporación de la excepción religiosa y de la cláusula de neutralidad en materia de aborto.

En particular, la Reglas de 2016 interpretaron que la excepción religiosa educativa no resultaba inmediatamente trasladable al ámbito sanitario, ya que se trata de contextos distintos, desde el momento en que en el ámbito educativo los padres y alumnos tienen libertad de elección de centro —pudiendo optar por un centro público y otro confesional— mientras que los pacientes no tienen esa posibilidad de elección, especialmente en zonas rurales donde la asistencia sanitaria se presta mayoritariamente por instituciones de inspiración religiosa³³.

³¹ La propuesta afirma literalmente lo siguiente: «The Department also proposes to address nondiscrimination on the basis of sex, including gender identity and sexual orientation, consistent with Bostock and related case law, as well as subsequent Federal agency interpretations».

El texto de esta propuesta puede verse en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2022-08-04/pdf/2022-16217.pdf> (última visita, 4 de septiembre de 2023).

³² Tal disposición tiene el siguiente tenor: «Neutrality with respect to abortion — Nothing in this chapter shall be construed to require or prohibit any person, or public or private entity, to provide or pay for any benefit or service, including the use of facilities, related to an abortion. Nothing in this section shall be construed to permit a penalty to be imposed on any person or individual because such person or individual is seeking or has received any benefit or service related to a legal abortion».

³³ Concretamente, la Administración sanitaria afirmaba: «In addition, we noted that many of Title IX's limitations and exceptions do not readily apply in a context that is grounded in health care, rather than education».

Al mismo tiempo, las 2016 Rules consideraron que una excepción de carácter general podría dar lugar a una denegación o a un retraso en la prestación de asistencia sanitaria a ciertas personas y disuadirlas de buscar la atención médica necesaria con consecuencias graves para su salud que podrían ser incluso potencialmente mortales. En todo caso, entendieron que la libertad religiosa de las entidades sanitarias con ideario religioso quedaba suficientemente protegida a través de la RFRA, de modo que si la prohibición de discriminar por razón de género del artículo 1557 ACA provocaba una restricción sustancial de su libertad religiosa no les resultaría de aplicación salvo que quedara acreditado que el interés preponderante de garantizar un acceso igualitario a la asistencia sanitaria no podría alcanzarse a través de medios menos restrictivos para los derechos de la entidad.

Con respecto a la cláusula de neutralidad en materia de aborto, las Reglas de 2016 sostuvieron que no correspondía su incorporación al artículo 1557 ACA en tanto las disposiciones específicas de esta Ley relativas al aborto proporcionaban una protección suficiente para estas entidades sanitarias en tanto prohíben que los seguros de salud discriminen a un centro sanitario por su negativa a practicar este tipo de intervenciones³⁴.

En este punto hay que recordar cómo la Sentencia *Franciscan Alliance v. Burwell* (2016)³⁵, declaró que la no incorporación tanto de la excepción a la prohibición de discriminación por razón de sexo como de la cláusula de neutralidad en materia de aborto entrañaba una vulneración de la Administrative Procedure Act (APA). El Tribunal de Distrito razonó que la inclusión específica de la expresión *et seq.* en la referencia cruzada que hace el citado artículo 1557 ACA al Título IX sólo puede significar que el Congreso tenía la intención de incorporar toda la estructura legal de dicho Título, incluyendo las excepciones religiosas.

A la luz de este pronunciamiento, las Reglas de 2020 interpretaron que el artículo 1557 ACA incorporaba tanto la excepción religiosa del Título IX como la cláusula de neutralidad del aborto. Sin embargo, recuérdese que un Tribunal de Distrito en la Sentencia *Whitman-Walker* (2020) prohibió la incorporación

³⁴ La ACA dispone en su artículo 1303, en la parte que interesa a nuestro estudio, lo siguiente: «(4) No discrimination on basis of provision of abortion — No qualified health plan offered through an Exchange may discriminate against any individual health care provider or health care facility because of its unwillingness to provide, pay for, provide coverage of, or refer for abortions». 42 U.S. Code § 18023 – Special rules.

³⁵ El Tribunal señaló lo siguiente: «Therefore, a religious organization refusing to act inconsistent with its religious tenets on the basis of sex does not discriminate on the ground prohibited by Title IX. Failure to incorporate Title IX's religious and abortion exemptions nullifies Congress's specific direction to prohibit only the ground proscribed by Title IX. [...] By not including these exemptions, HHS expanded the "ground prohibited under" Title IX that Section 1557 explicitly incorporated.

Franciscan Alliance, Inc. v. Burwell, 227 F. Supp. 3d 660 (Dist. Court, ND Texas, 2016), p. 691.

de la excepción religiosa del Título IX, concluyendo que la Administración sanitaria no había proporcionado suficiente justificación para este cambio de posición frente a las Reglas de 2016³⁶.

En efecto, el Tribunal consideró que las Reglas de 2020 incorporaron tal excepción sin tener en cuenta las consecuencias que podría tener en el acceso a la atención sanitaria por parte de algunos colectivos, por lo que resultaban contrarias a la Ley de Procedimiento Administrativo (APA) que exige que la administración tenga en cuenta todos los factores pertinentes a la hora de fundamentar un cambio de criterio. Por lo demás, el Tribunal señaló que esta exclusión no implicaba que las entidades sanitarias con ideario religioso quedaran desprovistas de protección frente a la aplicación del *anti-discrimination mandate*, ya que seguirían disfrutando de las garantías de la Religious Freedom Restoration Act.

En fin, como antes he indicado, en la actualidad la administración sanitaria trabaja en unas nuevas normas de interpretación del artículo 1557 ACA —Notice of Proposed Rulemaking (2022)—³⁷ que aplican los mismos criterios contenidos en las Reglas de 2016, por lo que no se incluyen las excepciones del Título IX a las entidades sanitarias ni se incorpora la cláusula de neutralidad en materia de aborto.

En efecto, empleando prácticamente los mismos argumentos de las Reglas de 2016, la propuesta señala que tal excepción religiosa comprometería seriamente el objetivo principal del Congreso de ampliar el acceso a la atención sanitaria. Al mismo tiempo afirma que el artículo 1557 ACA, además de la referencia cruzada a los motivos de discriminación, alude expresamente a los «mecanismos de aplicación» de esas normas federales³⁸ y no a otras cuestiones, lo cual demostraría que si el Congreso hubiera querido incorporar otros aspectos de las normas referenciadas —como es el caso de las excepciones a su contenido— lo habría hecho expresamente. En fin, esta nueva propuesta normativa también afirma que, dado que las excepciones del Título IX se refieren específicamente a las instituciones educativas, su incorporación al artículo 1557 ACA resulta inadecuada.

Tampoco queda incorporada la cláusula de neutralidad en materia de aborto, afirmándose expresamente que la Administración no queda vinculada por la Sentencia *Franciscan Alliance v. Burwell* (2016) dado que existen otras disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la prestación de servicios de aborto que pueden aplicarse a una entidad sanitaria obligada a cumplir el *anti-discrimi-*

³⁶ *Whitman-Walker Clinic v. US Dept. of Health*, 485 F. Supp. 3d 1 (DC, 2020), pp. 44–46.

³⁷ Texto disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2022-08-04/pdf/2022-16217.pdf> (última visita, 3 de septiembre de 2023).

³⁸ En efecto, la propuesta afirma: «The enforcement mechanisms provided for and available under such title VI, title IX, section 504, or such Age Discrimination Act shall apply for purposes of violations of this subsection». *Vid. Federal Register*, Vol. 87, No. 149 (2022), p. 47840 y ss.

nation mandate cuando objete a su cumplimiento por razón de sus principios religiosos³⁹.

3. Una perspectiva diferente: el *contraceptive mandate* de la ACA frente a la libertad religiosa

Después de analizar los conflictos desencadenados como consecuencia de la aplicación del *anti-discrimination mandate* a las entidades sanitarias con ideario, es preciso abordar la posición asumida por la administración norteamericana en relación con el llamado *contraceptive mandate* de la ACA frente a aquellas entidades —incluyendo empresas— que, con base en sus principios religiosos o morales, rechazan financiar, dentro de los seguros de salud de sus empleados, los tratamientos de contracepción que pueden tener efecto abortivo.

Para entender adecuadamente el alcance de esta obligación, recordemos, ante todo, que la ACA exige que la mayoría de los empresarios suscriban un seguro de salud que cubra unas prestaciones básicas sin que los empleados tengan que sufragar, de alguna manera, su coste.

Es importante subrayar que la ACA no especifica en su artículo 2713 cuáles sean esas coberturas, limitándose a señalar que se deben financiar, entre otros aspectos, el acceso a determinadas prestaciones médicas⁴⁰, ciertas vacunas⁴¹, y una serie de prestaciones para la mujer en los términos que se establezcan en las directrices publicadas por la administración sanitaria, concretamente por la Health Resources and Services Administration (HRSA), una agencia del Health and Human Services (HHS)⁴².

Centrándonos en las prestaciones específicas para las trabajadoras, la HRSA aprobó unas directrices en 2012 disponiendo —lo que se conoce como el *contraceptive mandate*— que los planes de salud y las aseguradoras financiarán todos

³⁹ La propuesta literalmente indica lo siguiente: «We acknowledge that the Franciscan Alliance court vacated the challenged provisions of the 2016 rule and reasoned that the Department was required to incorporate the language of Title IX's abortion neutrality provision; however, we disagree with that decision, which does not bind this new rulemaking. The Department does note, however, that there are several other statutory and regulatory provisions related to the provision of abortions that may apply to an entity covered by Section 1557». *Vid. Federal Register*, Vol. 87, No. 149 (2022), p. 47879.

⁴⁰ Concretamente las especificadas en las «A & B Recommendations» de un organismo independiente denominado US Preventive Services Task Force (USPSTF). Disponible en la siguiente página web: <https://www.uspreventiveservicestaskforce.org/uspstf/recommendation-topics/uspstf-a-and-b-recommendations> (última visita, 4 de septiembre de 2023).

⁴¹ Concretamente aquellas recomendadas por el Advisory Committee on Immunization Practices (ACIP). Información disponible en: <https://www.cdc.gov/vaccines/hcp/acip-recs/index.html> (última visita, 22 de mayo de 2023).

⁴² El texto de estas directrices está publicado en la siguiente página web: <https://www.hrsa.gov/womens-guidelines-2019> (última visita, 4 de mayo de 2023).

los métodos anticonceptivos aprobados por la US Food and Drug Administration (FDA) algunos de los cuales presentan un efecto potencialmente abortivo⁴³. Estas disposiciones provocaron un enfrentamiento entre la administración sanitaria, que consideraba el acceso de las mujeres a la cobertura anticonceptiva como un importante objetivo de salud pública, y determinados empleadores que argumentaban que la financiación de esta prestación a través de sus planes de salud violaba su libertad religiosa.

Para lograr un equilibrio entre estos intereses, las confesiones religiosas⁴⁴ quedaron eximidas, desde el inicio, de la obligación de financiar la cobertura contraceptiva. En un segundo momento se admitió que las organizaciones religiosas sin ánimo de lucro (colegios con ideario, universidades de inspiración religiosa, etc.) pudieran adaptar el cumplimiento de estas obligaciones a las exigencias de su ideario o doctrina religiosa⁴⁵. Tal acomodación consistía, básicamente, en que tales prestaciones no serían sufragadas directamente por estas entidades sino por la compañía aseguradora, sin que se pudiera repercutir directa o indirectamente ningún gasto sobre la organización religiosa ni sobre sus trabajadoras.

Por su parte, los «empresarios con ánimo de lucro» quedaron fuera de la excepción, con independencia de que su actividad empresarial estuviera inspirada por principios religiosos. Esta situación cambió con la Sentencia *Hobby Lobby* (2014)⁴⁶ donde el Tribunal Supremo vino a estimar un recurso presentado por los dueños una empresa —*closely held corporation*—⁴⁷ que consideraban que la obligación de proporcionar cobertura anticonceptiva para sus empleadas impli-

⁴³ <https://www.hrsa.gov/womens-guidelines-2019> (última visita 4 de septiembre de 2023).

⁴⁴ Más exactamente, las Directrices se referían a los empleadores religiosos (*religious employers*) a los que definía como entidades cuyo propósito principal fuera inculcar valores religiosos; que principalmente empleara y atendiera a personas que comparten sus mismos principios religiosos y que no tuvieran ánimo de lucro.

⁴⁵ Coverage of Certain Preventive Services Under the Affordable Care Act, Federal Register Vol. 78, No. 127 (2013), p. 39896.

Texto disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2013-07-02/pdf/2013-15866.pdf> (última visita 4 de septiembre de 2023).

⁴⁶ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014).

Un comentario a esta Sentencia puede verse en C. CIOCCHETTI (2014), «Religious Freedom and Closely Held Corporations: The Hobby Lobby Case and Its Ethical Implications», en *Oregon Law Review*, Vol. 93, n.º 2 (2014), pp. 259-354; A. M. RUIZ GONZÁLEZ, «Repensando los derechos constitucionales de la persona jurídica a la luz del Obamacare», en *Revista de estudios políticos*, n.º 181 (2018), pp. 187-216; J. KRÍŽ, «Autonomía religiosa de las sociedades mercantiles: sobre la Sentencia de Hobby Lobby», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 48 (2018).

⁴⁷ Con este término se hace referencia a empresas con ánimo de lucro de tipo familiar o con un reducido número de socios que no cotizan en bolsa. A este respecto puede verse el concepto aplicado por el Internal Revenue Service (IRS) en su *Revenue Ruling 59-60*. Texto disponible en: https://www.pvflc.com/files/IRS_Revenue_Ruling_59-60.pdf (última visita 4 de septiembre de 2023).

caba una vulneración de su libertad religiosa, en particular, porque algunos de los tratamientos financiados tenían un potencial efecto abortivo.

El Tribunal Supremo entendió que estas directrices del HRSA violaban la RFRA, dado que esta norma protege la libertad religiosa no sólo de las personas físicas sino también de las jurídicas con independencia de que tengan ánimo de lucro⁴⁸. En todo caso, al llevar a cabo el estricto escrutinio que impone esta Ley para valorar la posible vulneración de la libertad religiosa, el Tribunal recordó, ante todo, que los poderes públicos no pueden entrar a valorar la legitimidad de las creencias religiosas sino que deben limitar su actuación a comprobar que las convicciones son sinceras. Desde esta perspectiva, la Sentencia afirma que la normativa aprobada por la administración sanitaria entrañaba una limitación sustancial del libre ejercicio de la religión en el caso de las *closely held corporations* ya que sus propietarios quedaban obligados o bien a llevar a cabo acciones que vulneran gravemente su libertad religiosa o a asumir graves consecuencias económicas.

Al mismo tiempo, el Tribunal aceptó que la cobertura gratuita en materia de anticoncepción para las mujeres trabajadoras responde a un interés preponderante del Estado. Sin embargo, concluyó que no había quedado demostrado que obligar a las *closely held corporations* a financiarlo fuera el medio menos lesivo para libertad religiosa de estas entidades. Así, por ejemplo, se podría plantear —afirma la Sentencia— que el gobierno financiara directamente estos tratamientos de posible efecto abortivo o la extensión a las entidades lucrativas de las excepciones previstas en las directrices del HRSA a favor de las organizaciones religiosas no lucrativas en tanto se trata de una solución que —a su juicio— garantizaría el interés preponderante subyacente al tiempo que evitaría una afectación sustancial de la libertad religiosa de estas entidades.

En fin, a la luz de Hobby Lobby, la administración aprobó unas nuevas directrices en 2015 que extendieron el régimen de acomodación previsto para las organizaciones religiosas sin fines de lucro a las *closely held corporations*⁴⁹.

Sin embargo, no acabaron aquí los conflictos suscitados entre la libertad religiosa y el *contraceptive mandate*. Algunas entidades religiosas sin ánimo de lucro alegaron que la acomodación prevista en las directrices —que consistía, como antes he apuntado, en liberarles del pago directo de estas prestaciones anticonceptivas, pero trasladando dicha obligación a las compañías aseguradoras— seguía afectando gravemente su libertad religiosa.

⁴⁸ S. G. WOOD, B. G. SCHARFFS, «Applicability of Human Rights standards to private corporations: an American perspective», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50 (2002), pp. 531-566.

⁴⁹ Coverage of Certain Preventive Services Under the Affordable Care Act, *Vid. Federal Register*, Vol. 80, n.º 134 (2015) pp. 41,318, 41,324. Texto disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2015-07-14/pdf/2015-17076.pdf> (última visita, 3 de septiembre de 2023).

Estas alegaciones no prosperaron en los tribunales federales. Cabe aludir, a modo de ejemplo, a que la Corte de Apelación del Décimo Circuito indicó en *Little Sisters of the Poor (2015)* que «[L]os demandantes no encuentran sus derechos conculcados porque su tarea es mínima y de mero carácter administrativo. Todos los mecanismos de exclusión requieren de algún acto para liberar a los objetores de las obligaciones a las que se enfrentan. La lógica demanda pues, que aquellos objetores que quieran hacer valer sus pretensiones lo hagan ellos mismos, sin delegar sus obligaciones a otros actores»⁵⁰.

En todo caso, estos conflictos fueron analizados por el Tribunal Supremo en la Sentencia *Zubik v. Burwell (2016)*⁵¹ donde se viene a resolver un recurso presentado por varias entidades religiosas que alegaban que la acomodación prevista en las directrices aprobadas por la HSRRA vulneraba su libertad religiosa ya que les obligaba a un comportamiento activo —hacer una declaración de incompatibilidad— para quedar exentas de la obligación de financiar las prestaciones anticonceptivas, lo cual desencadenaba, a su vez, el traslado de dicha responsabilidad hacia la compañía aseguradora. Dicho de otra manera, estas organizaciones no sólo se opusieron a financiar directamente la cobertura de anticonceptivos, sino también a llevar a cabo cualquier otra actuación que indirectamente, supusiera facilitar o ser cómplice de la financiación de tratamientos anticonceptivos.

En esta Sentencia el Tribunal Supremo no resolvió sobre el fondo del asunto, es decir, no se pronunció, en primer lugar, sobre si el sistema de exención suponía una vulneración sustancial de la libertad religiosa de las organizaciones religiosas *non-profit* y, en segundo lugar, sobre si constituía la mínima restricción necesaria de la libertad religiosa para alcanzar dicho objetivo. Simplemente dispuso que las partes se tendrían que poner de acuerdo con la administración sanitaria para encontrar un procedimiento distinto que no desencadenara objeciones⁵².

Como consecuencia de lo dispuesto en *Zubik*, la administración sanitaria publicó dos *Interim Final Rules* en 2017. La primera de ellas extendió la exención religiosa automática —inicialmente prevista para entidades religiosas— a favor de cualquier empleador no gubernamental que rechazara financiar la contracepción basándose en motivos religiosos, incluyendo aquellas entidades *for profit* que no fueran *closely-held corporations*⁵³. La segunda de ellas, amplió los motivos de objeción a la financiación de estos tratamientos a los de naturaleza moral (*moral*

⁵⁰ *Little Sisters of the Poor Home for the Aged, Denver, Colo. v. Burwell, United States Court of Appeals*, 794 F.3d 1151 (10th Cir., 2015), p. 1192.

⁵¹ *Zubik v. Burwell*, 578 U.S. (2016).

⁵² Sobre este asunto, *vid.* S. ISAACSON, «Derechos establecidos y nuevos desafíos que enfrenta la objeción de conciencia en Estados Unidos», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 42 (2016).

⁵³ *Interim Final Rules «Religious Exemptions and Accommodations for Coverage of Certain Preventive Services Under the Affordable Care Act»*, *Federal Register*, Vol. 82, n.º 197, 2017, «Rules

exception) como realidad distinta de la que tiene su base en convicciones religiosas⁵⁴.

La validez de estas nuevas disposiciones fue impugnada ante los tribunales federales por Pensilvania y Nueva Jersey, alegando que resultaban sustancialmente ilegales dado que la administración sanitaria no tenía legitimidad para promulgar dichas excepciones a la luz de lo dispuesto en la ACA y en la RFRA. Sin embargo, su validez fue confirmada por el Tribunal Supremo en la Sentencia *Little Sisters of the Poor* (2020)⁵⁵ concluyendo, entre otras cosas, que la ACA autorizaba a la administración a establecer exenciones religiosas al *contraceptive mandate* y que se habían introducido de conformidad con lo establecido en la Administrative Procedure Act (APA).

Concretamente recordó que la ACA remite a las directrices aprobadas por la administración sanitaria para precisar cuáles son las coberturas en materia de salud de las mujeres, lo cual implica atribuirle un amplio margen de apreciación no sólo para decidir qué prestaciones se deben financiar sino también para crear excepciones.

Por lo demás, es importante subrayar que el Tribunal Supremo señaló que la administración sanitaria debe tener en cuenta la RFRA a la hora de elaborar las directrices en cuestión. No obstante, el juez Alito en su opinión concurrente —a la que se unió el juez Gorsuch— argumentó que el Tribunal debería haber ido más lejos y afirmar que «no sólo resultaba apropiado que la administración sanitaria considerara la RFRA a la hora de aprobar las nuevas directrices, sino que estaba obligada por la RFRA a crear la exención religiosa (o algo muy parecido)»⁵⁶.

4. Conclusiones

Como he podido exponer en otra ocasión⁵⁷, una de las tareas más difíciles a las que se enfrentan las sociedades occidentales es la armonización de la legislación en materia de igualdad y no discriminación con la libertad religiosa de las confesiones y de las empresas de tendencia.

and Regulations». Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2017-10-13/pdf/2017-21851.pdf> (Last visit 3 July 2023).

⁵⁴ Interim Final Rules, «Moral Exemptions and Accommodations for Coverage of Certain Preventive Services Under the Affordable Care Act», *Federal Register*, Vol. 82, n.º 197, 2017, «Rules and Regulations». Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2017-10-13/pdf/2017-21852.pdf> (Last visit 3 July 2023).

⁵⁵ *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home v. Pennsylvania*, 591 US (2020).

⁵⁶ *Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania*, Alito J. Concurring opinion, p. 19.

⁵⁷ Vid. S. CAÑAMARES ARRIBAS, «Género y orientación sexual. La aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el Derecho norteamericano», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 128 (2023), pp. 13-36.

El caso de la normativa sanitaria estadounidense es, sin duda, un caso paradigmático. La incompleta y compleja redacción de la ACA se ha erigido en germen de un conflicto frente al libre ejercicio de la religión en dos ámbitos concretos: el *anti-discrimination mandate* y el *contraceptive mandate*.

Sin duda, ha habido una diferencia de enfoque importante a la hora de resolver estos conflictos por parte de la administración norteamericana, pues en relación con el *contraceptive mandate* se ha admitido que cualquier entidad—incluso con ánimo de lucro— contraria a la financiación de la contracepción pueda eximirse de la obligación de prestar cobertura a sus trabajadoras para este tipo de prestaciones a través del programa ObamaCare. En claro contraste, en relación con la prohibición de discriminar por razón de género, contenida en el *anti-discrimination mandate*, la administración sanitaria ha decidido no incorporar ninguna excepción a favor de las entidades sanitarias con ideario. En consecuencia, los posibles conflictos entre el cumplimiento de esta cláusula y la libertad religiosa colectiva se tendrán que resolver aplicando las disposiciones de la RFRA.

En este punto, es importante advertir que las diferencias que proporciona una y otra opción, en lo que se refiere a la protección de la libertad religiosa, son muy notables. Esto es debido a que, en el caso del *anti-discrimination mandate* confiar su protección a la aplicación de la RFRA es algo que depende, en práctica, de que los propios tribunales de justicia decidan aplicarla, lo cual no está garantizado, al menos, mientras la doctrina *Smith* siga siendo un criterio preferente en el derecho norteamericano para solucionar los conflictos entre normas de general aplicación y la libertad religiosa⁵⁸.

Creo que esta afirmación se entiende mejor trayendo a colación la Sentencia *Fulton v. City of Philadelphia* (2021)⁵⁹ donde el Tribunal Supremo no aplicó la RFRA para resolver un conflicto entre las leyes de igualdad del Ayuntamiento de Filadelfia y una agencia católica de acogimiento familiar que, con base en su ideario, rehusaba calificar como padres elegibles a las parejas del mismo sexo. En este caso, el Tribunal Supremo se decantó por la aplicación de la doctrina *Smith*—es decir, del *rational basis test*— porque consideró que la prohibición municipal de discriminar por razón de orientación sexual no entrañaba una restricción sustancial de la libertad religiosa de la agencia católica de acogimiento, tal y como exige la aplicación de la RFRA.

Si proyectamos esta doctrina sobre los posibles conflictos que el *anti-discrimination mandate* de la ACA puede plantear sobre la libertad religiosa de las entidades sanitarias con ideario, no resulta claro que los tribunales vayan a aplicar la RFRA cuando estas entidades se opongan a realizar intervenciones de

⁵⁸ *Employment Division Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 US 872 (1990).

Sobre las implicaciones de esta decisión en materia de libertad religiosa, *vid.* 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*, Ed. Eunsa, Pamplona (2006), pp. 273-282.

⁵⁹ *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S., 141 S.Ct. 1868 210 L. Ed. 2d 137.

reasignación de género o interrupciones voluntarias de embarazo con base en sus principios religiosos. En efecto, a la luz de *Fulton*, los tribunales podrían considerar que el desarrollo de tales actuaciones —derivadas de la prohibición de discriminar por razón de género a los pacientes— no entraña una vulneración sustancial de la libertad religiosa de la entidad sanitaria, ya que las actividades que desarrollan no tienen naturaleza religiosa sino médico-asistencial. De esta manera, quedarían abocadas a perder la financiación federal, ya que su negativa a realizar este tipo de intervenciones sería calificada como discriminatoria por razón de género.

En consecuencia, manteniéndose la vigencia de la doctrina *Smith*, resulta imprescindible que el Tribunal Supremo aclare cuándo una norma impone una carga sustancial sobre el libre ejercicio de la religión, en el sentido empleado por la RFRA. De la misma manera, resulta obligado precisar qué se entiende por norma neutral y de general aplicación de acuerdo con dicha doctrina⁶⁰.

En fin, la situación de la libertad religiosa de estas entidades puede quedar aún más comprometida en el Derecho norteamericano frente a las exigencias del derecho a la igualdad y no discriminación si el proyecto de Equality Act⁶¹ entra en vigor en los términos en los que se encuentra pendiente de aprobación por el Senado. Como es sabido, este proyecto de ley pretende atribuir al derecho a la igualdad una posición prevalente frente a otros derechos fundamentales, y muy significativamente frente a la libertad religiosa, disponiendo expresamente que la RFRA no proporcionará base jurídica alguna para eximir de su cumplimiento⁶².

Sin duda habrá que esperar a la aprobación definitiva de la norma —si es que finalmente se produce— para conocer si se mantiene esta disposición y si,

⁶⁰ Cabe recordar cómo el Tribunal Supremo en la Sentencia *Masterpiece Cakeshop* (2018) puso de manifiesto que el Gobierno no actúa con neutralidad cuando procede de forma intolerante con las creencias religiosas. *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719 (2018); 201 L. Ed. 2d 35.

Un comentario a esta sentencia puede verse en: D. LAYCOCK, «The broader implications of *Masterpiece Cakeshop*», *Brigham Young University Law Review*, n.º 1 (2019), pp. 167-204; T. C. BERG; G. V. BRADLEY; L. MELLING, «*Masterpiece Cakeshop* and its implications», *University of Dayton Law Review*, Vol. 45, n.º 2 (2020), pp. 289-314.

⁶¹ Según el título de esta norma, su contenido se orienta a prohibir la discriminación por razón de sexo, identidad de género, orientación sexual y otros propósitos. *Vid.* H.R.5-117th Congress (2021-2022).

El texto de este proyecto, tal y como ha sido aprobado por la House of Representatives, se encuentra disponible en la siguiente dirección web: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5> (última visita 4 de septiembre de 2023).

En la parte que interesa a nuestro estudio, el Proyecto de ley tiene la siguiente redacción:

«SEC. 1107. CLAIMS. The Religious Freedom Restoration Act of 1993 (42 U.S.C. 2000bb et seq.) shall not provide a claim concerning, or a defense to a claim under, a covered title, or provide a basis for challenging the application or enforcement of a covered title».

⁶² *Vid.* K. COLBY, «The Equality Act's Direct Assault on All Americans' Religious Freedom», *Christian Lawyer*, Vol. 17, n.º 1 (Spring 2021), pp. 29-35.

en su caso, llega a ser considerada constitucional por el Tribunal Supremo, en tanto supone dejar inaplicada una norma de desarrollo de un derecho fundamental para garantizar la aplicación de la Equality Act, al margen de cualquier ejercicio de ponderación de derechos en conflicto. Como fácilmente se comprende, se trata de una disposición que va mucho más allá de la doctrina *Smith* en lo que se refiere a la protección del libre ejercicio de la religión en los Estados Unidos.

5. Referencias bibliográficas

- BERG, T. C.; BRADLEY, G. V.; MELLING, L., «Masterpiece Cakeshop and its implications», *University of Dayton Law Review*, Vol. 45, n.º 2 (2020), pp. 289-314.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Género y orientación sexual. La aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el Derecho norteamericano», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 128 (2023), pp. 13-36.
- CIOCCHETTI, C., «Religious Freedom and Closely Held Corporations: The Hobby Lobby Case and Its Ethical Implications», en *Oregon Law Review*, Vol. 93, n.º 2 (2014), pp. 259-354.
- COLBY, K., «The Equality Act's Direct Assault on All Americans' Religious Freedom», *Christian Lawyer*, Vol. 17, n.º 1 (Spring 2021), pp. 29-35.
- ISAACSON, S., «Derechos establecidos y nuevos desafíos que enfrenta la objeción de conciencia en Estados Unidos», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 42 (2016).
- JOHNSON, R. E., «Discrimination Because of Sexual Orientation and Gender Identity: The Necessity of the Equality Act in the Wake of *Bostock v. Clayton County*», *Brigham Young University Law Review*, n.º 47(2) (2022), pp. 685-710.
- KŘÍŽ, J., «Autonomía religiosa de las sociedades mercantiles: sobre la Sentencia de Hobby Lobby», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 48 (2018).
- LAYCOCK, D., «The broader implications of *Masterpiece Cakeshop*», *Brigham Young University Law Review*, n.º 1 (2019), pp. 167-204.
- PARKINSON, P., «Gender Identity Discrimination and Religious Freedom», *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 38 (2023), pp. 12-13.
- RUBIO LÓPEZ, J. I., «Un barco pirata por aguas de Scalia: Trabajo y sexo; texto e interpretación. A propósito de *Bostock v. County of Clayton*», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 54 (2020).
- 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*, Ed. Eunsa, Pamplona (2006).
- RUIZ GONZÁLEZ, A. M., «Repensando los derechos constitucionales de la persona jurídica a la luz del *Obamacare*», *Revista de estudios políticos*, n.º 181 (2018), pp. 187-216.
- WOOD, S. G., SCHARFFS, B. G., «Applicability of Human Rights standards to private corporations: an American perspective», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50 (2002), pp. 531-566.

Capítulo 6

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

Santiago Leyra-Curiá

Universidad Villanueva

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA CONTRACEPCIÓN DESPUÉS DE *DOBBS V. JACKSON*.— 3. EL ABORTO DESPUÉS DE *DOBBS V. JACKSON*.— 4. EL SUICIDIO ASISTIDO O LA EUTANASIA DESPUÉS DE *DOBBS V. JACKSON*.— 5. CONCLUSIONES.— 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

El 24 de junio de 2022, el célebre caso *Dobbs contra Jackson Women's Health Organization*¹, terminó con la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos², en la que el Tribunal afirmó que la Constitución de los Estados Unidos no ampara el derecho al aborto. Quedaba así sin valor la no menos célebre sentencia *Roe contra Wade* (1973)³, que dictaminó la inconstitucionalidad de cualquier ley que obstaculizara o castigara el aborto voluntario anterior a la supervivencia fuera del seno materno y la de *Planned Parenthood contra Casey* (1992)⁴, confirmatoria de *Roe contra Wade* en lo esencial⁵.

Como es sabido, el caso planteaba la constitucionalidad de una ley de 2018 del Estado de Misisipi que penalizaba la mayor parte de los abortos más allá de las primeras 15 semanas de embarazo. Tribunales inferiores bloquearon la ley con unas medidas cautelares basadas en la sentencia del caso *Planned Parenthood contra Casey*, que unía el derecho a la intimidad de la mujer con la elección del aborto como una opción legítima.

¹ *Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, 597 U.S. (2022).

² L. M., BANDIERI; R. C. BARRA; P. J. ANDEREGGEN; Ú. C. BASSET; A. B. BIANCHI; I. COLOMBO MURÚA; M. GARCÍA MANSILLA; F. S. RATTI MENDAÑA *et al.* (2022), «El caso Dobbs: reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto». *El Derecho*. Suplemento especial, 24 de agosto de 2022, n.º 15.366.

³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁵ C. FORSYTHE, «A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*», *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, n.º 16, 2018.

La elección de varios jueces sensibles con el derecho a la vida del no nacido en el Tribunal Supremo hizo que *Dobbs* se convirtiera en una posibilidad de revertir las sentencias de *Roe* y *Casey*. Una veintena de estados redactaron una legislación, trece de ellas con las llamadas leyes de activación, que restringiría el aborto en el supuesto de que *Dobbs* llegase a anular *Roe* y *Casey*. De pronto, *Dobbs* adquirió gran notoriedad con ocasión de las disputas legales acerca de la *Ley de latidos del corazón* de Texas⁶, promulgada en mayo de 2021, lo que provocó un aluvión de presentaciones de *amicus curiae* (alegaciones de personas ajenas a un litigio) en *Dobbs*.

La vista oral ante el Tribunal Supremo se celebró en diciembre de 2021. El 2 de mayo de 2022, se publicó en los medios un borrador de sentencia redactado por el juez Samuel Alito *que representaba a la mayoría del Tribunal*. En el documento filtrado se anulaba *Roe* y *Casey* dejando sin valor los derechos de privacidad, se eliminaba la implicación federal y se establecía que era una cuestión que debían determinar los estados⁷.

La filtración provocó que manifestantes a favor y en contra del aborto se concentraran frente al edificio de la Corte Suprema en Washington D. C. y en otras partes de los Estados Unidos. Planned Parenthood, Women's March, militantes y políticos demócratas y otras organizaciones de izquierda llamaron a manifestaciones y ataques por todo el país⁸. Efectivamente, en esas fechas se produjeron cientos de ataques a centros de embarazo en crisis, centros provida, iglesias católicas y centros republicanos. Hubo protestas frente a las casas de los jueces, violando una ley federal de 1950 que prohíbe los intentos de influir en un juez en el ejercicio de sus funciones oficiales con manifestaciones cerca de su residencia⁹. Un hombre de California fue arrestado por intentar asesinar al juez Kavanaugh y se ha dicho que la filtración fue «una campaña claramente coordinada para intimidar y obstruir a los jueces»¹⁰.

La sentencia fue publicada el 24 de junio de 2022, aprobada por 6 jueces sobre 3 discrepantes y anulaba las sentencias de los tribunales inferiores; una mayoría más ajustada de 5 sobre 4 dejaba sin valor *Roe* y *Casey*. La mayoría de los magistrados sostenía que el aborto no es un derecho constitucional y que son los estados los que deben poder prohibirlo o regularlo¹¹. El presidente del

⁶ Texas Heartbeat Act, Senate Bill 8 (SB 8).

⁷ W. GALSTON, *Roe v. Wade overturned despite public opinion*. Brookings, 24 de junio de 2022.

⁸ J. R. ABRAMS, «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», *ConLawNow*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 131-149. En <https://ideaexchange.uakron.edu/conlawnow/vol14/iss1/10>.

⁹ 18 U.S. Code § 1507.

¹⁰ REDACCIÓN, *Leaked draft opinion suggests Supreme Court may overturn Roe v. Wade*. *www.cbsnews.com*, 26 de junio de 2022.

¹¹ W. ACEVES, «The Problem with Dobbs and the Rule of Legality», *Georgetown Law Journal Online*, vol. 111, 2022. En: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online-vol-111/the-problem-with-dobbs-and-the-rule-of-legality/>.

Tribunal Supremo, John Roberts, no apoyó a la mayoría que anuló Roe y Casey, pero sí se sumó a la sentencia confirmatoria de la ley de Misisipi.

En la sentencia redactada por el juez Samuel Alito se afirma que «Roe estaba terriblemente equivocado desde el principio. Su razonamiento fue excepcionalmente débil y la decisión ha tenido consecuencias perjudiciales. Y lejos de lograr un acuerdo nacional sobre el tema del aborto, Roe y Casey han inflamado el debate y profundizado la división»¹². También se dice que el derecho al aborto es diferente a otros derechos de privacidad: «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 reconocieron: el aborto destruye lo que esas decisiones llaman “vida potencial” y lo que la ley en cuestión en este caso considera como la vida de un ser humano por nacer»¹³. Por último, se dice que esta decisión se aplica sólo al aborto, frente al temor a que este razonamiento afecte también a otros «nuevos derechos» reconocidos en las últimas décadas¹⁴.

Se trata probablemente de la decisión más trascendental del Tribunal Supremo de Estados Unidos en los últimos 50 años. Un debate que parecía cerrado desde hace décadas¹⁵ se demostró que no lo estaba y los ciudadanos estadounidenses se han mostrado divididos desde entonces entre los orgullosos de que su país permitiera la defensa de la vida de los no nacidos y los alarmados porque se haya puesto en cuestión lo que ellos consideran su derecho al aborto. Aquel día de 2022 hubo protestas y celebraciones por todo el país¹⁶. En el ámbito internacional también fue grande la repercusión de la decisión, con posicionamientos a favor y en contra. Se confirmó que el aborto es un tema muy delicado que sigue dividiendo dos mentalidades que parecen irreconciliables entre sí. Derecho a la vida, libertad de elección, autonomía personal y privacidad o intimidad, volvieron al debate público sin que se haya conseguido una solución razonable para las partes. Los Jueces del Tribunal Supremo optaron por devolverle la voz al pueblo en este asunto, decidiendo que fuera cada Estado de la Unión quien decidiera libremente el tratamiento legal de este dilema ético. Se trata de un caso prototípico de *substantive due process*¹⁷, en el que el Tribunal asumió su papel de establecer límites al poder y a la autoridad del Gobierno federal, examinando la validez constitucional de la legislación sobre derechos fundamentales.

¹² *Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, 597 U.S. (2022), p. 44.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ J. W. DELLAPENNA, *Dispelling the myths of abortion history*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2005.

¹⁶ J. R. ABRAMS, «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», *ConLawNow*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 131-149. En <https://ideaexchange.uakron.edu/conlawnow/vol14/iss1/10>.

¹⁷ M. ANGEL, «Substantive Due Process and the Criminal Law», *Loyola University Law Journal Volume*, Vol 9, n.º 1, 1977, pp. 61-135.

¿Qué consecuencias ha tenido esta histórica decisión con respecto al aborto y a otros temas bioéticos como son la contracepción y el suicidio asistido o eutanasia en los Estados Unidos y por tanto en todo el mundo occidental? Desde 2022, el país se ha dividido entre los estados con legislaciones restrictivas del aborto y favorables al derecho a la vida de los no nacidos y los que pretenden proteger el acceso al aborto. El 16 de febrero de 2024 la Corte Suprema de Alabama declaró en un polémico fallo que los embriones congelados son seres humanos y merecen protección, poniendo en peligro el negocio de las clínicas de reproducción asistida de ese Estado¹⁸. El 8 de marzo de 2024 Francia reconoció el derecho al aborto en su Constitución, como reacción a la sentencia de 2022 y para prevenir en su país legislaciones que se inspiren en las legislaciones provida de los Estados Unidos¹⁹.

2. La contracepción después de *Dobbs v. Jackson*

Sabemos que el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Clarence Thomas escribió una concurrencia separada a la sentencia del 24 de junio de 2022. En ella, Thomas señaló que la Corte debía llegar más lejos en el futuro, volviendo a considerar casos anteriores de la Suprema Corte que concedieron derechos que se basaban en el debido proceso sustantivo²⁰, como *Griswold contra Connecticut*²¹ (que recogía el derecho a la anticoncepción). Clarence Thomas dejó escrito en esta ocasión: «Debido a que cualquier decisión sustantiva del debido proceso es “demostrablemente errónea”, tenemos el deber de “corregir el error” establecido en esos precedentes»²².

En 1965, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió en *Griswold contra Connecticut*, que la Constitución de ese país protege la libertad de los matrimonios para comprar y usar anticonceptivos sin ninguna restricción gubernamental²³. El caso hacía referencia a la «ley Comstock» de Connecticut que había prohibido a cualquier persona usar «cualquier droga, artículo medicinal o instrumento con el fin de prevenir la concepción». El Tribunal dictaminó que esa ley era inconstitucional y que suponía «negar a los ciudadanos desfavorecidos... el acceso a la asistencia médica y a la información actualizada con respecto

¹⁸ *LePage v. Center for Reproductive Medicine, P.C.*, Supreme Court of Alabama, 16.II.2024.

¹⁹ Constitution française version 10 mars 2024, en: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000_000571356/?isSuggest=true.

²⁰ J. PÉREZ ALONSO, «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.

²¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

²² *Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, 597 U.S. (2022). Justice Thomas, concurring, pp. 117-123.

²³ C. G. RORABACK, «Griswold v. Connecticut: A Brief Case History», *Ohio Northern University Law Review*, 1989; n.º 16(3), pp. 395-401.

a los métodos adecuados de control de la natalidad»²⁴. Con 7 votos a favor y 2 en contra, la Corte Suprema anuló la ley por vulnerar el «derecho a la intimidad conyugal», dejando claro el derecho a la intimidad en las relaciones íntimas. En este y en otros supuestos se considera que el derecho a la intimidad queda «protegido de la intrusión gubernamental»²⁵.

Justo un mes después de que el Supremo estadounidense acabara con el precedente que establecía el aborto como derecho en el país desde 1973, la Cámara de los Representantes de Estados Unidos aprobó un proyecto de ley para blindar el acceso a los anticonceptivos²⁶. La medida, aprobada también por 8 republicanos, buscaba legislar el acceso a anticonceptivos a nivel federal, garantizando frente a eventuales prohibiciones estatales que se puedan obtener y usar anticonceptivos y la capacidad de las farmacias para suministrar dichos productos.

Según los republicanos, el proyecto de Ley del Derecho a la Anticoncepción no era necesario y además pretendía proteger anticonceptivos no aprobados por la Administración de Drogas y Alimentos (FDA, *Food and Drug Administration*)²⁷.

El 21 de abril de 2023, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Alianza para una Medicina Hipocrática contra la Administración de Alimentos y Fármacos (FDA en inglés)* votó para proteger el acceso a la mifepristona, uno de los dos medicamentos utilizados para abortar médicamente en el país desde hace 20 años, al anular los fallos de los tribunales inferiores que establecían restricciones sobre el mismo²⁸.

Un juez federal de Texas había decidido acabar con la prescripción y distribución a nivel nacional de mifepristona en respuesta a la demanda presentada contra la FDA por médicos y asociaciones contra el aborto que afirmaba que el medicamento no es seguro y alega que la FDA no lo estudió con suficiente cuidado.

A su vez, el juez federal del Estado de Washington Thomas Owen Rice afirmó en una nueva sentencia que la FDA debía mantener los medicamentos abortivos disponibles en al menos los 12 estados liberales que demandaron a la FDA por fabricar las píldoras abortivas. «No es función del Tribunal revisar la evidencia científica y decidir si los beneficios de la mifepristona superan sus riesgos sin REMS (*Risk Evaluation and Mitigation Strategies*) y/o ETASU (*Elements to Assure Safe Use*). Ese es precisamente el papel de la FDA» explicó Rice, añadiendo paradójicamente después que «el registro demuestra hallazgos potencial-

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ H. R. 4121: Right to Contraception Act.

²⁷ P. L. BERGER, «Contraception and the Culture War», *The American Interest*. En: <https://www.the-american-interest.com/2012/02/22/contraception-and-the-culture-war/>.

²⁸ *Food and Drug Administration et al., Applicants v. Alliance For Hippocratic Medicine et al.*, 23 U.S. 10362 (2023).

mente inconsistentes de la FDA con respecto al perfil de seguridad de la mifepristona»²⁹.

Los estados que mantendrían este abortivo son: Washington, Oregon, Arizona, Colorado, Connecticut, Delaware, Illinois, New Mexico, Rhode Island, Vermont, Hawaii, Maine, Maryland, Minnesota y Michigan. De los nueve jueces del Supremo, cinco apoyaron suspender las limitaciones decretadas por el juzgado de Texas. Se desconoce quiénes de los seis jueces llamados conservadores secundaron esta decisión. Clarence Thomas y Samuel Alito se manifestaron públicamente en contra de la decisión.

La decisión del Tribunal Supremo supone que las mujeres aún pueden obtener mifepristona por correo, usarla en casa y hasta las diez semanas de embarazo, mientras continúa el litigio en el tribunal inferior. El presidente de Estados Unidos, *Joe Biden*, celebró la decisión³⁰. Es posible que la decisión del juez de distrito Matthew Kaczmeryk en Texas sobre la citada píldora abortiva sea parte de una *nueva batalla legal* que persigue la prohibición de los anticonceptivos en Estados Unidos o que sólo sea una manera de asustar a los usuarios de estos abortivos para movilizar el voto demócrata.

El 12 de julio de 2023 un tribunal federal de distrito de Texas se negó a desestimar una impugnación del Estado de Texas y una compañía farmacéutica contra la Guía para las farmacias minoristas de la nación publicada finalmente dos días después con el nombre «Obligaciones bajo las leyes federales de derechos civiles para garantizar el acceso a servicios integrales de atención de salud reproductiva»³¹. Texas sostuvo en aquella ocasión que la *Guía* pretende blindarse frente a las previsibles prohibiciones de aborto en Texas³². Los demandantes afirmaron que la *Guía* sobrepasaba la autoridad legal del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos (HHS) y vulneraba la Ley de Procedimiento Administrativo. El HHS alegó que los demandantes carecen de legitimación para detener la publicación de la guía. Según afirmó el tribunal:

«La posición de los demandantes en este caso gira en torno a la respuesta a una sola pregunta: ¿la Guía de Farmacia requiere que las farmacias dispensen medicamentos con fines de aborto? Los demandados argumentan ahora que la Guía de Farmacia solo “aborda situaciones en las que una farmacia no proporcionaría una receta para fines no relacionados con el aborto”. Además, los demandados argumentan que “Texas no puede señalar ningún lenguaje en la guía que pretenda exigir a las farmacias que dispensen medi-

²⁹ *State of Washington et al. v. United States Food and Drug Administration et al.*, No. 1:2023cv03026 – Document 80 (E. D. Wash., 2023).

³⁰ THE WHITE HOUSE, 21 de abril de 2023. En: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/04/21/statement-from-president-joe-biden-on-the-supreme-courts-decision-in-alliance-for-hippocratic-medicine-v-fda/>.

³¹ *State of Texas v. U.S. Department of Health & Human Services* (WD TX, July 12, 2023).

³² Texas Heartbeat Act, Senate Bill 8 (SB 8).

camentos con fines de aborto”. Por lo tanto, en opinión de los demandados, debido a que la Guía de Farmacia no trata sobre el aborto, “no entra en conflicto con, ni pretende adelantarse, a las leyes de Texas que restringen el aborto”. Pero ese argumento evidencia perfectamente el pitufo de la agencia: una rama ejecutiva que divide un objetivo político en silos, con la esperanza de cortar los hilos que unen las piezas compartimentadas con el objetivo del ejecutivo.

Esta administración, antes y después de *Dobbs*, ha declarado abiertamente su intención de operar por decreto para encontrar soluciones no legislativas a los dictados de la Corte Suprema. Este Tribunal no seguirá el juego con tal violación de las restricciones constitucionales³³.

Antes de dar su opinión, el Tribunal manifestó su preocupación por el fenómeno conocido como «pitufo». Se trata de una tendencia relativamente reciente en las agencias federales que parece tomar prestada una técnica frecuente entre los lavadores de dinero para conseguir evitar la revisión judicial. La técnica conocida como «pitufo» en el ámbito financiero consiste en que el lavador divide una transacción grande en transacciones más pequeñas para evitar activar los requisitos de información de un banco³⁴.

El «pitufo» de agencia, a semejanza del «pitufo» financiero, se produce cuando el poder ejecutivo «pitufo» un objetivo político en diversas piezas como supuestamente «irrevisables» e «incuestionables». En el caso que nos ocupa, el Gobierno, después de una decisión de la Corte Suprema que no compartía, persiguió un objetivo político contrario a esa decisión. Como sabía que probablemente los tribunales considerarían que ese objetivo era incompatible con la sentencia de la Corte Suprema, lo afrontó en partes separadas, aparentemente no relacionadas entre sí (una orden ejecutiva, un comunicado de prensa o una guía)³⁵.

Este es sólo un ejemplo de cómo el debate sobre estos productos abortivos, que siguen representando el principal método usado para abortar en Estados Unidos, fue afectado por la sentencia de *Dobbs*. Desde que el aborto no es un derecho constitucionalmente protegido, ¿lo son los abortivos que estaban protegidos legalmente desde 1965? Hay una diferencia no menor entre anticonceptivos y abortivos, aunque se usen hoy en día como sinónimos.

¿Es la opinión del juez Thomas, partidario de revisar y corregir sentencias anteriores del Tribunal Supremo que adolecen a su parecer del mismo problema que *Roe vs. Wade*, susceptible de ser compartida algún día por más jueces de la

³³ *Ibidem*.

³⁴ H. FRIEDMAN, «Court Says HHS Used “Smurfing” To Avoid Review of Guidance To Pharmacies», *Religion Clause*, 14 de julio de 2023. En: <http://religionclause.blogspot.com/2023/07/court-says-hhs-used-smurfing-to-avoid.html>.

³⁵ *Ibidem*.

Corte Suprema o se trata de una opinión minoritaria?³⁶ A juzgar por lo señalado en los párrafos precedentes no parece del todo descartable que la batalla entre partidarios del derecho a la vida del no nacido y defensores del derecho al aborto de las mujeres llegue a extenderse al acceso a los anticonceptivos³⁷. Los ejemplos citados son tan sólo un botón de muestra.

3. El aborto después de *Dobbs v. Jackson*

A partir de *Dobbs*, entraron en vigor las llamadas *trigger laws* (leyes de activación de legislaciones restrictivas del aborto)³⁸ y las *heartbeat laws* (leyes del latido del corazón, que prohíben el aborto desde que se puede escuchar el latido del corazón del feto a partir de la sexta semana de gestación aproximadamente) de los Estados, siendo algunas de ellas posteriormente impugnadas ante los tribunales estatales y federales³⁹. Hagamos un breve repaso de la situación legal en cada uno de los estados que han promulgado leyes protectoras de la vida humana no nacida desde el 24 de junio de 2022:

Texas: es el primer Estado que promulgó una *ley de latidos del corazón* en vigor desde el 1 de septiembre de 2021⁴⁰. Esta ley prevé que no solo el personal médico que realiza abortos puede ser demandado, sino también familiares, amigos o cualquiera que ayude a realizarlos.

Carolina del Sur: el 25 de mayo de 2023 el gobernador McMaster promulgó el proyecto de ley 474 del Senado, la *Ley de Latido Fetal y Protección contra el Aborto*⁴¹, que prohíbe la mayoría de los abortos después de las seis semanas de embarazo. Incluye excepciones para salvar la vida de la paciente y en caso de anomalías fetales mortales, así como excepciones limitadas hasta las 12 semanas para las víctimas de violación e incesto, con la obligación de que los médicos informen a las fuerzas de seguridad locales.

Dakota del Norte: el 25 de abril de 2023, el gobernador Doug Burgum promulgó la *ley del latido*⁴², que prohibía el aborto después de las seis semanas, sin

³⁶ R. BARNES, «Clarence Thomas says Supreme Court leak has eroded trust in institution», *Washington Post*, 2022. En www.washingtonpost.com/politics/2022/05/14/clarence-thomas-supreme-court-leak-roe-trust/.

³⁷ E. MECHMANN, «The Legal Consequences of Dobbs», *Human Life Review*, vol. 48, n.º 3, 2022, pp. 19-28.

³⁸ N. CAHN, «What triggers the “trigger laws” that could ban abortions?», *The Conversation*, 2022. En <https://theconversation.com/what-triggers-the-trigger-laws-that-could-ban-abortions-18>.

³⁹ C. BERSTEIN, «The Constitutional Personality of the Unborn», *Social Science Research Network*, 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4241391>.

⁴⁰ Texas Heartbeat Act, Senate Bill 8 (SB 8).

⁴¹ Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act, Bill 474.

⁴² Abortion Control Act, North Dakota, Senate Bill No. 2129.

excepciones para casos de violación e incesto. Este Estado tenía aprobada una ley de activación que estaba paralizada por el Tribunal Supremo del Estado.

Georgia: el 23 de noviembre de 2022 la Corte Suprema de Georgia decidió permitir⁴³ —tras la suspensión inicial por un tribunal del distrito norte⁴⁴— que entrase en vigor la *ley del latido*⁴⁵ que prohíbe el aborto después de las primeras seis semanas, excepto en caso de peligro para la salud física de la madre, si no se espera que el feto sobreviva el embarazo o en caso de violación o incesto.

Kentucky: en este Estado la *ley del latido* se aprobó en 2019 y entró en vigor en 2022⁴⁶. Esta ley prohíbe interrumpir el embarazo, excepto cuando sea para salvar la vida de la madre o evitar lesiones incapacitantes. No incluye excepciones en casos de violación o incesto. Ante diversas apelaciones, el 16 de febrero de 2023 la Corte Suprema de Kentucky dictaminó la constitucionalidad de la ley⁴⁷.

Idaho: el 6 de abril de 2023, el gobernador Brad Little firmó la ley conocida como de «tráfico de abortos»⁴⁸, que prohíbe que un adulto obtenga píldoras abortivas para una menor o «reclute, aloje o transporte a la menor embarazada» sin el consentimiento de sus padres o tutores. Un juez federal bloqueó parte de la ley que prohíbe el aborto, al autorizar a los médicos a practicar el procedimiento en caso de emergencias para proteger la vida de la paciente. Este Estado tenía aprobada una ley de activación y su ley del latido sí que permite los abortos más allá de los seis meses en casos de violación o incesto que sean confirmados por informes policiales.

Iowa: el 18 de julio de 2023, un juez de Iowa emitió una orden temporal bloqueando la implementación de la nueva *ley del latido*⁴⁹, aprobada días antes por la gobernadora Kim Reynolds, que prohibía la mayoría de los abortos después de las seis semanas de embarazo. Se contemplan excepciones para abortos espontáneos, en casos de peligro para la mujer embarazada, anomalías del feto incompatibles con la vida y para casos de violación o incesto que hayan sido denunciados.

Luisiana: contaba con una *ley de activación* que entró en vigor el 24 de junio de 2022⁵⁰. Un juez la suspendió temporalmente, pero en la actualidad está en

⁴³ *State of Georgia v. Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective et al.*, Supreme Court of Georgia, 23.XI.2022.

⁴⁴ *SisterSong v. Georgia: Order on Motion for Partial Judgment and Motion to Dismiss*, Fulton County Superior Court, 11.XI.2022.

⁴⁵ Living Infants Fairness and Equality 26 (LIFE) Act, HB 481.

⁴⁶ Kentucky Revised Statutes, Section 311.710, et seq, HB 5 and SB 9.

⁴⁷ Supreme Court of Kentucky, 2022-SC-0329-TG (2022-CA-0906).

⁴⁸ Abortion Trafficking Act, HB 242.

⁴⁹ Act prohibiting and requiring certain actions relating to abortion involving the detection of a fetal heartbeat, and including effective date provisions, Bill IA SF579.

⁵⁰ Louisiana Unborn Child Protection from Dismemberment Abortion Act, RS 40:1061.1.3.

vigor. Después de las seis semanas, hay excepciones en caso de peligro para la salud física de la madre y en caso de que se espere que el feto no sobreviva al embarazo.

Misisipi: la *ley del latido* entró en vigor el 7 de julio de 2022⁵¹. Hay excepciones más allá de las seis semanas para casos de peligro para la salud física de la madre y para casos de violación. Fue el Estado que apeló al Tribunal Supremo de los Estados Unidos para anular la doctrina establecida en *Roe vs. Wade*.

Ohio: contaba con una *ley de activación de la ley del latido* que entró en vigor el 24 de junio de 2022, pero que se impugnó en los tribunales y no está en vigor⁵². En la actualidad se prohíbe el aborto después de 21 semanas y 6 días de embarazo⁵³. El 8 de noviembre de 2023 una mayoría de ciudadanos votó a favor de incluir el derecho al aborto en la constitución del Estado⁵⁴.

Oklahoma: cuenta con la ley más restrictiva del país, aprobada el 25 de mayo de 2022 en previsión de la anulación de *Roe*⁵⁵. Sólo en se permite el aborto en caso de riesgo para la vida de la madre. La Corte Suprema de ese estado dictaminó el 22 de marzo de 2023 que se debe permitir el aborto en caso de riesgo para la salud de la madre, no necesariamente de muerte⁵⁶.

Tennessee: su ley de latido entró en vigor el 25 de agosto de 2022⁵⁷. Se prohíbe el aborto más allá de las seis semanas, excepto en caso de peligro para la vida de la madre y de no viabilidad del feto.

Arizona: aprobó una ley de latido el 23 de septiembre de 2022 que fue anulada por su Corte Suprema⁵⁸. En la actualidad el aborto está prohibido más allá de la semana 15.

Arkansas: En la actualidad, el aborto puede realizarse hasta la semana 20, solo en casos de peligro de vida, violación o incesto⁵⁹.

Florida: el Gobierno estatal aprobó el 14 de abril de 2023 una ley de protección del latido para prohibir el aborto a partir de las 6 semanas⁶⁰.

⁵¹ Prohibit an abortion of an unborn human individual with a detectable heartbeat, Mississippi SB 2116.

⁵² Supreme Court of Ohio Clerk of Court – Filed August 28, 2023 – Case No. 2023-1088.

⁵³ Prohibit abortion if unborn has detectable heartbeat, House Bill 258 | 132nd General Assembly – Ohio Legislature.

⁵⁴ Ohio Constitution, en: <https://codes.ohio.gov/ohio-constitution>.

⁵⁵ Oklahoma Heartbeat Act, SB 1503.

⁵⁶ In the Supreme Court of the State of Oklahoma, 2023 ok 60.

⁵⁷ Human Life Protection Act, Bill 1257.

⁵⁸ Arizona Supreme Court, No. CV-23-0005-PR.

⁵⁹ Arkansas Code, Title 5, Subtitle 6, Chapter 61: Section 5-61-101, Section 5-61-403, Title 20, Subtitle 2, Chapter 16: Sections 20-16-601 to 20-16-1910. SB 43.

⁶⁰ Heartbeat Protection Act, SB 300.

Indiana: el Tribunal Supremo de este Estado anuló el 30 de junio de 2023 una sentencia de un tribunal inferior que suspendía la ley del latido en este estado. Desde el 1 de agosto de 2023, esta ley está en vigor⁶¹.

Montana: el gobernador Greg Gianforte promulgó el 18 de mayo de 2023 una prohibición de los abortos por dilatación y evacuación, los cuales por lo general se realizan en el segundo trimestre del embarazo. Horas más tarde ese mismo día, Planned Parenthood de Montana solicitó a un juez estatal que bloqueara temporalmente la ley. En este momento, el aborto es legal en Montana hasta la «viabilidad», alrededor de las 24 a 26 semanas de embarazo⁶².

Nebraska: el gobernador republicano de Nebraska, Jim Pillen, firmó el 21 de mayo de 2023 una nueva ley estatal que prohíbe el aborto antes de las 12 semanas, salvo peligro para la salud de la madre, violación o incesto⁶³.

Wisconsin: debido a un mecanismo de activación automática, el 24 de junio de 2022 entró en vigor una ley contra el aborto de 1849 que lo prohibía en todos los casos, pero esta activación fue impugnada por el fiscal general del Estado y aún está pendiente de decidir por parte de la Corte Suprema del Estado⁶⁴.

Aunque los partidarios de la existencia de un derecho al aborto sostienen que *Dobbs* supuso un serio retroceso en los derechos humanos de las mujeres, las personas preocupadas por los millones de no nacidos gracias a *Roe* manifiestan que se restableció el derecho a la vida en Estados Unidos, al menos en los estados que decidieron legislar para protegerlo⁶⁵. Dos visiones incompatibles de una misma realidad siguen poniéndose de manifiesto más de 50 años después de *Roe*. ¿Es posible hacer compatible el derecho a eliminar una vida humana con el derecho a la vida de esa persona? No lo parece⁶⁶. Mientras la discusión continúa, lo único cierto es que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió que es legítimo que los ciudadanos de cada uno de los estados tomen partido democráticamente por una de las dos visiones de este delicado tema moral.

Desde la aprobación de *Dobbs*, el aborto aumentó su presencia e importancia en el debate político impulsado por los demócratas⁶⁷, especialmente de cara a las elecciones de mitad de mandato (Midterm) del pasado 8 de noviembre de

⁶¹ Supreme Court Case No. 22S-PL-338.

⁶² In the Supreme Court of the State of Montana. DA 22-0207. 2023 MT 82.

⁶³ Adopt the Let Them Grow Act and the Preborn Child Protection Act and provide for discipline under the Uniform Credentialing Act, LB574.

⁶⁴ Wisconsin House Joint Resolution 10.

⁶⁵ G.V. BRADLEY, «Dobbs and Constitutional Limits on Abortion», *Human Life Review*, vol. 48, n.º 3, 2022, pp. 5-18.

⁶⁶ J. FINNIS, «Born and Unborn: Answering Objections to Constitutional Personhood», *First Things*, 2021, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/born-and-unborn-answering-objections-to-constitutional-personhood>.

⁶⁷ PEW RESEARCH CENTER, 23 de agosto de 2022. En: <https://www.pewresearch.org/politics/2022/08/23/abortion-rises-in-importance-as-a-voting-issue-driven-by-democrats/>.

2022 y a las de noviembre de 2024. En los meses anteriores a *Dobbs*, la aprobación del trabajo del presidente Biden era baja y la economía seguía siendo el tema dominante en las elecciones. La decisión del Tribunal Supremo empezó a utilizarse para poner el aborto en el centro del debate político, utilizando este delicado asunto a favor de los intereses de los demócratas.

Según una encuesta del Pew Research Center, para la mayoría de los votantes registrados (56%) la cuestión del aborto iba a ser muy importante en su voto de mitad de mandato, frente al 43% en marzo de 2022. La variación se produjo sobre todo entre los demócratas: el 71% de los votantes registrados como demócratas o de simpatía demócrata consideraban que el aborto es un tema muy importante, frente a menos de la mitad que lo sostenía en marzo (46%). En cambio, las opiniones de los republicanos casi no habían cambiado desde entonces (41% ahora, 40% entonces)⁶⁸.

La encuesta reveló que el 60% de los encuestados desaprobaba el trabajo de Joe Biden como presidente y la mayoría de los votantes veía sus votos de mitad de mandato como una expresión de oposición al presidente. Finalmente, en las elecciones del 10 de noviembre de 2022, los republicanos conquistaron la mayoría en la Cámara de Representantes, pero los demócratas mantuvieron el control del Senado⁶⁹. El tema del aborto fue uno de los más utilizados por los demócratas en la campaña electoral y seguro que tuvo alguna influencia en la movilización de sus votantes, como quizá lo tuvo en sentido contrario entre los votantes republicanos. Seguro que sucederá igual en las elecciones del 5 de noviembre de 2024 donde se volverán a enfrentar Joe Biden y Donald Trump, con visiones contrapuestas sobre el aborto. El resultado de esa elección influirá indudablemente en la evolución de las legislaciones sobre este trascendental asunto.

No parece que *Dobbs* pusiera fin al debate sobre el aborto en Estados Unidos ni en el resto del mundo occidental. Los partidarios del aborto luchan para que se garantice legalmente el derecho a abortar. Los partidarios de garantizar el derecho a la vida de los no nacidos luchan para que se proteja legalmente ese derecho que implica la negación del derecho reclamado por sus detractores. Como dijimos en la introducción, el 16 de febrero de 2024 la Corte Suprema de Alabama declaró en un fallo con gran repercusión en la opinión pública que los embriones congelados son seres humanos y merecen protección, no siendo legal destruirlos sin más en los procesos de reproducción asistida. Esta decisión judicial pone en peligro el negocio de las clínicas de reproducción asistida de ese Estado y no tanto el deseo de tener hijos de las parejas que acuden a esta técnica pues cuentan con otros medios para hacerlo que no implican la destruc-

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ J. RICO, I. NOAIN, R. GRÀCIA, «Los resultados de las elecciones en Estados Unidos 2022, por cámaras y por estados», *El Periódico*, 7 de noviembre de 2022.

ción de embriones humanos⁷⁰. Por otra parte, el 8 de marzo de 2024 Francia reconoció el derecho al aborto en su Constitución, se dice que como reacción a la sentencia de 2022 —además de por otros intereses de la agenda política del presidente Emmanuel Macron— y para prevenir en su país posibles futuras legislaciones que se inspiren en las legislaciones provinda de los Estados Unidos⁷¹.

¿Es democrático establecer cuándo un debate público sobre derechos fundamentales debe darse por cerrado otorgando la victoria a una de las partes? En algunos casos, como la abolición de la esclavitud, parece claro. El problema del aborto es que se reclama la declaración como derecho fundamental de dos realidades incompatibles entre sí: el derecho a la vida del no nacido o el derecho a acabar con esa vida por parte de su madre. ¿Cabe una solución mejor que el aborto al problema de los embarazos no deseados? Parece que no son tan pocos los que piensan que sí.

4. El suicidio asistido o la eutanasia después de *Dobbs v. Jackson*

Las denominaciones suicidio médicamente asistido o eutanasia se utilizan en la actualidad como si se refirieran a realidades distintas. La primera denominación quiere referirse al hecho de facilitar médicamente la autoadministración de barbitúricos que ponen fin a la propia vida queriendo eludir la responsabilidad moral del médico que facilita al paciente los medios para poner fin a su vida. La eutanasia hace referencia al hecho de causar directamente la muerte a un enfermo terminal a petición de éste haciendo corresponsables de la muerte a médico y paciente. Nos parece que en los dos casos estamos ante una misma realidad: se legaliza la ayuda médica para poner fin a la vida de una persona enferma cuando ésta lo solicite, dependiendo la participación del paciente en su propia muerte de la autonomía con la que cuente para llevarla a cabo, con ayuda médica en cualquiera de los casos.

En Estados Unidos, no parece haber un movimiento tan fuerte como en el caso del aborto a favor de garantizar a nivel federal un derecho a la llamada muerte digna. Tampoco parece haber un movimiento para derogar las leyes de suicidio asistido aprobadas hasta la actualidad. Quizá los contrarios a establecer este derecho, que ven peligroso poner en manos médicas y de los familiares la facultad de acabar con la vida del enfermo, han visto prioritario concentrar sus esfuerzos en la batalla contra el aborto. Con respecto al suicidio asistido, existen dos sentencias paradigmáticas: la de 1990 de la Corte Suprema de Estados Unidos conocida como *Cruzan contra el Director, Departamento de*

⁷⁰ *LePage v. Center for Reproductive Medicine, P.C.*, Supreme Court of Alabama, 16.II.2024.

⁷¹ Constitution française version 10 mars 2024, en: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000_000571356/?isSuggest=true.

Salud de Misuri⁷² y la de 1997 de la misma Corte en el caso *Washington v. Glucksberg*⁷³.

La primera sentencia trata de un caso relacionado con el derecho a morir. Nancy Cruzan estaba en estado vegetativo persistente y su familia quería poner fin a su vida retirando el tratamiento de soporte vital. El personal del hospital se negó a hacerlo sin que existiera una orden judicial. El caso llegó a la Corte Suprema y el 25 de junio de 1990 el Tribunal Supremo dictaminó que es legal exigir «pruebas claras y convincentes»⁷⁴ de que retirar el soporte vital es lo que esa persona hubiera querido en esa situación.

El 11 de enero de 1983 el coche de Nancy Cruzan salió de la carretera por la que iba y acabó en una zanja anegada de agua. El auxilio llegó tarde y se le había parado el corazón y no respiraba. Consiguieron reanimarla, pero el tiempo que pasó su cerebro sin suficiente oxígeno provocó en ella un estado vegetativo persistente⁷⁵. El equipo médico le colocó una sonda de alimentación en el estómago, sin la cual no podría alimentarse ni hidratarse pues era incapaz de tragar nada.

Cinco años después del accidente, ya en 1988, los padres de Cruzan pidieron a los médicos que le retiraran el tubo de alimentación⁷⁶. Pensaban que Nancy no hubiera querido seguir viviendo en esa situación y, al parecer, antes del accidente le había dicho a una amiga que en caso de lesionarse o enfermar gravemente no querría vivir de una manera que no fuera «al menos la mitad de lo normal»⁷⁷. El hospital se negó a retirar la sonda de alimentación sin que hubiera por medio una orden judicial.

La familia apeló a un Tribunal de primera instancia para que ordenara al hospital que le quitara la sonda a Nancy y el tribunal accedió. Los jueces dijeron que todos tenemos un «derecho natural fundamental» protegido por la Constitución para que se tome la decisión de retirar el soporte vital «cuando la persona no tiene más función cerebral cognitiva... y no hay esperanza de recuperación futura»⁷⁸. La Corte se apoyó en la conversación de Nancy con su amiga para demostrar que ella no hubiera querido vivir en un estado vegetativo persistente.

Por su parte, el Estado de Misuri recurrió esta decisión y el caso fue a la Corte Suprema de Misuri, que anuló la decisión del tribunal de primera instan-

⁷² *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990). GAUDIN, A. M., «Cruzan v. Director, Missouri Department of Health: To Die or Not to Die: That is the Question – But Who Decides?», *Louisiana Law Review*, n.º 51(6), 1991, pp. 1308-1345.

⁷³ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

⁷⁴ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Estate of Cruzan, Estate No. CV384-9P (P. Div. Cir. Ct., Jasper County, Mo., July 27, 1988).

cia⁷⁹. El Tribunal Supremo de Misuri decidió que nadie puede retirar el tratamiento vital a otra persona, a menos que: esa persona tenga un testamento en vida, un documento legal donde exprese lo que querría en esa determinada situación médica o existan «pruebas claras y convincentes» de que habría querido rechazar el tratamiento. Según la Corte, esa evidencia no existía en el caso Cruzan.

El caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos y se convirtió en el primer caso de «derecho a morir» que abordaron los 9 jueces que la componen⁸⁰. Por 5 votos a 4, la Corte respaldó a la Corte Suprema de Misuri, afirmando que ésta no violó la Constitución al pedir «pruebas claras y convincentes» de que Nancy hubiera querido morir en esas circunstancias⁸¹.

Los jueces del Supremo afirmaron el derecho de las personas autónomas a rechazar un tratamiento médico como el del caso pues la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos les ampara. Cuestión diferente es cuando estamos ante personas que no pueden tomar decisiones por sí mismas (por estar en estado vegetativo persistente, por ejemplo). Si alguien quiere poner fin a la vida de esa persona, mediante la retirada de la sonda alimentaria, debe aportar esas «pruebas claras y convincentes» de que ese sería el deseo de la persona afectada por la decisión.

Un tiempo después del fallo judicial, la familia de Nancy volvió al juzgado de primera instancia aportando nuevas pruebas. Esta vez la Corte aceptó la evidencia clara y convincente de cuál hubiera sido la voluntad de su hija en las circunstancias en las que se encontraba. El 14 de diciembre de 1990 se retiró la sonda que alimentaba a Nancy.

Esto provocó que se presentaran 7 peticiones ante el tribunal para pedir que se volviera a alimentar a Nancy, pero el tribunal denegó las peticiones. El 18 de diciembre de 1990 casi veinte personas llegaron hasta la habitación de Nancy en el hospital y trataron de volver a colocarle el tubo de alimentación por su cuenta hasta que fueron arrestados.

Nancy Cruzan murió el 26 de diciembre de 1990 después de haber pasado ocho años en estado vegetativo persistente⁸². En el funeral de Nancy, su padre dijo a los periodistas: «Preferiría tener a mi hija de vuelta y dejar que otro fuera el pionero». Se suicidó seis años después⁸³.

⁷⁹ *Cruzan v. Harmon*, 760 S.W.2d 408, 434 (Mo. 1988) (en banc) (Higgins, J., *dissenting*).

⁸⁰ *Cruzan v. Director*, Missouri Dept. of Health, 110 S. Ct. 2841 (1990). Stefan, S., *Rational Suicide, Irrational Laws*, Oxford University Press, March 2016.

⁸¹ A. M. GAUDIN, «Cruzan v. Director, Missouri Department of Health: To Die or Not to Die: That is the Question – But Who Decides?», *Louisiana Law Review*, n.º 51(6), 1991, pp. 1308-1345.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

El conocido como caso *Cruzan* fue paradigmático de la situación del «derecho a morir» en Estados Unidos y estableció los precedentes que desde entonces han seguido los tribunales y provocó que muchos estadounidenses escribieran sus testamentos en vida y otras instrucciones anticipadas (donde transmiten a los médicos y a su familia su voluntad en determinadas situaciones médicas, en el caso de que no puedan decidir por sí mismos). Poco después, algunos estados decidieron aprobar leyes de la llamada «muerte digna», despenalizando la eutanasia o el suicidio asistido (allí se emplean como términos sinónimos), siempre que se cumplieran determinados requisitos.

Años después, el Tribunal Supremo de EE.UU. decidió por unanimidad en el caso *Washington v. Glucksberg*⁸⁴ que el derecho al suicidio asistido en Estados Unidos no está protegido por la Cláusula del Debido Proceso⁸⁵.

En este caso, el doctor Harold Glucksberg, junto a otros cuatro médicos, tres pacientes terminales y la organización *Compassion in Dying* impugnaron la prohibición del suicidio asistido vigente en Washington por la Ley de Muerte Natural de 1979. En su alegación, sostenían que el suicidio asistido era una manifestación de libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso recogido en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

El 3 de mayo de 1994, la juez del Tribunal de Distrito de EE.UU. Barbara Jacobs Rothstein falló a favor de Glucksberg⁸⁶. El 9 de marzo de 1995, los jueces John T. Noonan Jr. y Diarmuid O'Scannlain, del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de EE.UU., revocaron la sentencia⁸⁷. El 28 de mayo de 1996, tras una nueva vista del caso, el juez Stephen Reinhardt del Noveno Circuito revocó la sentencia anterior confirmando la decisión del Tribunal de Distrito⁸⁸.

En aquel momento, Christine Gregoire, Fiscal General de Washington, solicitó al Tribunal Supremo un recurso de *certiorari* (apelación discrecional), que fue aceptado. El 8 de enero de 1997 se presentó el caso ante el Tribunal Supremo. El Procurador General en funciones de los Estados Unidos, Walter E. Dellinger III, compareció como *amicus curiae* y pidió la revocación⁸⁹. Se planteaba si la protección de la Cláusula del Debido Proceso incluía el derecho a suicidarse con la ayuda de otra persona.

William Rehnquist, Presidente del Tribunal Supremo en aquel momento, redactó la opinión mayoritaria del tribunal, revocando la decisión del Noveno Circuito de que la prohibición del suicidio médico asistido violaba la Cláusula del Debido Proceso. El Tribunal sostuvo que, puesto que el suicidio asistido no

⁸⁴ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Compassion in Dying v. Washington*, 850 F. Supp. 1454.

⁸⁷ *Compassion in Dying v. Washington*, 49 F.3d 586 (9th Cir. 1995).

⁸⁸ *Compassion in Dying v. Washington*, 79 F.3d 790 (9th Cir. 1996).

⁸⁹ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

es manifestación de libertad fundamental, no está protegido por la Decimocuarta Enmienda. Ya en la opinión plural de *Moore v. East Cleveland*⁹⁰ se había dicho que las manifestaciones de libertad que no están «profundamente arraigadas en la historia de la nación» no pueden considerarse protegidas por esa Enmienda. El Tribunal manifestó que el suicidio asistido había estado mal visto durante siglos y que la mayoría de los estados tenían similares prohibiciones. Rehnquist tuvo especialmente en cuenta las penas del derecho consuetudinario inglés derivadas del suicidio asistido. Por ejemplo, al principio del *common law*, el Estado confiscaba los bienes de la persona que se suicidaba, como medida disuasoria al dejar a su familia en la indigencia. Como Blackmun en *Roe v. Wade*⁹¹, Rehnquist acudió al derecho consuetudinario inglés para usar la tradición estadounidense como criterio para determinar qué derechos estaban «profundamente arraigados en la historia de la nación» y cuáles no. Rehnquist hizo referencia en su dictamen a *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey*⁹².

En esta paradigmática sentencia, el Tribunal consideró razonable la prohibición puesto que fomentaba intereses estatales tan importantes como la defensa de la vida humana y la protección de enfermos mentales y discapacitados frente a la negligencia médica y posibles coacciones. Protegía también a quienes se veían empujados a poner fin a su vida por problemas económicos o psicológicos. El Tribunal consideró en aquella ocasión que si declaraba el derecho al suicidio asistido por un médico se iniciaría el camino hacia el suicidio asistido al principio voluntariamente y después quizá también de manera involuntaria.

Años después, en *Obergefell v. Hodges* (2015), el Tribunal Supremo consideró que la fórmula de Glucksberg sobre los derechos «profundamente arraigados» en la historia era «incoherente» con el enfoque utilizado por el Tribunal en casos como *Loving v. Virginia* (1967) y *Lawrence v. Texas* (2003)⁹³. No obstante, en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), el Tribunal ha vuelto a basarse en la fórmula de Glucksberg⁹⁴.

Actualmente existe en Estados Unidos el derecho al suicidio asistido para aquellas personas que tienen un pronóstico de supervivencia menor a seis meses en los estados de Oregón (1994), Washington (2008), Montana (2009, mediante decisión judicial), Vermont (2013), California (2015), Colorado (2016), Washington D.C. (2017), Hawái (2018), Nueva Jersey (2019), Maine (2019) y Nuevo México (2021). Hagamos un breve análisis de cada una de esas leyes:

⁹⁰ *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

⁹¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁹² *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁹³ 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*, n.º 99, 2017.

⁹⁴ A. COAN, «What is the Matter with Dobbs?», *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, n.º 22-24, 2022, p. 22, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4294242>.

Oregón: la ley para una muerte digna se aprobó en 1994 y autoriza a los médicos a recetar pastillas letales a los enfermos terminales que lo soliciten, siempre que la previsión de vida del enfermo sea inferior a seis meses. La ley estipula que el médico no debe jugar un papel activo. La ley se aprobó con unos requisitos muy claros para pedir la eutanasia: el solicitante debía pertenecer al lugar y ser mayor de edad. En 2022 cambió y Oregón se ha convertido desde entonces en un territorio en el que se facilita la muerte a personas de otros estados o países⁹⁵. Desde 1997, 2.454 personas —el 66% del total de 3.712 en Estados Unidos— han optado por poner fin a sus vidas en Oregón.

Washington: la ley de muerte digna de 2008 autoriza a los médicos a administrar fármacos que produzcan directamente la muerte del enfermo, si bien son ellos los que tienen que ingerir por sí mismo⁹⁶. Los enfermos que soliciten recetas de fármacos letales deben ser residentes del Estado de Washington, tener más de 18 años y tener plena capacidad o competencia para decidir. La petición del enfermo debe formularse en forma oral, petición que debe repetirse quince días después. También debe escribirse una solicitud formal ante dos testigos, de los cuales al menos uno no debe ser familiar, heredero ni médico tratante. Y además dos médicos deben certificar que el enfermo tiene una enfermedad terminal con pronóstico de sobrevida inferior a seis meses.

Montana: en 2009 ese estado decidió que la muerte asistida sería legal⁹⁷. Los requisitos son los mismos que en los anteriores estados, aunque no especifica el mínimo de edad para poder acceder al proceso. A lo largo de los años ha habido diversos intentos de ilegalizar la eutanasia en este estado, pero hasta ahora siempre han fracasado.

Vermont: la ley de «elección del paciente» autoriza la ayuda médica para morir. La ley permite que un adulto con una enfermedad terminal, mentalmente capaz y con 6 meses de vida o menos, solicite a su doctor un medicamento que puede tomar por sí mismo cuando su sufrimiento se vuelve insostenible para tener una muerte pacífica. La ley entró en mayo de 2013⁹⁸.

California: la ley de opción de fin de vida (*End of Life Option Act*) de 2015 permite a los pacientes con enfermedades terminales, y una esperanza de vida inferior a seis meses, poner fin a sus vidas tomando los medicamentos recetados por un médico. En octubre de 2022, el gobernador Gavin Newsom firmó una versión revisada de la ley, flexibilizando algunas restricciones de la versión de 2015⁹⁹. La ley original contenía numerosas medidas destinadas a garantizar que los pacientes no sean coaccionados por los familiares que los ven como una

⁹⁵ Oregon Death with Dignity Act, SB 2279.

⁹⁶ Washington Death with Dignity Act, HB1141.

⁹⁷ *Baxter v. State*, 2009 MT 449, 224 P.3d 1211, 354 Mont. 234 (2009).

⁹⁸ The Patient Choice and Control at End of Life Act, SB 701.

⁹⁹ End of Life Option Act, SB 380.

carga o una potencial oportunidad económica. La ley revisada reduce el período de espera de 15 días a sólo dos y elimina el certificado final.

Colorado: la ley de Colorado de 2016, basada en la ley de Oregón de 1997, requiere que los pacientes hagan dos peticiones verbales con 15 días de diferencia y una solicitud escrita, observada por dos testigos, para obtener una medicación letal. Dos médicos deben afirmar que al paciente le quedan seis meses o menos de vida¹⁰⁰.

Washington D.C.: la ley de muerte digna de 2017 tomó como modelo la legislación aprobada en Oregón y requiere que un paciente con previsión de menos de seis meses de vida y después de consultar con dos médicos en un período de dos semanas pueda recibir medicamentos para acabar con su vida y que deberán ser administrados por ellos mismos¹⁰¹.

Hawái: en 2018 se aprobó la ley de muerte digna que establece que el paciente debe hacer dos solicitudes para la medicación que podrá poner fin a su vida, con un período de espera de 20 días en mitad del proceso, y firmar una solicitud escrita atestiguada por dos personas, una de las cuales no puede ser pariente¹⁰². Las sanciones penales se aplicarán a cualquier persona que altere una solicitud o coaccione una receta para medicamentos que puedan poner fin a la vida de una persona.

Nueva Jersey: en abril de 2019, el gobernador Phil Murphy firmó la Ayuda Médica para Morir por la Ley de Enfermedad Terminal¹⁰³, que permite que los adultos con un pronóstico de seis meses o menos de vida obtengan una receta para medicamentos para terminar con su vida. La ley se aplica a residentes con un diagnóstico de enfermedad terminal, definido como «incurable, irreversible y médicamente confirmado» y que acabará con su vida en los próximos seis meses. El proyecto especifica que una discapacidad no es una enfermedad terminal. Para poder obtener la receta del medicamento, el paciente tendrá que pedirlo verbalmente a su médico dos veces en un período de quince días. Un segundo médico debe confirmar el diagnóstico.

Maine: la ley aprobada en el Estado de Maine en 2019 afirma que un paciente de 18 años o más debe pasar por dos períodos de espera, presentar una solicitud por escrito y dos verbales, y obtener la opinión de dos médicos que indiquen finalmente la administración de una dosis letal¹⁰⁴.

Nuevo México: la Ley Elizabeth Whitefield de Opciones para el Final de la Vida entró en vigor el 18 de junio de 2021¹⁰⁵ y requiere: ser un adulto, padecer

¹⁰⁰ End-of-life Options For Terminally Ill Individuals, HB16-1054.

¹⁰¹ Death with Dignity Act, D.C. LAW 21-182.

¹⁰² Our care, our choice act (end of life care option), HB, N.º 2739, HD 1.

¹⁰³ The Medical Aid in Dying for the Terminally Ill Act, P.L. 2019, c. 59.

¹⁰⁴ Death with Dignity Act, LD 1313.

¹⁰⁵ Elizabeth Whitefield End of Life Options Act, HB 47.

una enfermedad terminal, tener un pronóstico de vida de seis meses o menos, estar en pleno uso de sus facultades mentales para poder tomar decisiones por sí mismo, ser residente de Nuevo México, tomar la decisión de forma voluntaria y tener la capacidad de ingerir el medicamento por sí mismo.

Como en todos los estados en los que se han aprobado leyes de despenalización del suicidio asistido o eutanasia, existe el temor de que la apertura de esta opción perjudique el desarrollo de los cuidados paliativos al final de la vida, pues es una opción mucho más cara y costosa, aunque para muchos más acorde a la dignidad de la persona. Los defensores del suicidio asistido afirman que no son realidades incompatibles, que en algunos estados donde se han aprobado leyes de suicidio asistido también se han desarrollado los cuidados paliativos a los que no quieren que los médicos acaben con su vida y a los que así lo han decidido.

A nivel federal, la lucha a favor de la legalización de la eutanasia o del suicidio asistido en Estados Unidos vio sus primeros frutos a raíz de los casos *Washington v. Glucksberg*¹⁰⁶ y *Vacco v. Quill*¹⁰⁷ donde el Tribunal Supremo sostuvo que las leyes de los Estados de Washington y de Nueva York que prohibían dichas legalizaciones no violaban la cláusula de protección de la cuarta enmienda de la Constitución americana. La Corte expresamente mantuvo que no existe un derecho constitucional como es el derecho a morir o a llevar a cabo un suicidio asistido¹⁰⁸, pero se dejó abierta la posibilidad de los estados pudiesen legalizar tales derechos si así lo estimaran conveniente. Por lo que hemos estudiado, no hemos encontrado rastros de un movimiento que pretenda el reconocimiento del derecho al suicidio asistido a nivel federal.

De momento, no parece que la sentencia del 24 de junio de 2022 sobre la no existencia del derecho al aborto en la Constitución haya afectado al llamado «derecho a morir con dignidad» ni que los estados que han activado legislaciones protectoras de la vida humana no nacida hayan empezado a elaborar leyes de defensa de la vida humana «al final de ésta». El hecho de que en este caso estemos hablando más bien de «suicidios asistidos de adultos» puede hacer que no sea tan fácil revertir la situación legislativa, pues se puede malinterpretar como obligar a seguir viviendo a gente que no quiere vivir. Para los contrarios a la eutanasia, la solución podría venir de un mayor desarrollo de los cuidados paliativos que hagan que nadie desee morir en tan dramáticas circunstancias sin olvidar el peligro social que representa que la muerte del paciente sea concebida como una solución lícita entre otras posibles a sus enfermedades.

¹⁰⁶ *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702 (1997)).

¹⁰⁷ *Vacco v. Quill* (521 U.S. 793 (1997)).

¹⁰⁸ E. EMANUEL (15 de noviembre de 1994). «History of Euthanasia Debates in the United States and Britain», *Anales de Medicina Interna*, n.º 121(10), pp. 793-802.

5. Conclusiones

Hasta el siglo XX, los gobiernos de las naciones habían reconocido la importancia de respetar unas normas morales en el ejercicio de la medicina de manera global y del principio hipocrático de no administrar abortivos ni medicamento mortal a nadie, por mucho que se soliciten¹⁰⁹, en particular. Y habían decidido apoyar a la profesión médica con leyes que prohibían esas acciones. Como es sabido, el cambio cultural que se ha producido en los dos últimos siglos ha provocado la dislocación de valores poniendo la autodeterminación de la voluntad por encima de cualquier otra consideración ética o legal¹¹⁰. Sin embargo, sigue habiendo muchos ciudadanos y representantes políticos para los cuales las leyes que primero despenalizaron estas prácticas y luego las consagraron como derechos no son acordes con la dignidad humana y han de ser derogadas¹¹¹.

La sentencia de 24 de junio de 2022 fue un hito perseguido desde hace más de 50 años por los defensores del derecho a la vida de los no nacidos¹¹². En la mitad de los estados de Estados Unidos se aprobaron leyes protectoras de la vida prenatal que fueron vistas por los partidarios del aborto como un ataque al derecho al aborto que ellos sostienen. Se ha señalado que la mayoría de aquellos estados pertenecían al sur del país, estableciendo implícitamente una identificación entre los estados que defendieron la esclavitud en la guerra de secesión y que ahora tratan de acabar con el derecho al aborto. Para los defensores del derecho a la vida no nacida es ésta una causa equiparable a la que lideró el presidente Lincoln contra la esclavitud: aquella para liberar a las personas esclavas y ésta para liberar a los no nacidos condenados a muerte por las leyes del aborto y por la parte de la sociedad que las apoya.

Después de las diversas sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos que hemos comentado en este capítulo, las batallas sobre el aborto, la ayuda al suicidio y la eutanasia continuarán. Es clara la repercusión de la sentencia sobre *Dobbs v. Jackson* en el aborto, pues provocó la aprobación de leyes restrictivas del aborto en diversos estados de Estados Unidos, impugnaciones de esas leyes que en su mayoría consiguieron entrar en vigor e intentos de blindar legalmente el «derecho al aborto» en otros estados y países. Respecto a la anticoncepción, se ha producido como hemos comentado algún intento de prohibir abortivos —en

¹⁰⁹ J. REMIS, «Pasado y presente del juramento Hipocrático: Análisis de su vigencia», *Rev. Argent Radiol*, 2009; n.º 73(2), pp. 139-141.

¹¹⁰ J. J. THOMSON, «A Defense of Abortion», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, n.º 1, 1971, Wiley, pp. 47-66.

¹¹¹ UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *USCCB Statement on U.S. Supreme Court Ruling in Dobbs v. Jackson*, 2022, en <https://www.usccb.org/news/2022/usccb-statement-us-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson>.

¹¹² J. D. HUNTER, «What Americans Really Think About Abortion», *First Things*, vol. June-July, 1992, pp. 13-21, en <https://www.firstthings.com/article/1992/06/what-americans-really-think-about-abortion>.

línea con lo que sugería el juez Clarence Thomas en su voto particular a la sentencia de *Dobbs*— que también ha tenido que dirimirse en los tribunales. Finalmente, el suicidio asistido o eutanasia no parecen haberse visto afectados de momento por la sentencia del 24 de junio de 2022 y no se han encontrado movimientos especialmente consistentes para derogar las leyes permisivas aprobados en diversos estados de Estados Unidos. No es descartable que el razonamiento usado en *Dobbs* se aplique en el futuro a casos relacionados con la anticoncepción y el suicidio asistido o eutanasia. Eso dependerá de la existencia o no de partidarios de cambiar las leyes estatales vigentes para que se prohíban o legalicen estas prácticas. Son temas éticos y culturales de gran calado y está en juego el concepto mismo de dignidad humana. La cuestión de fondo no es un tema sólo para los tribunales de justicia, sino que atañe a toda la sociedad.

¿Queremos una sociedad del cuidado de las personas o una sociedad en la que se pueda eliminar fácil y legalmente a los seres humanos que representan un problema para el proyecto de vida de otras personas? ¿Queremos una sociedad en la que mujeres y médicos vayan a la cárcel por practicar abortos o poner fin a la vida de personas que desean morir? Quizá si nosotros, como sociedad, conseguimos unir la voluntad y los recursos necesarios para ayudar a todas esas personas que se plantean abortar o proporcionar unos cuidados paliativos para acompañar con dignidad a las personas que lo necesitan en sus momentos finales, la cuestión legislativa vendrá después. ¿Podemos ver más allá de nuestro interés en afirmar nuevos derechos individuales como para caer en la cuenta de la enorme transformación social que se ha producido al normalizar el asesinato médico?¹¹³ Para algunos esto depende de si las personas son capaces de aceptar los límites del poder médico y de adoptar una actitud adecuada hacia el sufrimiento y hacia los demás¹¹⁴.

Parece obvio que las crecientes presiones económicas, legales y tecnológicas que acechan a los médicos, hacen cada vez más complicado para ellos ser fieles a sus propios principios éticos y mantener su equilibrio moral¹¹⁵. Es difícil encontrar una situación en la que sea más importante seguir la ética profesional que en la sensible área del nacimiento de los seres humanos y del cuidado a los moribundos. Se ha dicho con acierto que ahí está precisamente el mayor riesgo para pacientes, médicos y para las relaciones entre ellos¹¹⁶.

En las últimas décadas se ha adoptado un enfoque eminentemente técnico para la medicina y se ha deshumanizado tanto la generación de nuevas vidas y el fin de estas, que para muchos resulta asombroso que se sigan viendo con

¹¹³ D. FOX, «Medical Disobedience», *Harvard Law Review*, vol. 136, n.º 4, 2022, pp. 1032-1111.

¹¹⁴ L. R. KASS y N. LUND, *La muerte ante los jueces: la ayuda al suicidio, los médicos y la ley*, Commentary 1996 (Dic.), pp. 17-29. Traducción Antonio Pardo. En: <https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica/material-de-bioetica/la-muerte-ante-los-jueces#gsc.tab=0>.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

espanto los horrores del Tercer Reich sin darse cuenta de que hemos consagrado en nuestras leyes algunas de sus más horrendas aspiraciones (como son la eugenesia y la eutanasia). ¿Los defensores de la autonomía y de la dignidad humana no deberían dirigir sus esfuerzos contra la deshumanización de las primeras y las últimas fases de la vida, en vez de consagrar el derecho a eliminar a nuestros hijos y que los médicos nos administren un veneno letal cuando nuestras enfermedades o soledades nos resulten insoportables?

Esto es lo que pensamos que hay detrás de *Dobbs v. Jackson* y de las diversas leyes del latido y de protección de la vida humana prenatal que se han ido aprobado y posteriormente impugnando en una veintena de estados de los Estados Unidos. Los defensores del aborto lo ven como una ola reaccionaria que quiere devolver a la cárcel a mujeres y médicos. El futuro es impredecible y quizá la actual situación puede ser una oportunidad para recobrar el aprecio por vivir y de afirmar la humanidad que podemos encontrar y cuidar incluso en el no nacido y en el enfermo incurable y terminal. De momento, parece que las energías de muchos están centradas en la defensa de los no nacidos quizá dejando para más adelante la reversión de las leyes que consagran el derecho a poner fin a la propia vida a manos de un médico.

¿Son válidas e inmutables «la ética de la libre elección» y sus opciones mortales o hay respuestas a los hijos no deseados más civilizadas que el aborto?¹¹⁷, ¿es sagrado el derecho a la propia muerte o nuestra humanidad merece ser cuidada hasta el final combatiendo el dolor y la enfermedad sin acabar con el paciente? Pensamos que de esto trata la sentencia *Dobbs contra Jackson Women's Health Organization*, n.º 19-1392, 597 U.S. de 24 de junio de 2022 emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos y la intensa actividad legislativa y judicial que ha provocado en aquel país.

¿Estamos al final del camino comenzado en la Ilustración hacia la total autonomía del yo o al comienzo de una etapa en la que cabe esperar la recuperación del sentido genuino de la dignidad humana? Al menos en occidente, muchos quieren ser totalmente libres de hacer lo que quieran con sus cuerpos y sus vidas, incluido el derecho a acabar con su vida y la de los no nacidos para que no malogre la futura vida de sus madres. Al mismo tiempo, empeoran los índices de salud mental y cada vez más gente vive y muere sola. Una gran mayoría de jóvenes vislumbran para ellos un futuro sombrío y manifiestan su temor a quedarse solos cuando lleguen a la vejez.

Jérôme Lejeune, de cuya muerte estamos celebrando el trigésimo aniversario, gran científico y genetista francés, defensor de la vida humana desde la concepción (convicción que le costó el premio Nobel), afirmó una vez que «la calidad de una civilización se mide por el respeto que profesa a los más débiles de sus

¹¹⁷ G. N. ROSENBERG, «Abortion After Dobbs», *Law & Courts Newsletter*, vol. 32, n.º 2, 2022, pp. 18-41. En <https://papers.ssrn.com/abstract=4323249>.

miembros»¹¹⁸. Se ha convertido en un tópico decir que estamos en un cambio de época y al final de una civilización. No perdamos la esperanza en que después de haber reconocido en occidente el derecho a la autodeterminación total del individuo lleguemos a la conclusión de que el ser humano es más bien totalmente dependiente y necesitamos sacrificarnos unos por otros y no unos a otros para salir adelante y ser verdaderamente felices. Como escribió Hölderlin en su famoso poema «Patmos», «donde está el peligro, crece también lo que salva»¹¹⁹.

6. Referencias bibliográficas

- ABRAMS, J. R., «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», *ConLaw-Now*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 131-149. En <https://ideaexchange.uakron.edu/con-lawnow/vol14/iss1/10>.
- ABRAMS, J. R., «Re-evaluating Regional Law Reform Strategies After Dobbs», *ConLaw-Now*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 131-149. En <https://ideaexchange.uakron.edu/con-lawnow/vol14/iss1/10>.
- ACEVES, W., «The Problem with Dobbs and the Rule of Legality», *Georgetown Law Journal Online*, vol. 111, 2022. En: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online-vol-111/the-problem-with-dobbs-and-the-rule-of-legality/>.
- ANGEL, M., «Substantive Due Process and the Criminal Law», *Loyola University Law Journal Volume*, Vol. 9, n.º 1, 1977, pp. 61-135.
- BANDIERI, L. M.; BARRA, R. C.; ANDEREGGEN, P. J.; BASSET, Ú. C.; BIANCHI, A. B.; COLOMBO MURÚA, I.; GARCÍA MANSILLA, M.; RATTI MENDEÑA, F. S. *et al.* (2022), «El caso Dobbs: reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto». *El Derecho*. Suplemento especial, 24 de agosto de 2022, n.º 15.366.
- BARNES, R., «Clarence Thomas says Supreme Court leak has eroded trust in institution», *Washington Post*, 2022. En www.washingtonpost.com/politics/2022/05/14/clarence-thomas-supreme-court-leak-trust/.
- BERGER, P. L., «Contraception and the Culture War», *The American Interest*. En: <https://www.the-american-interest.com/2012/02/22/contraception-and-the-culture-war/>.
- BERSTEIN, C., «The Constitutional Personality of the Unborn», *Social Science Research Network*, 2022, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4241391>.
- BRADLEY, G. V., «Dobbs and Constitutional Limits on Abortion», *Human Life Review*, vol. 48, n.º 3, 2022, pp. 5-18.
- CAHN, N., «What triggers the «trigger laws» that could ban abortions?», *The Conversation*, 2022. En <https://theconversation.com/what-triggers-the-trigger-laws-that-could-ban-abortions-18>.
- COAN, A., «What is the Matter with Dobbs?», *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, n.º 22-24, 2022, p. 22, en <https://papers.ssrn.com/abstract=4294242>.
- 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.

¹¹⁸ J. LEJEUNE, *En el comienzo, la vida (conferencias inéditas, 1968-1992)*, Ed. BAC, 2019, p. 25.

¹¹⁹ F. HÖLDERLIN, «Poema Patmos», en *Poemas*, Ed. Lumen, 2012.

- DELLAPENNA, J. W., *Dispelling the myths of abortion history*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2005.
- EMANUEL, E. (15 de noviembre de 1994). «History of Euthanasia Debates in the United States and Britain». *Anales de Medicina Interna*, n.º 121 (10): 793-802.
- FINNIS, J., «Born and Unborn: Answering Objections to Constitutional Personhood», *First Things*, 2021, en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/04/born-and-unborn-answering-objections-to-constitutional-personhood>.
- FORSYTHE, C., «A Draft Opinion Overruling Roe v. Wade», *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, n.º 16, 2018.
- FOX, D., «Medical Disobedience», *Harvard Law Review*, vol. 136, n.º 4, 2022, pp. 1032-1111.
- FRIEDMAN, H., «Court Says HHS Used “Smurfing” To Avoid Review of Guidance To Pharmacies», *Religion Clause*, 14 de julio de 2023. En: <http://religionclause.blogspot.com/2023/07/court-says-hhs-used-smurfing-to-avoid.html>.
- GALSTON, W., *Roe v. Wade overturned despite public opinion*. Brookings, 24 de junio de 2022.
- GAUDIN, A. M., «Cruzan v. Director, Missouri Department of Health: To Die or Not to Die: That is the Question – But Who Decides?», *Louisiana Law Review*, n.º 51(6), pp. 1308-1345, 1991.
- HÖLDERLIN, F., «Poema Patmos», en *Poemas*, Ed. Lumen, 2012.
- HUNTER, J. D., «What Americans Really Think About Abortion», *First Things*, vol. June-July, 1992, pp. 13-21, en <https://www.firstthings.com/article/1992/06/what-americans-really-think-about-abortion>.
- KASS, L. R. y LUND, N., *La muerte ante los jueces: la ayuda al suicidio, los médicos y la ley*, Commentary 1996 (Dic.), pp. 17-29. Traducción Antonio Pardo. En: <https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica/material-de-bioetica/la-muerte-ante-los-jueces#gsc.tab=0>.
- LEJEUNE, J., *En el comienzo, la vida (conferencias inéditas, 1968-1992)*, Ed. BAC, 2019, p. 25.
- MECHMANN, E., «The Legal Consequences of Dobbs», *Human Life Review*, vol. 48, n.º 3, 2022, pp. 19-28.
- 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.
- PEW RESEARCH CENTER, 23 de agosto de 2022. En: <https://www.pewresearch.org/politics/2022/08/23/abortion-rises-in-importance-as-a-voting-issue-driven-by-democrats/>.
- REDACCIÓN, *Leaked draft opinion suggests Supreme Court may overturn Roe v. Wade*. www.cbsnews.com, 26 de junio de 2022.
- REMIS, J., «Pasado y presente del juramento Hipocrático: Análisis de su vigencia», *Rev. Argent Radiol*, 2009; n.º 73(2), pp. 139-41.
- RICO, J., NOAIN, I., GRÀCIA, R., «Los resultados de las elecciones en Estados Unidos 2022, por cámaras y por estados», *El Periódico*, 7 de noviembre de 2022.
- RORABACK, C. G. «Griswold v. Connecticut: A Brief Case History», *Ohio Northern University Law Review*, 1989; n.º 16(3), pp. 395-401.
- ROSENBERG, G. N., «Abortion After Dobbs», *Law & Courts Newsletter*, vol. 32, n.º 2, 2022, pp. 18-41. En <https://papers.ssrn.com/abstract=4323249>.
- THE WHITE HOUSE, 21 de abril de 2023. En: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/04/21/statement-from-president-joe-biden-on-the-supreme-courts-decision-in-alliance-for-hippocratic-medicine-v-fda/>.

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

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

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



La sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Dobbs v. Jackson* puso fin a la consideración del aborto como derecho constitucional durante medio siglo. Más allá de los encendidos debates públicos en pro o en contra de esa decisión judicial, la reflexión jurídica debe estudiar esa sentencia con el fin de determinar con precisión su contenido y sus consecuencias también más allá del derecho estadounidense. La presentación al libro de Michael W. McConnell, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Stanford, sirve como pórtico y síntesis a seis estudios elaborados por juristas españoles en torno a *Dobbs*, al aborto en Europa, así como a importantes aspectos sobre la vida humana.



Proyecto NEUCOPER



GRUPO DE INVESTIGACIÓN
REDESOC
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE