

CRÓNICA DE LA BATALLA JUDICIAL EN TORNO AL ABORTO: DE ROE V. WADE A DOBBS V. JACKSON

JORGE PÉREZ ALONSO

*Investigador de la Cátedra Martínez Marina de Historia Constitucional
Universidad de Oviedo*

TRC, n.º 51, 2023, pp. 529-564
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Roe, entre el activismo y el retraimiento judicial. II. Los casos Roe y Doe. III. Los tempranos intentos de rectificar la doctrina Roe: el progresivo equilibrio entre activismo y retraimiento. IV. La situación en el año judicial 2021-2022: la rectificación de la doctrina Roe.

I. INTRODUCCIÓN: ROE, ENTRE EL ACTIVISMO Y EL RETRAIMIENTO JUDICIAL

Al finalizar la guerra de secesión, una vez aprobada la decimocuarta enmienda constitucional y al amparo de la previsión contenida en su apartado primero¹, surgieron dos grandes tendencias a la hora de concebir el rol de los tribunales en el sistema federal. La «activista» (*judicial activism*) abogó por utilizar todo el potencial que la citada enmienda ofrece para efectuar una interpretación amplia de los derechos individuales, aunque ello implicase desautorizar al legislador mediante el ejercicio de la *judicial review*. En contraposición, se alzaron quienes defendían un «retraimiento» (*judicial restraint*), y se negaban a convertirse en creadores de nuevas figuras jurídicas a través de la fiscalización de las leyes, excepto en supuestos muy extremos, desviando así al pueblo, a través de sus representantes todas las cuestiones relativas a derechos no contemplados en el texto constitucional, pues lo contrario supondría usurpar de funciones legislativas. Uno de los

¹ Dicho precepto contiene tres cláusulas: la de privilegios e inmunidades (*privileges and immunities clause*) la del debido proceso legal (*due process clause*) y el de igualdad (*equal protection clause*)

jueces pioneros en ejercer el activismo judicial fue S. Field, mientras que O. Wendell Holmes personificó el retraimiento judicial (Root, 2014: 41-76).

A lo largo de la primera mitad del siglo XX el Tribunal Supremo desplegó un notable activismo. Pueden destacarse no sólo la controvertida sentencia *Lochner v. New York*² sino dos de las tres sentencias dictadas el día 27 de mayo de 1935 (conocido en la historiografía judicial estadounidense como *lunes negro*), *Humphrey's Executor v. United States*³ y *Schechter Poultry Corp v. United States*⁴, que implicaron un severo varapalo jurídico al presidente Roosevelt. La división interna del Tribunal Supremo durante los años treinta, con cuatro jueces conservadores (W. Van Devanter, J. McReynolds, P. Butler y G. Sutherland) y tres liberales (L.D. Brandeis, B. Cardozo y H. Fisk Stone), convirtiendo al *chief justice* Hughes y O. Roberts en jueces clave para la obtención de mayorías, no impidió que las tres sentencias hechas públicas el *lunes negro* se dictasen inusualmente de forma unánime⁵. Pese a ello, tan sólo un par de años más tarde, la sentencia *West Coast Hotel Company v. Parrish*⁶ frenó esa tendencia activista al declarar conforme al texto constitucional una ley que establecía un salario mínimo para las mujeres.

El Tribunal Supremo, amparándose en la decimocuarta enmienda, interpretó que el debido proceso legal (*due process clause*) recogido en la constitución no se limitaba a una mera garantía *procesal* de la tutela judicial efectiva, sino que englobaba garantías *materiales* o sustantivas (*substantive due process*) en las que tendrían su encaje una serie de derechos no explícitamente mencionados en el texto constitucional⁷. El activismo judicial tuvo su apogeo entre 1954 y 1969, con E. Warren al frente del Tribunal Supremo⁸. Durante esos tres lustros, se desplegó una actividad sin precedentes que transformó literalmente el derecho público norteamericano, hasta el punto que durante la poco más de década y media en que el antiguo gobernador de California y frustrado aspirante a la Casa Blanca⁹ presidió la máxima institución judicial, sentencias como *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Miranda v. Arizona*, *Griswold v. Connecticut*, *Baker v. Carr* y *New York Times v. Sullivan* implicaron una auténtica revolución jurídica. No obstante, dicho activismo

2 198 US 45 (1905). No obstante, en el resultado final del caso *Lochner* pesaron mucho las circunstancias fácticas del caso concreto, algo en lo que no suele incidirse demasiado; véase Bernstein (2012: 23-29).

3 295 US 602 (1935).

4 295 US 495 (1935). Esta sentencia consideró inconstitucional la *National Industrial Recovery Act*, pieza clave en la arquitectura jurídica del *New Deal*.

5 Una crónica de los acontecimientos del *lunes negro* en Shesol (2010: 127-146), y una visión más centrada en los aspectos jurídicos en Tushnet (2021: 167-200).

6 300 US 379 (1937). Tradicionalmente, este cambio en la jurisprudencia del tribunal se interpretó como una reacción al intento de Roosevelt de incrementar el número de jueces del tribunal, si bien el voto clave del juez Roberts fue anterior a la iniciativa presidencial; White, G. Edward (2012): 70-77

7 Es lo que se conoce como doctrina de los *unenumerated rights*, cuyo análisis aun a nivel básico, desbordaría con creces el ámbito del presente trabajo.

8 Para una biografía judicial de Warren, véase Schwartz (1984); una síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante esta etapa en Belcknap (2005).

9 Véase Roravaugh (2009: 16-17).

provocó malestar en el seno de la comunidad jurídica, hasta el punto que en los meses previos a las elecciones presidenciales de 1968, uno de los aspectos más destacados en la campaña electoral de Richard Nixon fue precisamente el relativo al Tribunal Supremo, comprometiéndose a elegir jueces que pusiesen fin a dicha tendencia expansiva (Woodward y Armstrong, 1979: 3-24; Kalman, 2017: 209-306). Aun cuando Nixon tuvo la oportunidad a lo largo de su primer mandato de nombrar a cuatro jueces para el Tribunal Supremo (el *chief justice* W. Burger en 1969, a H. Blackmun en 1970 y a L. Powell y W. Rehnquist en 1972) el intento de frenar el activismo fracasó tanto por la falta de liderazgo de Burger como por la evolución de Blackmun y Powell. Y así, el 22 de enero de 1973, justo dos días después que Nixon prestase el juramento para iniciar su segundo mandato como presidente, el Tribunal Supremo hizo pública una de sus sentencias más controvertidas, *Roe v. Wade*¹⁰ que, junto a la no tan conocida *Doe v. Bolton*¹¹, reconocieron el derecho de la mujer a la interrupción del embarazo vinculándolo al derecho a la intimidad implícito en la decimocuarta enmienda constitucional.

Desde el mismo instante en que se hizo pública, *Roe v. Wade* fue objeto tanto de apasionadas defensas como de furibundos ataques. Sus partidarios incidieron en que la doctrina era un paso más en el avance hacia el reconocimiento de derechos individuales, y sus detractores le imputaban un intolerable ejercicio de activismo judicial por usurpar funciones que la constitución atribuía al poder legislativo. *Roe v. Wade* pasó a situarse en el centro una enconada disputa no ceñida al ámbito estrictamente jurídico, sino también al político, científico y religioso (Hull y Hoffer, 2021: 3)¹².

El presente artículo ofrece una breve crónica de las principales resoluciones judiciales en las que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hubo de enfrentarse al aborto y que, lógicamente, pivota sobre el caso *Roe*. Crónica que sirve igualmente para ilustrar el devenir del activismo judicial en el máximo órgano judicial estadounidense.

II. LOS CASOS ROE Y DOE

En la década de los sesenta del siglo XX, una veintena de estados contaba con legislación penal, en algunos casos procedente del siglo XIX, que tipificaba como delito la práctica de abortos¹³. Superado ya el ecuador de la centuria, con

10 410 US 113 (1973). Una traducción parcial en B. de Felipe y González García (2006:434-442).

11 410 US 179 (1973).

12 La propia sentencia constataba dicha complejidad en sus párrafos iniciales donde constata la influencia de aspectos morales, religiosos y culturales.

13 Para una evolución histórica de la legislación sobre el aborto desde principios del siglo XIX hasta los años sesenta del siglo XX, Hull y Hoffer (2021: 13-48). Véanse igualmente el apartado VI de la sentencia *Roe* y su refutación en el apartado III-B-1-b y el anexo de la sentencia *Dobbs v. Jackson*.

movimientos tendentes a reivindicar el papel de la mujer y su derecho a decidir libremente la interrupción del embarazo¹⁴, comenzó a plantearse el acudir a los tribunales para obtener la inconstitucionalidad de la tipificación penal del aborto. El propio Tribunal Supremo dio un primer paso el 7 de junio de 1965 al resolver el asunto *Griswold v. Connecticut*¹⁵, donde por mayoría de siete votos frente a dos, se declaró inconstitucional la criminalización del uso de anticonceptivos en el seno del matrimonio, por entender que ello vulneraba el derecho a la intimidad¹⁶, si bien a lo largo de la sentencia se explicitó que la doctrina ceñía sus efectos al ámbito matrimonial¹⁷. Pese a que el día 30 de marzo de 1965, al final de la segunda sesión de la vista oral del caso *Griswold*, el propio T. Emerson (letrado de la parte recurrente y quien buscaba la declaración de inconstitucionalidad), trató de marcar distancias entre su caso y los relativos al aborto rechazando de forma expresa que su argumentario pudiera extenderse a supuestos de interrupción del embarazo¹⁸, lo cierto es que el núcleo doctrinal de la sentencia fue utilizado como ariete para abatir las leyes penales sobre el aborto. Ello precisaba, como suele ocurrir en asuntos de gran importancia, tanto escoger a la persona adecuada cuyas circunstancias personales fuesen propicias en aras a lograr el objetivo deseado¹⁹, como una cuidadosa selección del lenguaje. En este ámbito, quienes se posicionaron en favor de suprimir la penalización de los abortos optaron por utilizar como lema el vocablo «elección» (*choice*), mientras que sus oponentes escogieron a modo de consigna el sustantivo «vida» (*life*)²⁰.

14 Un análisis de los argumentos médico y religioso al respecto, en Greenhouse y Siegel (2012: 7-113).
15 381 US 479 (1965).

16 La sentencia, redactada por el liberal William O. Douglas, afirmaba: «Tal ley no puede mantenerse a la vista del sagrado principio familiar, tan frecuentemente aplicado por este Tribunal, según el cual «el propósito gubernamental de controlar o prevenir actividades constitucionalmente sujetas a regulación estatal no puede llevarse a cabo por medios que se vuelven innecesariamente amplios y por tanto invaden el ámbito de libertades protegidas». ¿Permitiríamos a la policía registrar los sagrados precintos de la habitación matrimonial por pruebas acusatorias del uso de anticonceptivos? La misma idea repugna a los principios de intimidad que circundan la relación matrimonial. Tratamos con un derecho a la intimidad más antiguo que el Bill of Rights, más antiguo que los partidos políticos, más antiguo que nuestro sistema educativo.»

17 En esta idea de ceñir el pronunciamiento a la intimidad matrimonial incide Forsythe (2013: 30-31). No obstante, el 22 de marzo de 1972, en su sentencia *Eisenstadt v. Baird* (405 US 428 [1972]) el Tribunal Supremo extendió la doctrina *Griswold* más allá del matrimonio al declarar la inconstitucionalidad de una ley del estado de Massachusetts que tipificaba como delito el uso de anticonceptivos en parejas no casadas.

18 El juez Hugo Black preguntó a Emerson si su argumentario relativo a la intimidad «anularía todas las leyes que castigan a quienes realizan abortos», a lo que éste respondió: «No, pienso que no se aplica a leyes relativas a abortos o a esterilizaciones, puesto que éstas no tienen lugar en la intimidad del hogar», precisando ulteriormente que: «la conducta que se prohíbe en los casos de aborto, habitualmente tiene lugar fuera del hogar». El juez William Brennan apostilló, además, que «creo que el aborto implica liquidar a una vida en ciernes, ¿No es así?». Los audios de la vista oral y su transcripción, en el enlace <https://www.oyez.org/cases/1964/496> (consultado el 15.06.2022).

19 Sobre el cuidadoso proceso de selección de los demandantes en casos que se espera lleguen al Tribunal Supremo, véase Godsoe (2015). La autora aclaró desde el principio que no efectuaba sus reflexiones desde el campo de la teoría abstracta, sino partiendo de la experiencia personal como abogada en ejercicio.

20 Véase Hull y Hoffer (2021: 4 y 8).

1. La doctrina *Roe v. Wade*

El asunto *Roe* implicaba pronunciarse sobre la constitucionalidad de la legislación penal del estado de Texas, que consideraba delito la práctica de abortos, excluyendo del tipo penal tan sólo los llevados a cabo por prescripción facultativa en supuestos donde la continuación del embarazo hiciese peligrar la vida de la madre. En realidad, la iniciativa partió no de una persona directamente afectada por la normativa, sino de dos abogadas activistas, S. Weddington y L. Coffee, quienes se lanzaron a la búsqueda de una demandante que diera rostro a su causa²¹, encontrándola en N. McCorvey, una joven embarazada que no deseaba continuar con la gestación. El 3 de marzo de 1970, Weddington y Coffee interpusieron en el juzgado federal de distrito norte de Texas la correspondiente demanda representación de McCorvey (encubierta con el seudónimo de *Jane Roe*) identificando como parte demandada a Henry Wade, *district attorney* del condado de Dallas. El asunto no planteó disputa en torno a los elementos fácticos, quedando ceñido pues a una controversia netamente jurídica, cual era dilucidar si la tipificación penal de la interrupción del embarazo cercenaba el derecho a la intimidad por conculcar derechos garantizados por la primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta enmiendas constitucionales. La demanda contenía no sólo una pretensión declarativa (la inconstitucionalidad de la ley) sino otra de condena, solicitando del juzgado se ordenase al estado de Texas abstenerse de ejecutar la legislación penal sobre el aborto. El día 17 de junio de 1970, el juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda²²: acogió la pretensión declarativa estimando inconstitucional la tipificación del aborto como delito, tanto por vulnerar la novena enmienda constitucional como por imprecisión (*vagueness*) de su contenido material, pero desestimó la petición de condena.

Cuando el asunto llegó ante el Tribunal Supremo por vía de apelación directa, el máximo órgano judicial estadounidense se encontraba reducido a siete miembros debido a que los jueces Hugo L. Black y John Marshall Harlan II habían renunciado por motivos de salud y sus vacantes aún no habían sido cubiertas. En una decisión que incluso el propio H. Blackmun, ponente de la sentencia *Roe*, lamentaría con posterioridad, el tribunal aceptó tramitar el asunto pese a tal circunstancia²³. La vista oral del caso tuvo lugar el 13 de diciembre de 1971, y en la conferencia que celebraron los jueces ese mismo mes de diciembre de 1971, W. Douglas, W. Brennan, P. Stewart, T. Marshall y H. Blackmun se mostraron favorables a considerar inconstitucional la proscripción del aborto de forma indiscriminada, si bien los tres últimos jueces reconocieron que, aun cuando no cabía imponer límites a la práctica de abortos durante la fase inicial de la gestación, el

21 Véase Faux (2001: 14-41); véase también Hull y Hoffer (2021: 113-116).

22 314 F. Supp. 1217 (N.D. Tex 1970)

23 Véase Forsythe (2013: 24-27).

estado podía esgrimir un lícito interés en proteger la vida del no nacido en ulteriores fases del embarazo. Por el contrario, B. White rechazó de forma tajante vincular el derecho a abortar con un precepto constitucional, posición a la que se adhirió el *chief justice* Burger²⁴. Pese a que éste se encontraba en minoría, asignó la ponencia del asunto a H. Blackmun²⁵, quien en mayo de 1972 redactó un borrador limitado a declarar la inconstitucionalidad de ley sobre la base de su imprecisión, sin entrar en el fondo²⁶. No obstante, W. Burger señaló una nueva vista oral a fin de que el asunto pudiera ser resuelto por el Tribunal en pleno, dado que el 7 de enero de 1972 se habían incorporado los jueces L. Powell y W. Rehnquist en sustitución de Black y Harlan. Blackmun, conocido entre sus colegas por los frecuentes retrasos que acumulaba a la hora de resolver los asuntos que se le encomendaban, aceptó encantado tal circunstancia que le otorgaría un tiempo adicional para estudiar a fondo el caso (Null y Hoffer, 2021: 165)²⁷. La nueva vista oral quedó fijada para el 11 de octubre de 1972²⁸.

La sentencia *Roe* se hizo pública el 22 de enero de 1973. Su núcleo doctrinal se encuentra en los apartados VIII y X, que intentan alcanzar un equilibrio entre las posturas sostenidas por los jueces. En el primero de los fundamentos citados se liga el aborto con un derecho constitucional, rechazando que el mismo pueda reconducirse a través de la novena enmienda (como había estimado la sentencia de instancia), sino anclándola al derecho a la intimidad, cuyo reconocimiento se encontraba implícito en la decimocuarta enmienda²⁹. Ese reconocimiento general

24 Véase Schwartz (1988: 84-86). White, pese a ser ideológicamente demócrata, se mostró siempre en contra de otorgar rango constitucional al derecho a decidir.

25 Es prerrogativa del *chief justice*, siempre que se encuentre en la mayoría, atribuir con una discrecionalidad absoluta la ponencia de un asunto a cualquiera de los jueces que compartan su criterio. En caso de encontrarse en minoría, la facultad pasa a ejercerla el juez más antiguo de quienes integran la mayoría.

26 «Concluimos que el artículo 1196 [del Código Penal de Texas] al establecer como única excepción la de «salvar la vida de la madre», no es suficientemente claro en aras a informar al médico a quien se pretende proporcionar una guía de comportamiento profesional, sino que ha de medir su incierto significado al riesgo de su propia libertad, por lo que la ley no puede superar el canon de constitucionalidad debido a su imprecisión.»; véase Schwartz (1988: 117).

27 Durante el verano de ese año 1972, Blackmun estuvo documentándose en la biblioteca de la Clínica Mayo; Woodward y Armstrong (1981: 271).

28 Puede accederse a las grabaciones en audio de las dos vistas orales y a la transcripción escrita en <https://www.oyez.org/cases/1971/70-18> (consultado el 15.06.2022).

29 «La Constitución no menciona explícitamente ningún derecho a la intimidad. Sin embargo, en una serie de resoluciones que se remontan quizá a *Union Pacific R. Co v. Botsford*, 141 U.S. 250,251 (1891) el Tribunal ha reconocido que el derecho a la intimidad personal, o a garantizar ciertas áreas o zonas de intimidad, existe bajo la Constitución. En diversos contextos, el Tribunal o algunos de sus jueces han encontrado al menos raíces de tal derecho en la primera enmienda [...] en la cuarta y quinta enmiendas [...] en la novena enmienda [...] o en el concepto de libertad garantizado en el primer párrafo de la decimocuarta enmienda constitucional [...]. Estas resoluciones dejan claro que sólo 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 encuentre su base en el concepto de libertad personal de la decimocuarta enmienda y en las restricciones a la acción estatal, como creemos lo está, o, como el juzgado de distrito concluyó, en los derechos que el pueblo conserva según la novena enmienda, es lo suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer de terminar su embarazo.»

de la mujer a abortar, como manifestación del más amplio derecho a la intimidad, no era absoluto o ilimitado, en cuanto debía ponderarse con el incuestionable derecho que los estados tenían en proteger al *nasciturus*³⁰. En el décimo apartado de la sentencia se intentó trazar una frontera entre el derecho a la intimidad de la madre y el derecho del estado a intervenir por ley en el desarrollo del embarazo algo que, a modo de resumen, se sintetizó en el undécimo apartado de la sentencia, estableciendo una periodificación del embarazo por trimestres, teniendo la madre absoluta libertad de elección durante el primero para decidir si desea continuar o no con la gestación, libertad que va perdiendo progresivamente hasta poder quedar virtualmente suprimida en el tercero³¹.

Dos jueces tan ideológicamente dispares como B. White³² y W. Rehnquist, formularon sendos votos particulares que, pese a ser ambos de muy reducida extensión, coincidían en plantear abiertamente las dos objeciones de tipo jurídico frente a la sentencia. En primer lugar, sostenían que la constitución no contemplaba el derecho al aborto, y que el derecho a la intimidad en modo alguno podía extenderse hasta límites tales que permitiesen incluir en su seno la interrupción del embarazo³³ pues, como argumentó Rehnquist, en el momento de aprobarse la decimocuarta enmienda existían numerosos estados que contaban con legislación antiabortista, sin que de un examen analítico del procedimiento de elaboración de la citada enmienda constitucional se pudiese extraer que la misma tuviese como objeto impedir a los estados aprobar leyes contra la práctica de abortos. En segundo lugar, se imputaba a la sentencia un desbordamiento de los límites constitucionalmente impuestos a la función jurisdiccional, para adentrarse de lleno en

30 «La mujer no puede aislarse en su intimidad [...] es razonable y apropiado para un estado decidir en algún momento si debe considerar otro interés en disputa, como la salud de la madre o la potencial vida humana.»

31 «Una ley penal que tipifique el aborto de forma similar a como lo hace la vigente en el estado de Texas, que tan sólo excluye del tipo penal el realizado para salvaguardar de la vida de la madre, sin tener en cuenta el estado de gestación y sin reconocer los otros intereses afectados, vulnera la cláusula del proceso debido de la decimocuarta enmienda. Durante el periodo anterior a aproximadamente el final del primer trimestre, la decisión de abortar y su realización debe dejarse al juicio médico del facultativo que atienda a la mujer embarazada. Durante el periodo siguiente a aproximadamente el final del primer trimestre, el estado, al tener legítimo interés en preservar la salud de la madre, puede, si lo desea, regular el procedimiento para realizar abortos siempre que esté razonablemente vinculado a la salud de la madre. Durante el periodo siguiente a la viabilidad, el estado a la hora de promover su interés en la potencial vida humana puede, si lo desea, regular, e incluso proscribir el aborto excepto si es necesario, de acuerdo con el adecuado criterio médico, para la preservación de la vida o salud de la madre.»

32 Formalmente, el voto discrepante de White aparece incluido en la sentencia *Doe v. Bolton*.

33 William Rehnquist afirmó: «Veo difícil concluir, como hace el Tribunal, que el presente caso afecte a la «intimidad». Texas, en virtud de la ley cuestionada, proscribe que médicos colegiados practiquen abortos en personas tales como la demandante Roe. La conducta resultante de tal operación no es «intimidad» en el significado ordinario de tal palabra.» Byron White, por su parte, afirmaba que: «Nada encuentro en la historia y la letra de la Constitución que apoye los razonamientos de la sentencia. El Tribunal simplemente forja y anuncia un nuevo derecho constitucional para las madres embarazadas y, sin apenas motivos o autoridad para su acción, otorga a ese derecho entidad suficiente para dejar sin efecto la mayoría de las leyes estatales sobre el aborto.»

el ámbito de la legislación³⁴, y no deja de ser curioso que los *law clerks*³⁵ de los jueces, en su mayoría de simpatías liberales, tuvieron la misma sensación que Rehnquist y White (Woodward y Armstrong, 1981: 276).

El caso *Roe* ilustra a la perfección la lucha entre defensores del activismo judicial, representado por los siete jueces mayoritarios, y los partidarios del retraimiento, tesis defendida en los votos particulares. Pero evidencia también el fracaso de Nixon en su intento de finiquitar el activismo judicial, pues de los cuatro jueces que había elevado al Tribunal Supremo, tres de ellos (el propio *chief justice* Burger, el ponente H. Blackmun y L. Powell) formaron parte de la mayoría activista que apoyó la doctrina *Roe*.

Veintidós años y medio después de fallarse el asunto, el día 29 de junio de 1995, H. Blackmun efectuó un análisis personal del caso *Roe* en una grabación efectuada para el *Federal Judicial Center*³⁶. En ella calificó en varias ocasiones la sentencia de «controvertida», pero justo al principio efectuó una amarga reflexión en torno al vínculo que ya para siempre le ligó a dicho asunto: «De alguna forma me seguirá hasta la tumba, mas pienso que redacté sentencias en otros ámbitos del derecho y me gustaría ser recordado por ello tanto como por *Roe v. Wade*.» Y es que, pese a su casi cuarto de siglo de servicio activo como juez del Tribunal Supremo, H. Blackmun es recordado por haber sido el redactor material de la sentencia *Roe*, que pasó a convertirse en un símbolo.

2. *Doe v. Bolton*

El hermano «siamés» de *Roe* fue el caso *Doe v. Bolton*, no tan conocido quizá porque ambos se tramitaron de forma conjunta y la importancia de aquél oscureció la de éste. El caso *Doe* afectaba a la legislación penal del estado de Georgia, mucho más avanzada y permisiva que su homóloga tejana, lo que llevó a los jueces, incluso a los ultraliberales como William O. Douglas, a contemplar la

34 Así, Rehnquist sostuvo que: «La dramática anulación que el Tribunal efectúa de todas las restricciones a la práctica de abortos durante el primer trimestre es imposible de justificar, y la consciente ponderación de factores que la resolución del Tribunal aparentemente pasa a ocupar el lugar de la regulación establecida es más apropiado para un juicio legislativo que para uno judicial [...] La decisión de dividir el embarazo en tres fases distintas y delimitar las restricciones que puede establecer lícitamente el estado en cada una, por ejemplo, participa más de la legislación judicial que de verificar la intención de los redactores de la decimocuarta enmienda»; pese a ello, admitía que, de existir una norma que proscbiese todo aborto incluso si peligrase la vida de la madre, dicha regulación sí sería inconstitucional. Byron White no fue menos duro al respecto: «Como ejercicio tosco de función judicial, el Tribunal quizá tenga la autoridad para hacer lo que ha hecho hoy; pero en mi opinión, es un extravagante ejercicio de la facultad de *judicial review* otorgada por la Constitución a este Tribunal.»

35 Son estudiantes recién licenciados en Derecho que durante un año trabajan para un juez efectuando tareas de búsqueda de jurisprudencia, análisis jurídico y elaboración de borradores de sentencia. Muchos de los jueces del Tribunal Supremo fueron anteriormente *law clerks* de otros que los precedieron.

36 <https://www.c-span.org/video/?183168-1/justice-blackmun-roe-v-wade>.

regulación de forma mucho más comprensiva en las deliberaciones del caso (Schwartz, 1988: 85 y 93-101), expresando sus reservas más en la aplicación práctica de la ley que en su propio texto. La normativa en cuestión, aprobada a finales de los años sesenta y, por tanto, mucho más acorde a los tiempos, proscribía el aborto con carácter general, pero recogía tres excepciones en las cuales sería lícito hacerlo si mediaba el parecer favorable de un facultativo médico: en primer lugar, cuando la continuación del embarazo hiciese peligrar la vida de la madre o pudiese dañar de forma permanente su salud; en segundo lugar, cuando fuese evidente que el feto nacería con graves, permanentes e irremediables deficiencias de carácter físico o mental; y, por último, si el embarazo fuese resultado de una violación o agresión sexual.

La demanda que dio origen al asunto se presentó ante el juzgado federal de distrito de Georgia, donde la parte actora, S. Cano (a quien se protegió con el seudónimo de *M. Doe*) entabló su acción procesal frente a A. K. Bolton, *attorney general* de Georgia. Al igual que en el caso *Roe*, se articuló una pretensión declarativa y otra de condena. Respecto a la primera, se invocaron tanto la imprecisión de la normativa como la vulneración expresa de los derechos protegidos por la decimocuarta enmienda constitucional (no tan sólo por proscribir los abortos, sino por el hecho de que la regulación suponía discriminar a las mujeres pobres, así como a las que «*no fuesen blancas*» [sic]) a la vez que cuestionaba las exigencias legales que debían ostentar los facultativos que desarrollasen su labor en este campo. El día 31 de julio de 1970 el juzgado dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda³⁷, pues si bien declaró la inconstitucionalidad de la tipificación penal del aborto, avaló los requisitos impuestos a los profesionales; y, al igual que ocurrió en el asunto *Roe*, el juzgado rechazó estimar la pretensión condenatoria. El asunto fue apelado directamente ante el Tribunal Supremo (ciñendo el ataque a los aspectos de la ley que habían superado el canon de constitucionalidad en la instancia), y su tramitación fue paralela al asunto *Roe*.

La sentencia *Doe* se ciñó no a cuestiones sustantivas (ya abordadas en el caso *Roe*) sino a los requisitos impuestos tanto desde el punto de vista material a los sanitarios que debieran llevarlo a cabo, como los procedimentales relativos a los trámites que debían seguirse con carácter previo llevarse a cabo el aborto. Así, se declaró inconstitucional la exigencia de que el hospital donde se practicase el aborto debiese contar con la oportuna acreditación expedida por la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales³⁸ por tratarse de un requisito que no respondía a justificación alguna, si bien la sentencia precisaba que esa inconstitucionalidad «no implicaba que Georgia no pudiese o no debiese, desde y con posterioridad al final del primer trimestre, adoptar criterios para someter a

37 319 F.Supp. 1048 (1970).

38 La sentencia precisa que se trata de una «organización sin patrocinio o supervisión gubernamental» y que en el pleito «no se plantea cuestión alguna en relación con la integridad de la organización o a los altos fines del procedimiento de acreditación.»

licencia todos los centros donde se realicen abortos, siempre que los criterios estén legítimamente relacionados con el objetivo que el estado pretenda lograr». La inconstitucionalidad se predicó igualmente de la preceptiva intervención del comité hospitalario en estos casos, al considerar que suponía una «restricción indebida de los derechos y necesidades de la paciente que, en esta materia, ya ha sido aconsejada por su médico personal», motivo éste por el cual también se consideró que excedía del marco constitucional imponer que la decisión de abortar fuese avalada por el dictamen concurrente de dos médicos. La sentencia consideró también que, en este caso, la exigencia de que para abortar en Georgia hubiera de residirse efectivamente en dicho estado había de reputarse inconstitucional, pues «no se basa en política alguna tendente a reservar los centros públicos a los residentes en Georgia, dado que la prohibición también se aplica a los hospitales privados y a médicos particulares.»

La sentencia *Doe* prolongó así la tendencia al activismo judicial que había hecho gala su siamesa *Roe*.

III. LOS TEMPRANOS INTENTOS DE RECTIFICAR LA DOCTRINA *ROE*: EL PROGRESIVO EQUILIBRIO ENTRE ACTIVISMO Y RETRAIMIENTO

La importancia de la sentencia *Roe* fue tal, que algún autor afirma, quizá de forma algo exagerada, que existen dos categorías de asuntos en el Tribunal Supremo: la que engloba casos referentes al aborto y la que atañe al resto de materias (Toobin, 2008: 36). 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* (Beltrán de Felipe y González García (2006:430). No obstante, los casos surgidos a partir de 1973 no afectaron ya a la tipificación penal, sino a leyes que introducían requisitos procedimentales, financieros o técnicos para llevar a cabo los abortos (Hull y Hoffer, 2021: 195). La propia evolución de la sociedad, de la ciencia médica y, sobre todo, las modificaciones en la composición del Tribunal influyeron notablemente en los posteriores pronunciamientos jurisprudenciales³⁹.

Pese a los tempranos intentos de rectificarla, la doctrina *Roe* mantuvo incólume su núcleo esencial, si bien el Tribunal Supremo fue poco a poco sometiendo a cerco al declarar constitucionales las restricciones que, a nivel legislativo,

³⁹ Sobre el cambio estratégico en virtud del cual los litigios pasan a centrarse en cuestiones circundantes al aborto y a los efectos económicos del mismo más que a la prohibición, véase Ziegler (2020).

los estados fueron introduciendo para llevar a cabo un aborto. Se da, pues, una curiosa circunstancia: el máximo órgano judicial mantenía, en cuanto al fondo del asunto, su posición de activismo judicial, pero iba adoptando progresivamente una actitud de retraimiento al avalar la constitucionalidad de la legislación que imponía restricciones a la aplicación práctica de la realización de abortos.

1. El primer ataque indirecto: licitud de la eliminación de ayudas económicas para la realización de abortos

El 20 de junio de 1977 el Tribunal Supremo hizo públicas tres sentencias relativas a sendas regulaciones que, sin penalizar ni vedar de forma expresa el aborto, impedían que se destinasen fondos públicos para ayudar económicamente a mujeres embarazadas que desearan interrumpir su embarazo. Los tres casos fueron *Beal v. Doe*⁴⁰, *Maher v. Roe*⁴¹ y *Poelker v. Doe*⁴², que afectaban a normas aprobadas respectivamente por Connecticut, Pennsylvania y la ciudad de San Luis. Las dos primeras, redactadas por Lewis Powell, gozaron de una sólida mayoría de seis votos a favor y tres en contra, pues en ellas White y Rehnquist, los dos disidentes del caso *Roe*, lograron incorporar a su lado no sólo al *chief justice* Burger sino a los jueces P. Stewart y J.P. Stevens, quedando como discrepantes H. Blackmun, W. Brennan y T. Marshall. La última de las sentencias citadas contó sorprendentemente con una abrumadora mayoría de ocho a uno, pues aun cuando formalmente se exteriorizó como *per curiam* (sin reflejar de forma expresa al ponente) tan consta el voto discrepante de W. Brennan.

En la primera de las resoluciones citadas, el Tribunal concluyó que el programa *Medicare* (destinado a suministrar ayuda médica a población sin recursos) en modo alguno imponía a los estados la obligación de costear los abortos que se practicasen lícitamente, pero tampoco excluía que si lo deseasen pudiesen hacerlo, lo que implicaba fijar como doctrina jurisprudencial que la potestad de destinar ayudas públicas a estos fines era discrecional y no reglada⁴³. La segunda sentencia fue más allá, pues el Tribunal rechazó que la negativa a financiar abortos a través del

40 432 U.S. 438 (1977).

41 432 U.S. 464 (1977).

42 432 U.S. 519 (1977).

43 El razonamiento se basaba en una interpretación literal de la normativa aplicable, la cual «no hacía referencia alguna a abortos o a cualquier otro procedimiento médico concreto. En su lugar, la ley se ha redactado en términos tales que requieren a los estados que participen en el programa que ofrezcan ayuda financiera en relación a cinco amplias categorías de tratamientos médicos. Pero nada en la ley sugiere que los estados tuvieran que financiar cada procedimiento médico que caiga dentro de las categorías fijadas de cuidados sanitarios.» También rechazaba que la exclusión del aborto fuese algo excesivo o no superase el test de razonabilidad, entre otras cosas porque «el Departamento de Salud, Educación y Bienestar, la agencia encargada de la ejecución de esta compleja ley, mantiene que la misma permite, pero no impone, financiar tales abortos.»

programa *Medicare* vulnerase la decimocuarta enmienda constitucional⁴⁴, doctrina que extendió al tercero y último de los asuntos. Es de destacar el voto particular de Blackmun en el caso *Beal*, pues acusó al sector mayoritario de impedir en la práctica lo que *Roe* había declarado lícito, para lo que se valió de una célebre frase atribuida a M. Antonieta⁴⁵. Lógicamente, Blackmun se veía obligado a reconocer que los fondos públicos eran limitados y que, por tanto, debían distribuirse de forma que alcanzasen lo mejor posible las necesidades de la comunidad, pero apuntó que el coste de un aborto era infinitamente menor que el de cuidado maternal y no resistía comparación con los costes sociales para ayuda a los indigentes.

Así, cuatro años después de hacerse pública *Roe* sufrió un primer ataque, no en su núcleo esencial, pero sí en una de sus defensas exteriores, la negativa a sufragar con fondos públicos la práctica de abortos. El Tribunal Supremo ofrecía, pues, una tímida reacción al activismo judicial iniciando un moderado giro hacia el retraimiento. Lógicamente, a la vista de los nombramientos efectuados por presidentes republicanos, cabía preguntarse en esos momentos si la postura de retraimiento se mantendría tan sólo en los requisitos extramuros del núcleo doctrinal de *Roe* o se extendería hasta desautorizar la propia base de la sentencia, es decir, la vinculación del aborto con el derecho constitucional a la intimidad.

2. Dos ataques directos: *Roe* sobrevive *in extremis*

En los años ochenta diversos estados aprobaron una serie de leyes que, sin tipificar penalmente el aborto, elevaron aún más los requisitos para llevarlo a la práctica. Dichas leyes fueron objeto de impugnación, y su constitucionalidad debía ser avalada por un Tribunal Supremo en el cual se habían producido modificaciones sustanciales en su composición, al implicar la salida de jueces que habían formado parte de la mayoría *Roe*. En septiembre de 1981 S. Day O'Connor llegó al Tribunal Supremo para cubrir la vacante que dejó la dimisión de P. Stewart y en 1986 A. Scalia sustituyó a W. Rehnquist al ser éste promovido a

⁴⁴ Según el razonamiento de la sentencia: «La normativa de Connecticut no pone obstáculo (absoluto o de otro tipo) en el camino de la mujer embarazada para abortar. Una mujer sin recursos que desee abortar no sufre desventaja alguna a consecuencia de la decisión de Connecticut de financiar los partos; continúa como antes dependiendo de fuentes privadas para el objetivo deseado. El estado quizá haya hecho el nacimiento una alternativa más atractiva, incluyendo por tanto en la decisión de la mujer, pero no ha impuesto restricción alguna para acceder al aborto que no existiese con anterioridad. La pobreza que puede haber hecho difícil (y, en algunos casos, quizá, imposible) a algunas mujeres el abortar ni ha sido creada ni está influida en modo alguno por la legislación de Connecticut.»

⁴⁵ «El Tribunal reconoce la existencia de un derecho constitucional, pero deniega su realización y disfrute sobre la base de que existencia y realización son cuestiones separadas y distintas. Para las mujeres concretas afectadas, las pobres y económicamente débiles, como las tres sentencias del Tribunal reconocen son, el resultado es punitivo y trágico. Implícita en las sentencias se encuentra la idea de que pueden acudir a cualquier otro lugar para el aborto. Lo considero falso y alarmante, casi una reminiscencia del «pues que coman pasteles»

chief justice. Scalia no sólo abogaba por una interpretación «originalista» de los textos jurídicos, sino que era un ardiente partidario del retraimiento judicial y de otorgar deferencia a las regulaciones efectuadas a nivel legislativo, de ahí que fuese presumible que los votos de ambos jueces se incorporasen a los disidentes originales del caso *Roe*. Caso que tuvo, por cierto, una importancia decisiva en 1987 en el proceso de confirmación senatorial de R. Bork y en el rechazo final a su candidatura, siendo finalmente A. Kennedy quien sustituyó a L. Powell. A finales de 1988, era plausible que a Rehnquist y White se incorporasen a la oposición a *Roe* los jueces Stevens, O'Connor, Scalia y Kennedy.

El 15 de junio de 1983, en la sentencia *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*⁴⁶, el Tribunal Supremo hubo de enfrentarse a la impugnación de una normativa aprobada por la ciudad de Akron (Ohio) estableciendo varios requisitos formales y de procedimiento que afectaban de lleno a la realización práctica de abortos. La sentencia, aun cuando declaró la inconstitucionalidad, reconoció ya en sus párrafos iniciales lo controvertido del asunto, si bien optó por respetar el principio *stare decisis* aun cuando tal argumento no fuese quizá el más indicado en este tipo de casos⁴⁷. No obstante, dejó abierta la posibilidad que los estados pudiesen aprobar válidamente normas que estableciesen requisitos para la práctica de abortos efectuados incluso durante el primer trimestre del embarazo, siempre y cuando estuviesen justificadas y no tuviesen un impacto significativo en el ejercicio por la mujer del derecho que la sentencia *Roe* había reconocido. El Tribunal mantenía, pues, su tendencia activista, pero por vez primera se explicitaba que lo hacía con menos convicción que en *Roe*, insinuando ya abiertamente la posibilidad que en futuros casos el máximo órgano judicial no fuese tan generoso en su interpretación.

2.1. *Webster v. Reproductive Health Service*⁴⁸

En junio de 1986, el estado de Minnessota aprobó una ley en cuyo preámbulo se afirmaba que «*la vida humana se inicia en la concepción*», estableciendo en su contenido que los concebidos y no nacidos gozarían de los mismos derechos que el resto de personas. Además, disponía que en los supuestos donde el médico tuviese

⁴⁶ 462 US 416 (1983).

⁴⁷ «Este tipo de asuntos llegan a nosotros una década después de afirmar en nuestra sentencia *Roe v. Wade* que el derecho a la intimidad inserto en el concepto de libertad personal garantizado por la Constitución incluye el derecho de la mujer a decidir si terminar su embarazo. Las respuestas legislativas a la resolución del Tribunal han requerido que, en diversas ocasiones, al igual que hoy, definamos los límites de la autoridad del estado para regular la práctica de abortos. Y se continúa argumentando, en estos casos también, que erramos al interpretar la Constitución. Sin embargo, la doctrina del *stare decisis*, aun cuando quizá nunca del todo persuasiva en una cuestión constitucional, es una doctrina que merece respeto en una sociedad regida por el estado de derecho. La respetamos hoy y reafirmamos *Roe v. Wade*.»

⁴⁸ 492 US 490 (1989).

base para sospechar que la mujer se encontraba en la vigésima o posterior semana de embarazo, debía comprobar (a través de las pruebas médicas necesarias) si el feto era viable. También proscribía que se utilizasen medios públicos con el objetivo de aconsejar o incitar a una mujer a abortar. Varios profesionales sanitarios y dos organizaciones sin ánimo de lucro impugnaron judicialmente dicha norma, y tanto el juzgado de distrito como el Tribunal de Apelaciones del Octavo Circuito estimaron la demanda declarando inconstitucional tanto el preámbulo como de las restricciones. Cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo, éste fijó como cuestión jurídica a resolver si dichas restricciones vulneraban el derecho a la intimidad reconocido en la decimocuarta enmienda.

En la vista oral, que tuvo lugar el día 26 de abril de 1989, si bien W. Webster, *attorney general* de Minnesota (que se encargó personalmente de la defensa del estado ante el Tribunal Supremo) mantuvo su argumentario dentro de los parámetros de *Roe* al sostener que los requisitos impuestos en la legislación impugnada no desbordaban el marco jurídico establecido en tal sentencia, Ch. Fried, *solicitor general* de los Estados Unidos que intervenía en el proceso como *amicus curiae*, solicitó expresamente al Tribunal la rectificación de la doctrina *Roe*, amparándose en los argumentos jurídicos del voto disidente de Rehnquist⁴⁹. Era la primera ocasión desde la sentencia *Roe* que se planteaba abiertamente al Tribunal Supremo su rectificación.

El día 28 de abril de 1989 tuvo lugar la deliberación de los jueces sobre el caso, y cinco de ellos (Rehnquist, White, O'Connor, Scalia y Kennedy) optaron por avalar la constitucionalidad de la ley. El *chief justice* se atribuyó la ponencia y elaboró un primer borrador de sentencia en mayo⁵⁰, donde extremaba la postura de retraimiento dado que no sólo avalaba la constitucionalidad de las restricciones impuestas por la ley aplicable, sino que iba más allá al rectificar el propio núcleo esencial de *Roe*. No obstante, aun cuando Rehnquist logró conservar el apoyo de los cuatro jueces para revocar los pronunciamientos del Tribunal de Circuito en lo referido a la conformidad del texto legal a la constitución, no logró mantener el apoyo para restringir aún más la doctrina *Roe*, pues O'Connor y Kennedy rehusaron ir tan lejos. Rehnquist, que en otro tipo de asuntos no tenía reparos en renunciar a su criterio personal en aras de lograr una mayoría sólida que reforzase la posición del Tribunal⁵¹, rechazó hacerlo en materias que consideraba

49 Fried no dejó margen alguno para la duda: «Hoy, los Estados Unidos solicitan a este tribunal que reconsidere y deje sin efecto su sentencia *Roe v. Wade* [...] Lo que es necesario es que el Tribunal devuelva a los legislativos una oportunidad, en cierta medida sustancial, para que manifiesten sus preferencias, que el Tribunal reconozca deben expresar, acerca del nacimiento sobre el aborto, y *Roe v. Wade* se constituye como una significativa barrera para ello»; la grabación de la vista oral y su transcripción en <https://www.oyez.org/cases/1988/88-605>. (consultado el 17.06.2022).

50 El borrador y las reacciones de los restantes jueces en Schwartz (1996: 266-332).

51 Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428 [2000]) donde Rehnquist fue quien redactó la sentencia que reafirmaba expresamente la doctrina del célebre *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 [1966]) de la que se había mostrado contrario.

esenciales, siendo el aborto una sobre la que no deseaba transigir, de ahí que no mudase su posición al respecto aun a costa de pasar a la minoría.

La sentencia *Webster* se hizo pública el 3 de julio de 1989. En primer lugar, consideró que el Tribunal de Apelaciones erró al anular el preámbulo, pues el mismo carecía de efectos jurídicos directos y, puesto que el mismo podía servir de canon interpretativo para otras leyes estatales, eran los tribunales del estado quienes deberían pronunciarse al respecto⁵². En lo referente a la proscripción del uso de medios públicos para la realización de abortos y a vedar a los facultativos que prestasen servicios en hospitales públicos de realizar o colaborar dicha tarea, el borrador, tras citar de forma expresa los precedentes de los casos *Maber* y *Poelker*, concluyó que: «No existe precepto en la Constitución que imponga a los estados adentrarse o mantenerse en la tarea de realizar abortos. Ni, como sugieren los apelados, los médicos privados o sus pacientes tienen alguna clase de derecho constitucional de acceder a medios públicos para la realización de abortos». Fue el último de los apartados de la sentencia (el II-D), respecto a la obligación de verificar la viabilidad del feto si el médico tuviese motivos para creer que el embarazo superaba las veinte semanas, el que había despertado más controversia, pues en este punto, Rehnquist había tratado de dejar sin efecto la doctrina *Roe* aunque sin reconocerlo de forma expresa e incluso afirmando en los párrafos finales que se mantenía aunque restringiéndola⁵³. Por ello, este apartado tan sólo expresaba el parecer de «una mayoría» del Tribunal, y no una doctrina vinculante de éste. La previsión controvertida, es decir, la necesidad de efectuar pruebas médicas tendentes a acreditar la viabilidad, creando una presunción *iuris tantum* de que dicha circunstancia concurre una vez superadas las veinte semanas, responde a «la promoción del interés estatal en la potencial vida humana en vez de en la salud de la madre». Rehnquist tuvo palabras muy duras para el núcleo doctrinal del caso *Roe* (llegando a calificar de «rígida» la periodificación por trimestres y a la que imputa la conflictividad jurídica⁵⁴) y retoma las ideas que había

52 No obstante, se dejaba la puerta abierta a una futura intervención de los órganos federales: «Tiempo habrá para que los tribunales afronten el significado del preámbulo si se aplica para restringir en cualquier forma la actividad de los apelados. Hasta ese momento, este Tribunal «no está facultado para decidir... cuestiones abstractas, o para establecer, a efectos de regir futuros casos, principios o normas jurídicas que no pueden afectar al resultado del litigio concreto a resolver.»

53 «Los hechos del presente asunto difieren de los de *Roe*. Aquí, Missouri estableció que la viabilidad es el momento en el que debe situarse el interés en salvaguardar una potencial vida. En *Roe*, por otra parte, la ley penalizaba la realización de todo tipo de abortos, excepto cuando peligrase la vida de la madre. Este caso no ofrece ocasión para abordar el razonamiento de *Roe*, según el cual la normativa de Texas era inconstitucional por vulnerar el derecho al aborto que se infería de la cláusula del proceso debido, razonamiento que mantenemos intacto. En los términos indicados en la fundamentación, modificamos y restringimos *Roe* y los ulteriores casos.» Tal párrafo, que aparecía ya en el borrador, se mantuvo en la sentencia final.

54 «Pensamos que la duda planteada en torno a la ley de Missouri no es tanto una carencia de la ley como un reflejo del hecho que la rígida división en trimestres del curso del embarazo fijada en *Roe* resultó en una serie de casos haciendo que en esta materia el derecho constitucional se convierta virtualmente en un lecho de Procusto.»

expuesto tres lustros antes en su voto particular, es decir, que no existía precepto constitucional en el que vincular jurídicamente el derecho al aborto⁵⁵. A ello añadía que el interés del estado no tenía por qué entrar en juego tan sólo en el momento de la viabilidad, implicando, sin que, por ello, «debiese existir una rígida línea permitiendo al estado la regulación tras la viabilidad pero prohibiéndola con anterioridad.» Rehnquist también dió tajante respuesta a dos de las acusaciones efectuadas por Blackmun⁵⁶.

La sentencia contó con diversos votos particulares. El concurrente de Scalia paradójicamente coincidía en su diagnóstico con el disidente de Blackmun, al considerar que el apartado II-D de la sentencia en la práctica dejaba sin efecto *Roe*. No obstante, mientras Scalia consideraba que *Roe* debía rectificarse formalmente basándose en los mismos razonamientos expuestos en su día por Rehnquist, Blackmun defendió con vehemencia el fruto de su trabajo, lo que le llevó a realizar afirmaciones que excedían del límite de la discrepancia para convertirse en gravísimas imputaciones. Blackmun mantenía intacta su creencia en el principio según el cual la mujer tenía un derecho constitucional a interrumpir su embarazo, derecho que la normativa impugnada en el caso, a su entender, conculcaba. Pero añadía una aguda observación: pese a que formalmente la doctrina *Roe* había sobrevivido en el texto, en la práctica no era así.

2.2. *Planned Parenthood v. Casey*

Si en algún momento la sentencia *Roe* corrió serio peligro fue a principios de los años noventa. Ocho de los nueve jueces que integraban por entonces el Tribunal Supremo (el *chief justice* Rehnquist, Blackmun, Stevens, O'Connor, Scalia, Kennedy, Souter y Thomas) habían sido propuestos por republicanos, y el único que había llegado a instancias de un demócrata, Byron White, era uno de los

55 «...el rígido basamento de *Roe* es difícilmente ajustado a la noción de una Constitución redactada en términos y principios generales, como es la nuestra. Los elementos fundamentales de la doctrina *Roe* —trimestre y viabilidad— no se encuentran en el texto de la Constitución ni en cualquier lugar donde uno pudiera esperar encontrar un principio constitucional. Dado que los límites de la búsqueda son esencialmente indeterminados, el resultado ha sido una maraña de principios legales que se han incrementado su complejidad, asemejándose a un código normativo más que a un cuerpo de doctrina constitucional.»

56 «El juez Blackmun nos acusa, inter alia, de cobardía e ilegitimidad al tratar «el asunto doméstico más políticamente controvertido de nuestro tiempo» No hay duda que nuestra resolución permitirá algunas regulaciones en torno al aborto que habrían estado proscritas con base en casos como *Colautti v. Franklin* y *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. Pero el fin de la regulación constitucional con seguridad no es retirar inexorablemente los asuntos «políticamente controvertidos» del ámbito del proceso legislativo donde el pueblo a través de sus representantes electos lo aborda. El fin de la regulación constitucional es mantener equilibrada la balanza entre lo que la Constitución sitúa fuera del ámbito del proceso democrático y lo que no. Pensamos que así hemos actuado hoy. La sugerencia del juez Blackmun de que los cuerpos legislativos, en una nación donde más de la mitad de nuestra población son mujeres, tratará nuestra sentencia como una invitación para aprobar normativa sobre el aborto similar a la de las épocas oscuras no sólo malinterpreta nuestro parecer, sino que hace escasa justicia tanto a quienes sirven a dichos cuerpos como al pueblo que los ha elegido».

discrepantes originarios del caso *Roe*. Contando lógicamente con que Blackmun se opondría a todo intento de rectificar una doctrina de su autoría, todo apuntaba a una sólida mayoría para revocar o, cuando menos, reducir a la mínima expresión el núcleo de *Roe*, logrando así poner fin al activismo judicial. De hecho, el 23 de mayo de 1991, Rehnquist logró que una mayoría de cinco jueces avalase en la sentencia *Rust v. Sullivan*⁵⁷ la constitucionalidad de una normativa del Departamento de Salud que impedía a quienes percibiesen fondos federales realizar actividades que implicasen de alguna manera aconsejar a mujeres para que abortasen. Tal era el estado de cosas cuando el asunto *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵⁸ llegó al Tribunal Supremo en 1992.

La normativa objeto de controversia en el asunto *Casey* era la aprobada por el estado de Pennsylvania en el año 1988, a instancias del gobernador estatal Robert Casey Sr., un demócrata que, no obstante, era detractor del aborto. Entre los requisitos que se imponían para realizar un aborto se encontraba que el médico debía informar específicamente a la mujer con una antelación mínima de 24 horas; a las mujeres casadas se les exigía acreditar que habían comunicado a sus maridos la decisión de poner fin al embarazo, y, en el caso de las menores de edad se exigía obtener el consentimiento de al menos uno de los dos progenitores. El 24 de agosto de 1990 el juzgado federal del distrito este de Pennsylvania anuló todas las previsiones al entender que contradecían la doctrina *Roe*, si bien el 21 de octubre de 1991 el Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito estimó en parte la impugnación, manteniendo tan sólo la inconstitucionalidad del requisito impuesto a las mujeres casadas de informar a sus cónyuges⁵⁹.

El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso frente a la resolución del Tribunal de Apelaciones y fijó para el día 22 de abril de 1992 la vista oral del caso. Kathryn Kolbert, en defensa de los recurrentes, se refirió al derecho al aborto como «fundamental» argumentando que, si había de permanecer así tal y como se estableció en *Roe*, debían anularse todas las restricciones; lo contrario implicaba: «suprimir la protección fundamental del derecho al aborto, obligando de nuevo a las mujeres a acudir a tugurios para obtener cuidados médicos, con graves consecuencias para su vida y su salud». Ernst Preate, encargado de defender a Pennsylvania, mantuvo que los requisitos impuestos eran plenamente constitucionales, sin considerar que fuese preciso rectificar la doctrina *Roe*, «excepto para confirmar que no otorga un derecho absoluto al aborto libre, sino un derecho limitado sujeto a las regulaciones estatales», aprobadas para asegurar los legítimos objetivos y fines del estado. Kenneth Starr, que representaba a los Estados Unidos, justificó los legítimos intereses estatales en proteger al *nasciturus*⁶⁰.

57 500 US 173 (1991).

58 505 US 833 (1992).

59 947 F.2d 682 (3d Cir. 1991).

60 La grabación en audio y la transcripción de la vista oral del caso en <https://www.oyez.org/cases/1991/91-744> (consultado el 27.06.2022). Por cierto, que el juez Stevens preguntó de forma expresa a

En la deliberación, si bien tan sólo Stevens y Blackmun optaron por considerar inconstitucionales las restricciones, entre los siete jueces mayoritarios no había un acuerdo relativo a derogar de forma expresa *Roe*, pues O'Connor, Kennedy y Souter aun considerando lícita la normativa impugnada, no deseaban anular el fondo de *Roe*. Rehnquist, se asignó la ponencia, y el día 27 de mayo distribuyó un primer borrador en el que afirmaba: «*El Tribunal erró en Roe cuando describió como derecho fundamental la decisión de una mujer de terminar su embarazo*». No obstante, una maniobra final de David Souter (Toobin, 2008: 47-55) logró atraer a O'Connor y Kennedy a un término medio (Hull y Hoffer, 2021: 251), que sin llegar a derogar formalmente *Roe* tampoco logró atraerse totalmente a los discrepantes. La sentencia final, hecha pública el 29 de junio de 1992 tiene dos partes claramente diferenciadas. En la primera, se reafirma explícitamente la doctrina *Roe* en el sentido de vincular la libre decisión de la mujer a interrumpir el embarazo con el derecho a la intimidad reflejado en la decimocuarta enmienda constitucional, si bien liquidó la periodificación en trimestres. La segunda, rectificó el pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones, y avaló la constitucionalidad de las restricciones impuestas por la normativa estatal, con la excepción de la obligación de informar al cónyuge de la decisión de abortar.

En la fundamentación de la sentencia se incluyen párrafos que exceden de lo propiamente jurídico para reconocer la naturaleza controvertida de la materia y, sorprendentemente, afirmar que algunos de los jueces que avalaban *Roe* eran personalmente contrarios al aborto, dado que en cuanto en el fondo implica pronunciarse sobre el propio comienzo de la vida⁶¹, apuntando también a las consecuencias que el asunto despliega en múltiples direcciones⁶². No obstante, hay un párrafo clave en la sentencia que reconocía la debilidad de los lazos que aún mantenían a *Roe* como doctrina jurisprudencial en vigor: «*Aunque reconocemos el peso de los argumentos realizados por la defensa del Estado, que en última instancia concluye que Roe debe dejarse sin efecto, las reservas que cualquiera de nosotros pueda tener a*

Starr por el precepto concreto («*textual basis*») de la constitución que justificaba el interés del estado en lo que «*no es una persona en los términos de la decimocuarta enmienda*». El argumento de Stevens era, en efecto, válido, pero era exactamente el mismo que los detractores de la sentencia *Roe* imputaban a ésta: la ausencia de base constitucional alguna en la que apoyarse.

61 «Hombres y mujeres de buena fe pueden discrepar, y suponemos que algunos siempre discreparán, sobre las profundas implicaciones morales y espirituales de terminar un embarazo incluso en su fase inicial. Algunos de nosotros, como particulares, encontramos el aborto ofensivo a nuestros más básicos principios de moralidad, pero ello no puede influir en nuestra decisión. Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral [...] En el corazón de la libertad está el derecho de cada uno a definir su propio concepto de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana.» La referencia a la oposición personal al aborto apunta claramente a Anthony Kennedy, católico practicante.

62 «*El aborto es un acto único. Es un acto pleno de consecuencias para otros: para la mujer que debe vivir con las implicaciones de su decisión; para la persona que lo realiza y asiste en el procedimiento; para el cónyuge, familia y sociedad que deben confrontar el conocimiento que estos procedimientos existen, que algunos lo consideran poco menos que un acto de violencia frente a una inocente vida humana; y, dependiendo de sus propias creencias, para la vida o potencial vida que el aborto liquida.*»

la hora de confirmar el núcleo central de Roe quedan sobrepasadas por el concepto de libertad personal combinada con el principio stare decisis.»

En otras palabras, se explicitaba que los razonamientos ofrecidos por los detractores de *Roe* no sólo no carecían de fundamento, sino que parecían haber calado en algunos de los jueces hasta el punto de constatar que incluso entre quienes *in extremis* optaron por confirmar la doctrina lo hicieron albergando ciertas dudas. No obstante, el mantenimiento del núcleo central de *Roe* no implicó mantener intacto el basamento de la periodificación en trimestres, pues los avances en el campo de la medicina permitían realizar abortos más seguros en fases avanzadas del embarazo y adelantar el momento en el que debía situarse la viabilidad, que pasó a ser el elemento determinante que permite al estado tipificar válidamente como delito la práctica de abortos. Por ello, la sentencia *Casey* finalizaba con el siguiente pronunciamiento: «(a) Para proteger el derecho fundamental reconocido en *Roe v. Wade* y al mismo tiempo acomodarlo con el profundo interés del estado en la potencial vida, se utilizará el criterio de «restricciones indebidas», que existirán y, por tanto, la normativa reguladora será inválida, cuando su propósito y efecto no tenga otro objeto que ubicar un obstáculo sustancial en el camino de la mujer que desee realizar un aborto previamente a que el feto sea viable. (b) Rechazamos la rígida división en trimestres de *Roe v. Wade*. Para promover el profundo interés del estado en la potencial vida, el estado puede adoptar medidas para asegurarse que la elección de la mujer se hace teniendo la debida información, y las medidas designadas para lograr este interés no serán anuladas siempre que su propósito sea persuadir a la mujer que elija el parto al aborto. Estas medidas no deben suponer una restricción indebida al derecho. (c) Como en cualquier procedimiento médico, el estado puede aprobar normativas para asegurar la salud y seguridad de la mujer que desee abortar. Las regulaciones innecesarias que tengan el propósito o efecto de suponer un obstáculo sustancial a la mujer que desee realizar un aborto implicarán una restricción indebida. (d) La adopción del criterio de las «restricciones indebidas» no perturban el núcleo esencial de *Roe v. Wade*, que confirmamos. Sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse para casos concretos, un estado no puede privar a la mujer de su decisión de poner fin al embarazo antes de que se produzca la viabilidad. (e) También confirmamos el aserto de *Roe* según el cual «con posterioridad a la viabilidad, el estado a la hora de promover su interés en la potencial vida humana puede, si lo desea, regular, e incluso proscribir el aborto excepto si es necesario, de acuerdo con el adecuado criterio médico, para la preservación de la vida o salud de la madre.»

El *chief justice* Rehnquist formuló un voto particular (al que se adhirieron White, Scalia y Thomas) criticando a la sentencia que no diese el último paso, al sostener que, en su opinión, la doctrina *Roe* era errónea y por ello debía rectificarse. Por su parte, H. Blackmun, aun cuando elogió la valentía de O'Connor, Kennedy y Souter por mantener el núcleo esencial de *Roe*, finalizó su voto discrepante con una premonición no demasiado optimista: «En cierto sentido, la

conclusión del Tribunal se encuentra a un mundo de distancia de la del chief justice y Scalia. Pero en otro, la distancia entre ambos es bien corta: un solo voto. Tengo 83 años. No permaneceré en este Tribunal para siempre, y cuando lo abandone, el proceso de confirmación de mi sucesor bien podrá centrarse en el asunto hoy ante nosotros. Eso, me temo, será exactamente la elección que deba realizarse entre esos dos mundos.»

Los nombramientos efectuados por los presidentes republicanos Reagan y Bush padre no lograron el objetivo perseguido desde Nixon, es decir, rectificar una sentencia que se consideraba un ejercicio abusivo de activismo judicial, mas permitieron un serio avance en la dirección contraria al iniciar una línea jurisprudencial más deferente con la normativa regulatoria que imponía requisitos procedimentales y materiales para llevar a efecto la interrupción del embarazo. La balanza entre activismo judicial y retraimiento, que a principios de los años setenta se inclinaba claramente hacia el primero, fue poco a poco variando al añadirse peso en el segundo platillo de la balanza, hasta llegar a un predominio del retraimiento, pero sin llegar aún al extremo de desautorizar el ejercicio de activismo judicial que había supuesto *Roe*.

IV. LA SITUACIÓN EN EL AÑO JUDICIAL 2021-2022: LA RECTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA ROE

Tras la resolución del asunto *Casey*, los acontecimientos parecieron disipar los temores de Blackmun. En junio de 1993 B. White, uno de los jueces discrepantes en el caso *Roe*, manifestó su intención de renunciar, permitiendo al demócrata Clinton la designación de su sucesor, a cuyo efecto fue propuesta R. Bader Ginsburg, una ardiente partidaria del derecho a decidir, aunque discrepaba del razonamiento jurídico en el que se había basado *Roe*. Y cuando el propio Blackmun se retiró en 1994, fue sucedido por Stephen Breyer, quien compartía igualmente el núcleo esencial de *Roe*. Pese a existir tan sólo dos magistrados nombrados por demócratas (Ginsburg y Breyer), de los siete que habían accedido nombrados por mandatarios republicanos únicamente tres (Rehnquist, Scalia y Thomas) eran partidarios de rectificar la doctrina *Roe*, pues los cuatro restantes (Stevens, O'Connor, Kennedy y Souter) defendían mantenerla. Los nombramientos efectuados en 2006 por Bush hijo no modificaron el *status quo* del Tribunal Supremo, dado que Rehnquist fue sustituido por J. Roberts y O'Connor por S. Alito, por lo que aún se estaba a un voto de alcanzar una mayoría contraria. No obstante, el cambio de O'Connor por S. Alito ya dejó sentir su influencia. El 29 de junio de 2000, en la sentencia *Stenberg v Carhart*⁶³, el Tribunal Supremo, por una exigua mayoría de cinco votos frente a cuatro (con O'Connor como voto decisivo) había declarado la

63 530 US 914 (2000).

inconstitucionalidad de una ley de Nebraska que tipificaba como delito el *parcial birth abortion* (procedimiento por el que se extrae el feto del útero), apoyándose expresamente en *Roe* y *Casey*. Seis años después, en abril de 2006, a la hora de enfrentarse a la impugnación de normativa federal aprobada en el mismo sentido⁶⁴, el Tribunal Supremo en su sentencia *Gonzales v. Carhart*⁶⁵ avaló la constitucionalidad con la misma mayoría, siendo el voto decisivo para la mutación jurisprudencial precisamente el de S. Alito, sucesor de O'Connor.

Cuando B. Obama eligió a Sonia Sotomayor para reemplazar a D. Souter y a E. Kagan como sustituta de Stevens, la situación de precario equilibrio se mantuvo intacta. La situación pudo haber dado un vuelco notable en 2016 al fallecer súbitamente A. Scalia, pues Obama, tras mantener un respetuoso duelo por el juez fallecido, propuso a M. Garland como sucesor, lo que hubiera supuesto reforzar el ala liberal del Tribunal Supremo con un quinto juez. No obstante, el Senado, controlado por los republicanos, rehusó iniciar el procedimiento de confirmación de Garland⁶⁶. Ese movimiento senatorial permitió al nuevo presidente, el republicano D. Trump proponer a N. Gorsuch, que mantenía sobre el particular el mismo criterio que Scalia.

El primer signo que hizo saltar las alertas entre los defensores de *Roe* fue la decisión de A. Kennedy en 2018 de renunciar a su puesto, lo que permitió proponer a B. Kavanaugh, quien logró el voto favorable del Senado tras un procedimiento senatorial que derivó en grotesco espectáculo circense debido a la presentación de varias denuncias por comportamiento sexual inapropiado (que se revelaron ulteriormente falsas) con el único objetivo impedir que un juez opuesto a *Roe* llegara al tribunal alterando el equilibrio en favor de los detractores⁶⁷. Con la incorporación de Kavanaugh serían, por tanto, cinco potenciales votos favorables a dejar sin efecto *Roe*, aunque la posición del *chief justice* Roberts no era del todo clara y no podía considerarse que la situación fuese aun totalmente desesperada para los partidarios de la controvertida sentencia.

La situación dio un giro de ciento ochenta grados cuando a menos de quince días de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos iniciase su año judicial 2020-2021, R. Bader Ginsburg, la juez más veterana del sector liberal y partidaria defensora del derecho a decidir, falleció el 18 de septiembre de 2020. Aun cuando el óbito se produjo a menos de mes y medio de los comicios presidenciales, los republicanos no dejaron pasar la ocasión, y de forma incongruente con su

⁶⁴ La *Act to prohibit the procedure commonly known as partial-birth abortion*, cuya denominación abreviada es *Partial Birth Abortion Act*.

⁶⁵ 550 US 124 (2007).

⁶⁶ El juzgado federal del Distrito de Columbia en el 16 de noviembre de 2016 en la sentencia *Mitchell v. McConnell*. Inadmitió la demanda de un particular que pretendía forzar al Senado a tramitar el procedimiento de confirmación.

⁶⁷ Sobre este punto, es de obligada lectura la crónica que sobre el proceso de confirmación de Kavanaugh realizaron Hemingway y Severino (2019).

comportamiento de cuatro años antes, en un procedimiento fugacísimo, el Senado confirmó a A. Coney Barrett. Durante el procedimiento de confirmación Barrett fue requerida en numerosas ocasiones para que expresase su opinión sobre *Roe*, aunque logró evadirse con bastante soltura⁶⁸, si bien algunos de los principales medios de comunicación difundieron ya que *Roe* corría serio peligro dado que la incorporación de Barrett implicaba la existencia de una sólida mayoría de cinco jueces opuestos a *Roe*, que podría incluso elevarse a seis de contar con el *chief justice* Roberts. Tan arraigada estaba esa certidumbre que un asunto como el aborto, cuya regulación se mantuvo siempre en manos estatales, llegó al Congreso de los Estados Unidos a través de un proyecto de ley que trataba de regular la materia a nivel federal⁶⁹.

A escasos meses de llegar al medio siglo, *Roe* corría ya serio peligro.

1. *Whole Woman's Health v. Jackson*

En mayo de 2021 Texas aprobó la *Act relating to abortion, including abortion of an unborn child's heartbeat; authorizing a private civil right of action*, norma cuya denominación abreviada es *Texas Heartbeat Act*. Dicha ley se caracteriza por dos notas esenciales. En primer lugar, tipifica como delito cualquier interrupción del embarazo desde el momento en que se detecta latido fetal, definido en la norma como «actividad cardíaca o contracción rítmica repetitiva y fija del corazón del feto dentro del útero», lo que se produce en un momento ciertamente anterior al establecido en *Roe* como determinante de la viabilidad. En segundo lugar, por facultar a cualquier particular, sin necesidad de acreditar derecho subjetivo o interés legítimo alguno, para iniciar una acción procesal contra cualquier persona que practique un aborto o contribuya a ello, con el aliciente de que en caso de prosperar la acción podría obtener de la persona declarada culpable una recompensa de al

68 Así, por ejemplo, al ser preguntada si *Roe v. Wade* podía considerarse una doctrina de «larga tradición» al estar próxima a cumplir el medio siglo, respondió que «no me consta ningún asunto resuelto por el Tribunal Supremo donde se defina el término «larga tradición» en este contexto particular, pero el núcleo de la doctrina *Roe* que atañe al derecho de una mujer a terminar su embarazo ha sido confirmado por el Tribunal en numerosas ocasiones» y al ser preguntada acerca de la posibilidad de que los estados tipificasen como delito el aborto si la doctrina *Roe* era derogada, respondió que: «como juez en activo y como candidata propuesta, no consideraría apropiado ofrecer una respuesta sobre cuestiones legales abstractas o hipotéticas»; respuesta de Amy Coney Barret a las preguntas de los senadores, páginas 6 y 65. Puede accederse al documento a través de la página web del Comité Judicial del Senado, a través del siguiente enlace: <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/nomination-of-the-honorable-amy-coney-barrett-to-be-an-associate-justice-of-the-supreme-court-of-the-united-states> (consultado el 15.06.2022).

69 En junio de 2021, J. Chu, representante por California, presentó en el Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes un proyecto de ley denominado *An Act to protect a person's ability to determine whether to continue or end a pregnancy, and to protect a health care provider's ability to provide abortion services*. El texto de la iniciativa puede encontrarse en <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3755/text> (consultado el 28.08.2022).

menos diez mil dólares. Ello implicaba que no sólo las autoridades estatales o locales, sino cualquier ciudadano quedaba facultado para convertirse en guardián de la ley, premiándole en el caso de que logre acreditar la práctica de abortos con una nada despreciable cantidad.

El 30 de agosto de 2021, se interpuso una solicitud de medida cautelar (en un escrito de cuatrocientas páginas de extensión) ante S. Alito, juez del Tribunal Supremo que tiene asignada la supervisión del Quinto Circuito de Apelaciones, en el que se encuentra incluido el estado de Texas, dando inicio así al asunto *Whole Woman's Health v. Jackson*. El 1 de septiembre, el Tribunal Supremo rechazó adoptar la medida⁷⁰, por lo que la normativa estatal tejana entró en vigor. El Tribunal Supremo dictó sentencia sobre el caso el día 10 de diciembre de 2021, pero no entró en el fondo, limitándose a declarar la falta de legitimación pasiva de algunos de los recurridos, y autorizando que el pleito continuase en la instancia frente a los restantes⁷¹.

2. *Dobbs v. Women's Health Organization*

Uno de los asuntos que debía resolver el Tribunal Supremo durante el año judicial 2021-2022 era el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, que abordaría la constitucionalidad de la *Gestational Age Act* aprobada en 2018 por el estado de Mississippi. Dicha normativa proscibía con carácter general la práctica de abortos cuando el embarazo superase las quince semanas de gestación, salvo casos de emergencia médica o «anormalidad fetal severa»⁷². Al entrar en vigor la ley, una clínica abortista y uno de sus médicos entablaron un pleito por considerarla inconstitucional, logrando obtener un pronunciamiento favorable tanto en el juzgado de distrito como en el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito. Cuando en junio de 2020 el recurrente presentó su escrito de interposición de *certiorari* ante el Tribunal Supremo, planteó tres cuestiones jurídicas a resolver, entre las cuales destacan la primera («si ha de considerarse inconstitucional la prohibición de realizar abortos en momentos anteriores a la viabilidad») y la segunda, que explícitamente trataba de articular la legislación cuestionada con el precedente de *Casey*⁷³. Pero lo significativo es que en el cuerpo del escrito, el recurrente no consideró que el Tribunal, en el caso de estimar el recurso, se viese obligado a dejar

70 La resolución contó con los votos discrepantes de S. Breyer, S. Sotomayor y E. Kagan.

71 Puede accederse a la sentencia en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-463_3ebh.pdf (consultado el 6.07.2022)

72 La cuestión jurídica planteada para resolver por el Tribunal Supremo se formuló en los siguientes términos: «*Si son inconstitucionales todas las prohibiciones de realizar abortos efectuados antes de la viabilidad (del feto)*»

73 «Si la validez de una ley que protege la salud de la mujer, la dignidad de los niños no nacidos y la integridad de la profesión médica y la sociedad debe analizarse bajo el criterio de «restricciones indebidas» de Casey o el equilibrio entre beneficios y restricciones articulado en Hellerstedts.»

sin efecto la doctrina *Roe*, como se explicitó al final de la quinta página del citado escrito de interposición⁷⁴. Hasta mayo de 2021 el Tribunal Supremo no admitió el *certiorari*, que limitó tan sólo a la primera cuestión. Sin embargo, en el escrito de formalización, se planteó ya de forma explícita y en la primera página la rectificación de *Roe* y *Casey*⁷⁵. Es difícil no ver la influencia que en tal cambio de estrategia procesal hubo de tener la muerte de R. Bader Ginsburg y su sustitución por A. Coney Barret, que cronológicamente se produjo con posterioridad a formalizar la petición de *certiorari*. En efecto, con la composición del Tribunal existente en junio de 2020 era más que plausible obtener una estimación del recurso ceñida a avalar la constitucionalidad de la ley sin tocar el núcleo esencial de *Roe*, pero en mayo de 2021 las posibilidades de dejar sin efecto la controvertida sentencia cotizaron al alza. En la vista oral del caso, que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 2021, nada más que el *chief justice* Roberts otorgó la palabra a S. G. Stewart, letrado de la parte recurrente, éste comenzó literalmente a su intervención poniendo la pervivencia de *Roe* en el centro del debate procesal⁷⁶.

En mayo de 2022, en un hecho sin precedentes en la historia del Tribunal Supremo, un medio de comunicación difundió un borrador de sentencia de 98 páginas elaborado por el juez Samuel Alito y fechado en febrero de ese año⁷⁷. El *chief justice* Roberts, en un comunicado hecho público al día siguiente, no ocultó su enojo por la filtración, afirmando que ello no interferiría en el trabajo ordinario del máximo órgano judicial a la vez que ordenaba iniciar un procedimiento al objeto de averiguar el origen de la filtración⁷⁸. Si el objetivo de la filtración era debilitar la mayoría partidaria de dejar sin efecto *Roe*, la maniobra fracasó rotundamente, porque el 24 de junio de 2022 se hizo pública la sentencia final que coincidía con el borrador filtrado, y a la que se acompañaron diversos votos particulares, tanto discrepantes como concurrentes. La mayoría final fue de cinco votos contra cuatro, dado que aun cuando el *chief justice* Roberts mostró su acuerdo con el resultado final alcanzado, discrepó en cuanto a dejar sin efecto *Roe*.

74 «Para ser claro, las cuestiones planteadas en esta petición no requieren del Tribunal que anule *Roe* o *Casey*. Simplemente solicitan al Tribunal que solvete un conflicto entre sus propios precedentes.»

75 «*Roe* y *Casey*, por tanto, están en contradicción con la respuesta directa y constitucionalmente fundamentada a la cuestión que se plantea. Por tanto, la pregunta pasa a ser si este Tribunal debe rectificar tales sentencias. Y debe. Los motivos para rectificar *Roe* y *Casey* son abrumadores. *Roe* y *Casey* son una equivocación manifiesta. La conclusión de que el aborto es un derecho constitucional carece de base en el texto, estructura, historia o tradición.»

76 «*Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey* envenenaron nuestro país. No tienen base en la Constitución. No tienen acogida en nuestra historia o tradiciones. Han dañado el proceso democrático. Han envenenado el derecho. Han ahogado todo compromiso. Durante cincuenta años, han mantenido a este Tribunal en el centro de una batalla política que nunca jamás podrá resolver. Y durante cincuenta años, han estado solos. En ningún lugar este Tribunal reconoció el derecho a poner fin a una vida humana.»; <https://www.oyez.org/cases/2021/19-1392> (consultado el 6.07.2022).

77 Puede accederse al borrador en <https://www.politico.com/f/?id=00000180-874f-dd36-a38c-c74f98520000> (consultado el 15.06.2022). En el mismo consta la expresión «1st draft».

78 El comunicado del *chief justice* puede encontrarse en https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22 (consultado el 15.06.2022).

2.1. *El razonamiento de la mayoría*

La sentencia, redactada por el juez Alito es una severa crítica a *Roe*, cuya doctrina ataca de forma inmisericorde no sólo desde el punto de vista jurídico, sino histórico. En este sentido, comienza reflejando lo controvertido de la materia y reconociendo las tres grandes posiciones existentes respecto al aborto⁷⁹. Y tras indicar que durante los 185 años siguientes a la adopción del texto constitucional los estados aprobaron diversas leyes tipificando como delito la práctica de abortos⁸⁰, adelanta la conclusión: «Resolvemos que *Roe* y *Casey* deben dejarse sin efecto. La Constitución no contiene referencia alguna al aborto, y ningún derecho de tal tipo se encuentra implícitamente protegido por ninguna previsión constitucional, incluyendo aquella (la cláusula del proceso debido de la decimocuarta enmienda) en la que los defensores de *Roe* y *Casey* descansan principalmente. Dicha cláusula ha servido para garantizar algunos derechos no mencionados en la Constitución, pero siempre y cuando los mismos se encuentren «profundamente enraizados en la historia y tradición de este país» e «implícito en el concepto de libertad ordenada» [...] El derecho al aborto no se encuentra dentro de esta categoría. Hasta finales del siglo XX, tal derecho era totalmente desconocido en Estados Unidos. Es más, cuando se aprobó la Decimocuarta enmienda, tres cuartas partes de los Estados habían convertido los abortos en delito [...] *Roe* fue una equivocación atroz desde el principio. Su razonamiento fue excepcionalmente débil, y la sentencia ha traído consecuencias dañosas. Y lejos de haber articulado un consenso nacional sobre el aborto, *Roe* y *Casey* han inflamado la herida y ahondado en la división. Es tiempo de atender a la Constitución y devolver la materia a los representantes electos del pueblo.»

El razonamiento mayoritario se puede dividir fundamentalmente en dos grandes líneas argumentales. La primera trata de desvirtuar la motivación central de *Roe*, y la segunda refutar uno de los grandes argumentarios para mantenerla, cual es el respeto al precedente.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la sentencia se aproxima a la cuestión utilizando los instrumentos de interpretación ordinaria de textos legales. Y es aquí donde se introduce una primera crítica a *Roe*, a quien imputó extraer un derecho implícito de otro igualmente implícito: «La interpretación constitucional debe partir de una interpretación literal que ofrece un «criterio fijo» para

79 «El aborto supone un profundo asunto moral sobre el que los estadounidenses mantienen puntos de vista radicalmente distintos. Algunos creen fervientemente que el ser humano nace en la concepción y que el aborto liquida una vida humana. Otros, con el mismo fervor, creen que cualquier regulación sobre el aborto invaden el derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo y les priva de alcanzar la plena igualdad. Un tercer grupo piensa que deben permitirse no en todas sino en algunas circunstancias, y dentro de este grupo se mantienen una amplia variedad de opiniones acerca de las restricciones concretas que deberían imponerse.»

80 La sentencia incluye dos apéndices donde enumera por orden cronológico de aprobación las distintas leyes aprobadas por los estados sobre el aborto.

determinar lo que significa nuestro documento fundacional [...] La Constitución no contiene mención expresa del derecho a obtener un aborto y, por tanto, quienes sostengan que protege tal derecho debe acreditar que el mismo está implícito en el texto constitucional. Roe, sin embargo, fue extremadamente impreciso en su análisis del texto constitucional. Sostuvo que el derecho al aborto, no mencionado en la Constitución, forma parte del derecho a la intimidad, que tampoco está mencionado en ella.»

A lo largo de la sentencia se incide en que la decimocuarta enmienda no recoge ni, por ende, protege un derecho constitucional al aborto⁸¹. Lo cual implica que, para verificar si puede reconocerse protección constitucional, debe comprobarse si el derecho cuya existencia se afirma goza de arraigo en la historia constitucional. En este punto, se efectúa un recorrido por la historia del *common law* (incluyendo el análisis de autores como Bracton, Coke, Hale y Blackstone), de precedentes coloniales y de la normativa y jurisprudencia estadounidense para concluir que jamás se reconoció la existencia de un derecho constitucional al aborto hasta la segunda mitad del siglo XX, y que la primera mención expresa al efecto databa de un artículo publicado poco antes de dictarse la sentencia Roe⁸², y que ésta, además, descansa fundamentalmente no en una lectura directa de los tratadistas citados, sino en «dos artículos proabortistas que sostienen que Coke manipuló de forma intencional el common law debido a sus fuertes convicciones antiabortistas. Tales artículos han sido desacreditados, e incluso ha salido a la luz que los propios miembros del equipo defensor de Jane Roe no los consideró como fuente de autoridad seria.» Todo ello lleva a la conclusión que el derecho al aborto carece de arraigo profundo en la historia constitucional estadounidense, algo que ni los recorridos ni quienes sostienen la existencia de un derecho al aborto han podido desvirtuar⁸³.

81 «Nuestras resoluciones sostienen que la Cláusula del Proceso Debido protege dos categorías de derechos sustantivos. La primera, consiste en los derechos garantizados en las ocho primeras enmiendas [...] La segunda categoría, que es la aplicable al presente caso, engloba una lista concreta de derechos fundamentales que no se mencionan en ningún lugar de la Constitución. A la hora de decidir si un derecho cae dentro de alguna de las categorías, el Tribunal ha indagado si el derecho está «profundamente enraizado en nuestra historia y tradición» y si es esencial para el «proyecto de libertad ordenada» de nuestra nación» Y en este punto, la sentencia contiene una afirmación esencial: «Al interpretar qué entiende la Decimocuarta enmienda por «libertad», debemos guardarnos frente a la natural tendencia humana a confundir lo que la enmienda protege con nuestras propias concepciones acerca de las libertades que han de gozar los estadounidenses. Por esto el Tribunal siempre ha sido «reticente» a reconocer derechos no mencionados en la Constitución.» Tras un recorrido por la historia y normativa, finaliza: «La inevitable conclusión es que el derecho al aborto no se encuentra profundamente enraizado en la historia y las tradiciones estadounidenses. Al contrario, la continua tradición de prohibir el aborto persistió hasta 1973». Es más, la sentencia afirma que ni los magistrados disidentes han podido acreditar que el aborto fuese considerado un derecho hasta 1973.

82 En nota al pie de la sentencia se identifica ese trabajo pionero, en concreto el que R. Lucas publicó en el vol. 46 nº 4 de la *North Carolina Law Review* con el título *Federal constitutional limitations on the enforcement and administration of state abortion statutes*.

83 «No sólo los recurridos y quienes les apoyaban han sido incapaces de acreditar la existencia de un derecho constitucional al aborto en el momento de aprobarse la decimocuarta enmienda, sino que no han

La segunda gran línea argumental pretende refutar el otro argumento utilizado para mantener en vigor la doctrina *Roe*, es decir, el respeto al precedente. Aun cuando se reconoce el importante rol del principio en la jurisprudencia norteamericana, rechaza que se trate de un principio inexorable, pues algunas de las más conocidas sentencias del Tribunal Supremo se dictaron con el objetivo de dejar sin efecto pronunciamientos anteriores⁸⁴, rectificación «sin la cual, el derecho constitucional estadounidense, tal y como lo conocemos, sería irreconocible, y este sería un país distinto».

Por último, la sentencia trata de disipar un temor esgrimido por el Solicitor General en la vista oral y al que apunta el voto particular disidente: que una eventual rectificación de la doctrina *Roe* pueda extenderse a otros pronunciamientos, como el reconocimiento del matrimonio homosexual, debido precisamente a que la particularidad de los asuntos sobre el aborto, que inciden sobre una «vida potencial», de ahí que trate de ceñir el alcance para evitar su extrapolación a otras materias⁸⁵.

2.2. *Los votos particulares*

2.2.1. Concurrentes: C. Thomas, B. Kavanaugh y J. Roberts

La sentencia cuenta con tres votos particulares concurrentes. Tan sólo dos, los de Thomas y Kavanaugh, comparten razonamiento y conclusión, puesto que el *chief justice* Roberts ciñó su apoyo tan sólo al fallo, aunque no a la argumentación utilizada. Los tres parten de su fidelidad al retraimiento judicial, aunque es Thomas quien articula una respuesta tendente a atacar el fundamento mismo de la postura activista, mientras Kavanaugh incide más en el principio de neutralidad del Tribunal y Roberts se ciñe a cuestiones estrictamente procesales.

Thomas coincide tanto con el fallo como en el razonamiento jurídico mayoritario, pero discrepa en que la doctrina fijada en *Dobbs* deba ceñirse únicamente al

encontrado pruebas que acrediten la existencia de un derecho al aborto con anterioridad a la última parte del siglo XX: ni un precepto de constitución estatal, ni una ley, ni una sentencia, ni un tratado académico. Las primeras fuentes que se nos ofrecen al respecto son algunas resoluciones de juzgados de distrito y tribunales de los estados dictadas poco antes de *Roe*, y unos pocos artículos académicos escritos en el mismo periodo.»

84 Se mencionan tres de esas decisiones importantes: *Brown v. Board of Education of Topeka* (que deja sin efecto la doctrina *Plessy v. Ferguson*), *West Coast Hotel v. Parrish* (que superó el controvertido *Lochner v. New York*) y *West Virginia Board of Education v. Barnette* (que dejó sin efecto la doctrina *Minersville School District v. Gobitis*). Pero la sentencia no se detiene ahí, pues afirma que «en muchas otras ocasiones, este Tribunal ha rectificado importantes sentencias constitucionales», incluyendo una «lista parcial» en la cuadragésimo octava nota al pie donde se enumeran un conjunto de sentencias junto a los precedentes que anularon.

85 «Como incluso los autores de la sentencia *Casey* reconocieron: «el aborto es un acto único» porque finaliza una «vida o una potencial vida» (el aborto es «inherentemente distinto a la intimidad matrimonial»). Y para asegurar que nuestra decisión no es malinterpretada, enfatizamos que afecta al aborto, y a ningún otro derecho. Nada en esta sentencia puede interpretarse para cuestionar precedentes que no estén relacionados con el aborto.»

aborto. Partiendo de una interpretación textual de la decimocuarta enmienda, concluye que el principio de proceso debido ofrece una garantía única y exclusivamente *procesal*, y no sustantiva, de ahí que no pueda extraerse un derecho sustantivo de una garantía estrictamente procesal⁸⁶. Por ello, a diferencia del parecer mayoritario, Thomas no limita su razonamiento exclusivamente al aborto, sino que lo extiende a todos los pronunciamientos en los cuales, con base en la decimocuarta enmienda, se han reconocido derechos subjetivos, algo que debería corregirse en cuanto fuese posible⁸⁷. Son tres los argumentos que Thomas ofrece para avalar su argumentario. En primer lugar, que el *substantive due process* exalta a los jueces a expensas del pueblo, del que deriva su autoridad; en segundo lugar, que distorsiona áreas del derecho constitucional, por cuanto al identificar un derecho como fundamental para una determinada clase de personas, de forma automática el principio de igualdad obrante también en la decimocuarta enmienda operará para generalizarlo y, por último, que su aplicación «frecuentemente lleva a fines desastrosos»⁸⁸. Es por ello que aboga, en futuros casos, por rectificar los pronunciamientos donde se actuó igualmente de manera activista como, por ejemplo, en las sentencias que otorgaron rango constitucional al matrimonio homosexual⁸⁹.

Kavanaugh, por su parte, considera que el Tribunal no debe resolver sobre la moralidad o conveniencia de la regulación sobre el aborto, sino lo que la Constitución establece al respecto. Y en este punto, Kavanaugh manifiesta que la Constitución nada dice al respecto y que, por tanto, es neutral, lo que impone al Tribunal Supremo ese mismo ejercicio de neutralidad siendo el pueblo, a través de sus representantes electos, quien debe tomar la decisión al respecto sin que los jueces puedan imponer una determinada elección a todo el pueblo americano⁹⁰.

86 «La cláusula del proceso debido como mucho garantiza el derecho al proceso [...] «proceso debido material» es un oxímoron que carece de base en la Constitución [...] La solución del presente caso, por tanto, es clara. Puesto que la cláusula de proceso debido no garantiza ningún derecho sustantivo, no garantiza el derecho al aborto.»

87 «En futuros casos, deberíamos reconsiderar todos los precedentes de este Tribunal relacionados con el proceso debido material, incluyendo *Griswold*, *Lawrence* y *Obergefell*. Dado que toda decisión relacionada con el proceso debido material es demostrablemente errónea, tenemos el deber de corregir ese error.»

88 En este punto, Thomas hace referencia al caso *Dred Scott* para, a continuación, referirse al daño causado por *Roe* y *Casey*, que han permitido efectuar «más de 63 millones de abortos»

89 El voto particular discrepante de Breyer, Sotomayor y Kagan coincide con Thomas en este aspecto, al manifestar que: «Si el parecer mayoritario es correcto en su análisis legal, todas estas sentencias [se refiere a las que afectan a las relaciones homosexuales y al matrimonio entre personas del mismo sexo] estaban equivocadas y tales materias pertenecen a los estados igualmente. Y si eso es así, es imposible entender (por cuestión de simple lógica y principio) cómo la mayoría hoy puede decir que la sentencia no amenaza, ni tan siquiera «mina» cualquier otro derecho constitucional.» Para ilustrar este aspecto, se acogen curiosamente al voto particular discrepante de Antonin Scalia en el caso *Lawrence v. Texas*, donde advertía que la actuación del Tribunal Supremo no quedaría limitada a tal cuestión, sino que se extendería a otros derechos en el futuro, de ahí que los tres discrepantes en *Dobbs* concluyan, echando mano de la ironía, que: «Un punto para el disidente en lo relativo a la cuestión profética [...] Esperamos no unirnos al juez Scalia en la lista de profetas. Pero no podemos entender cómo se puede confiar en que la doctrina mantenida hoy sea la última de este tipo.»

90 «La Constitución no toma partido en relación al aborto. El texto de la Constitución ni menciona ni recoge el aborto. Para ser claros, este Tribunal ha mantenido que la Constitución protege derechos que

Esta es la idea que reitera en varias ocasiones a lo largo del voto particular y que, ceñida a la sentencia, implica que no puede entenderse como una proscripción del aborto, sino tan sólo como una devolución de la decisión final sobre ello al pueblo y a sus representantes. Y ello porque, en lo que al reconocimiento de nuevos derechos atañe, «la Constitución no garantiza a los nueve miembros de este Tribunal la autoridad unilateral de reescribir la Constitución para crear nuevos derechos y libertades basados en nuestras propias convicciones», algo que, a su entender, es el error principal de la sentencia *Roe*. De ahí que la sentencia *Dobbs* corrija ese error devolviendo al Tribunal a una posición neutral y dejando el asunto estrictamente en manos del pueblo, quien tomará la decisión por medio del cauce democrático⁹¹.

Por último, el *chief justice* Roberts se suma a sus cinco colegas en el resultado, por cuanto deja claro que coincide con la mayoría a la hora de afirmar que el criterio de viabilidad establecido en *Roe* y *Casey* debe rechazarse porque «nunca tuvo sentido» y que, además, la «rígida división en trimestres con fundamento en la viabilidad se asemeja más a un código regulatorio que a un cuerpo de derecho constitucional», a lo que añade que en el caso *Roe* «ninguna de las partes intervinientes solicitó al Tribunal que adoptase un principio de viabilidad». Pero, tras manifestar esa coincidencia y aun cuando reconoce que el razonamiento de la sentencia es «minucioso y exhaustivo», introduce su discrepancia en cuanto a la motivación, al considerar innecesario para el fallo dejar sin efecto *Roe*, y lo hace, precisamente, invocando el principio de retraimiento judicial⁹² y el devenir procesal del caso. Roberts incide agudamente en el escrito de interposición no sólo no solicitaba dar ese paso, sino que expresamente manifestó lo contrario, y el cambio en la estrategia tuvo lugar con posterioridad a la admisión de *certiorari*. No obstante, el *chief justice* apunta implícitamente a

no menciona pero que están profundamente arraigados en la historia y tradición, e implícitos en el concepto de libertad ordenada. Pero el derecho al aborto no está profundamente arraigado [...] La Constitución, por tanto, ni es pro vida, ni es pro elección. La Constitución es neutral y deja que el asunto lo resuelva el pueblo y sus representantes a través del proceso democrático en los estados o el Congreso, como muchas otras cuestiones difíciles en materias sociales y económicas que la Constitución no recoge. Dado que la Constitución es neutral en la materia, este Tribunal debe ser también escrupulosamente neutral. Los nueve miembros no elegidos de este Tribunal no poseen la autoridad constitucional para dejar sin efecto el proceso democrático y establecer una política pro vida o pro elección para trescientos treinta millones de personas en Estados Unidos.»

91 En este punto, los disidentes intentan refutar la tesis de Kavanaugh con dos interrogantes: «¿Diría que este Tribunal está siendo «escrupulosamente neutral» si permitiese a Nueva York y California proscribir todas las armas? ¿Si el tribunal permitiera que en algunos estados los jurados hubiesen de emitir un veredicto unánime y en otros no?». Aquí los tres jueces disidentes ofrecen ejemplos no extrapolables porque en las dos cuestiones objeto de interrogante, porque se trata de derechos que sí están explícitamente recogidos en el texto constitucional.

92 «Pero esto es todo lo que diré mas allá de la adhesión a un simple pero fundamental principio de retraimiento judicial: si no es necesario decidir más para resolver un caso, entonces es necesario no decidir más. Quizá no siempre seamos perfectos a la hora de seguir este principio, y ciertamente hay excepciones a esa regla general. Pero este caso no es una de ellas.»

que en un futuro y con la cuestión debidamente planteada, pudiera haberse incorporado a la mayoría⁹³.

2.2.2. La discrepancia conjunta de Breyer, Sotomayor y Kagan

La sentencia cuenta con un voto particular discrepante que no sólo es casi tan extenso como aquélla, sino que, además, cuenta con la peculiaridad que está redactado conjuntamente por los tres jueces, y no (como suele ser habitual) por uno al que se adhieren el resto. Aun cuando los razonamientos del voto particular en modo alguno son desdeñables, en ocasiones el argumentario se desliza más hacia un ataque personal a los jueces mayoritarios⁹⁴. Ya desde los párrafos iniciales los tres magistrados discrepantes, dejan claro que su postura se fundamenta en un principio esencial: «respetar a la mujer como un ser autónomo y garantizarle una igualdad total implica otorgarle la capacidad de decidir sobre la más personal y consecuente de todas las decisiones en su vida.»

La disidencia se articula igualmente en dos grandes líneas argumentales, que siguen el orden correlativo de la sentencia. En cuanto al primero de los asuntos, es decir, a si el derecho al aborto contaba con arraigo profundo en el sistema constitucional estadounidense, los discrepantes no atacan la afirmación fundamental de la sentencia mayoritaria, al aceptar de forma expresa que en 1868, fecha de aprobación de la decimocuarta enmienda, no existía un derecho al aborto y nadie pensaba en esos instantes que dicho precepto constitucional pudiese servir de base para fundamentarlo desde el punto de vista jurídico. La diferencia fundamental entre el razonamiento de los discrepantes y el mayoritario radica en el modo de interpretar la enmienda, que no debe ceñirse a verificar lo que pretendía en el momento de aprobarse, sino adecuarla a los tiempos, puesto que, regresando a la tesis mayoritaria, afirman que: «el pueblo no ratificó la cuarta enmienda. Lo hicieron hombres. Por tanto, quizá no sea sorprendente que quienes la aprobaron no estuviesen al tanto de la importancia de los derechos reproductivos para la libertad de las mujeres o su capacidad para participar en condiciones de igualdad como miembros de nuestra nación.» Toda la discrepancia se basa en que debe

93 «Así pues, hay una vía clara para decidir este caso de forma correcta sin dejar sin efecto *Roe*: reconocer que el principio de viabilidad debe rechazarse, al igual que ha hecho la mayoría, y dejar para otra ocasión decidir si se rechaza la existencia del derecho al aborto.»

94 Por ejemplo, cuando afirma que «o la mayoría no cree realmente en su propio razonamiento o, si lo hace, todos los derechos que carezcan de historia cuando menos a mediados del siglo diecinueve no están seguros. O gran parte del razonamiento mayoritario es hipocresía, o los derechos constitucionales están amenazados. O uno u otro.»; o que «para la mayoría, «equilibrio» es un término sucio y moderación un concepto ajeno». A veces el voto particular lleva su ira hasta extremos realmente curiosos, como afirmar que los jueces mayoritarios «se remontan hasta al siglo trece (¡al siglo trece!)» pareciendo olvidarse los discrepantes que la sentencia *Roe*, a la que con tanto ardor defienden, se remonta en su recorrido histórico al imperio persa, a la antigua Grecia y al imperio romano.

tenerse en cuenta la realidad social en que ha de aplicarse el texto: «como cuestión de metodología constitucional, la adhesión mayoritaria a replicar en 2022 el concepto de libertad existente en 1868 tiene poco de recomendable. Nuestro ordenamiento en esta esfera constitucional, como en muchas, desde hace décadas ha procedido de forma distinta [...] Dado que las leyes en 1868 privaban a las mujeres de todo control sobre sus cuerpos, la mayoría aprueba que los estados hagan lo mismo hoy.»⁹⁵ El voto particular vincula la propia existencia del derecho a su objetivo, que no es otro que proteger los actos y decisiones individuales de las vicisitudes de la controversia política y situarlas más allá del alcance de las mayorías, estableciéndolas como principios legales a aplicar por los tribunales, de ahí que una de las grandes preocupaciones de los disidentes es que el razonamiento de la sentencia se traslade a otros casos similares.

La segunda gran línea argumental es la referida al valor de *Roe* y *Casey* como precedentes. En modo alguno se niega que el Tribunal esté siempre de forma necesaria vinculado por sus anteriores pronunciamientos en la materia, pero entienden que tan sólo cuando se den circunstancias muy concretas y excepcionales, y enuncian tres reglas en las que sí es forzosa la rectificación de doctrinas jurisprudenciales: «cambios en la doctrina legal que minen o hagan obsoleta la decisión anterior; alteraciones fácticas que produzcan el mismo efecto; ausencia de vinculación porque el precedente anterior tenga menos de diez años de antigüedad.» La segunda parte de la discrepancia se centra en acreditar que no concurre ninguno de esos tres supuestos.

La conclusión a la que llegan los discrepantes es que: «la mayoría ha dejado sin efecto *Roe* y *Casey* por una única razón: porque siempre la ha despreciado y ahora posee los votos para desecharla.»

V. CONCLUSIÓN

Al finalizar este recorrido por las principales resoluciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativas al aborto, no puede menos que concluirse que la sentencia *Roe*, pese a que intentó de buena fe poner fin a la controversia en la materia, no sólo fracasó en su objetivo, sino que contribuyó a exacerbar aún más la cuestión. *Roe v. Wade* no liquidó desde el punto de vista jurídico las discrepancias existentes sobre el aborto, como implícitamente reconocen los tres jueces discrepantes⁹⁶, de la misma forma que tampoco lo hará *Dobbs*

⁹⁵ Los jueces mayoritarios refutan con acierto la imputación de los disidentes según la cual el recorrido histórico se detiene en la aprobación de la segunda enmienda, cuando no es así, pues basta una simple lectura de la sentencia para comprobar que efectúa un repaso por los antecedentes históricos efectuado en la sentencia se prolonga hasta mediados de los sesenta del siglo XX. Cuestión distinta son los instrumentos que se utilizan para la interpretación y las consecuencias a las que se llega.

⁹⁶ Cuando afirman que «la controversia sobre el aborto no es una novedad, sino una constante».

v. Jackson, algo que explícitamente reconoce el voto particular del juez Kavanaugh⁹⁷. Puede decirse al respecto que al conmemorarse el cuadragésimo aniversario de la sentencia *Roe*, la juez R. Bader Ginsburg, incuestionable partidaria del derecho a decidir, hizo pública su discrepancia con el argumentario de aquélla pues, a su entender, debió resolver la cuestión limitándose a declarar la inconstitucionalidad de la ley del estado de Texas, lo que hubiese impedido extender la doctrina a otras regulaciones mucho menos restrictivas, como la de Georgia. Paradójicamente, según Ginsburg, *Roe* sirvió no sólo para «cortocircuitar» el creciente movimiento que a todos los niveles se estaba produciendo en relación a los derechos de las mujeres, sino como argamasa para concertar una oposición a nivel nacional. De ahí que, según la juez, «tuvo su importancia que *Roe* fuera tan lejos como fue», y debió haber evitado un pronunciamiento de alcance tan amplio⁹⁸.

La sentencia *Dobbs*, en un hecho casi sin precedentes, fue descalificada de forma inmediata y expresa tanto por el presidente Biden como por el *attorney general* Merrick Garland. Aun sin ser en modo alguno habitual en Estados Unidos, no sorprende que un presidente manifieste su discrepancia respetuosa con una resolución judicial⁹⁹, y por ello, que Biden calificase la sentencia *Dobbs* de «extrema» y le imputase «no fundamentarse en la Constitución» ni en la historia, entraba en lo previsible¹⁰⁰. Lo realmente inaudito es que el Departamento de Justicia, a cuya cabeza se encuentra Merrick Garland (que había sido nada menos que presidente del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia y fue incluso propuesto para acceder al Tribunal Supremo), emitiese un comunicado oficial el día 24 de junio de 2022 atacando con dureza la resolución judicial, pues no se limitaba a constatar su «rotunda discrepancia», sino que la acusó de «propinar un devastador golpe a la libertad de reproducción en los Estados Unidos»¹⁰¹.

97 «Respeto la buena fe de los jueces del asunto Casey para lograr un término medio o compromiso que resolviese esta controversia en Estados Unidos. Pero el paso del tiempo acreditó que ese bienintencionado intento no ha resuelto el debate sobre el aborto. La división a este respecto no ha finalizado. En años recientes, un significativo número de estados aprobó restricciones a los abortos que directamente chocan con *Roe*. Y tales leyes no pueden ser descartadas como meras triquiñuelas políticas o leyes aisladas.»

98 «*Gisburn: Court should have avoided broad-based decision in Roe v. Wade*», publicado en *Aba Journal* el día 13 de mayo de 2013; https://www.abajournal.com/news/article/ginsburg_expands_on_her_disenchantment_with_roe_v_wade_legacy/ (consultado el 5.07.2022).

99 Así, por ejemplo, B. Obama manifestó públicamente en el discurso sobre el estado de la unión su discrepancia con la sentencia *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 US 310 [2010]), en presencia de varios de los jueces de la institución, que se encontraban presentes en el acto, acusando al Tribunal Supremo de abrir las campañas electorales a la injerencia de poderes económicos al anular con la citada sentencia la ley que limitaba las cantidades a donar para contribuir a las campañas electorales; véase el enlace <https://www.youtube.com/watch?v=k92SerxLWtc> (consultado el 28.08.2022). En este caso, los medios no objetaron la actuación presidencial, sino que curiosamente criticaron al juez S. Alito por manifestar en voz baja «*that's not true*».

100 Discurso de J. Biden pronunciado el 8.07.2022, accesible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/07/08/remarks-by-president-biden-on-protecting-access-to-reproductive-health-care-services> (consultado el 28.08.2022).

101 <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-merrick-b-garland-statement-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson-women-s> (consultado el 28.08.2022).

En realidad, la sentencia *Dobbs* supone no sólo un enfrentamiento más entre el activismo y el retraimiento judicial, sino entre dos criterios interpretativos distintos: el centrado exclusivamente en el texto y en la historia abogando por hacer una lectura del texto con base en el momento en que fue aprobado, y el que no se ciñe a tales aspectos, sino que incide cuestiones tales como los propósitos y consecuencias de la norma sin descartar la adecuación del instrumento normativo a la realidad social del momento¹⁰². Desde el punto de vista de la posición del juez, *Dobbs* supuso una victoria de las tesis del retraimiento judicial, pero sin que ello implique, como los propios jueces que integran la mayoría dejan constancia de forma explícita, que se niegue el derecho al aborto, sino que se trata de una materia cuya regulación sustantiva corresponde a los legislativos estatales, sin que el Tribunal Supremo pueda imponer su criterio al respecto. En este punto, curiosamente el razonamiento de los jueces conservadores se asemeja a la crítica que en su día el juez liberal L. Hand¹⁰³ efectuó a la sentencia *Brown v. Board of Education*, y donde, pese a su incuestionable coincidencia en la necesidad de poner fin a la segregación racial, criticó severamente al tribunal Warren al imputarle la usurpación de funciones legislativas y convertirse en una tercera cámara donde los jueces imponen su particular criterio a los representantes electos del pueblo¹⁰⁴.

La línea divisoria entre el activismo y el retraimiento no siempre es estable, de ahí que unos mismos jueces oscilen entre una y otra postura. Así, por ejemplo, en el caso *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, resuelto por el Tribunal Supremo justo un día antes del caso *Dobbs*, y donde debía abordarse la constitucionalidad de una ley estatal neoyorkina de 1911 que imponía restricciones a la tenencia de armas, se reprodujo la misma mayoría de *Dobbs* pero en sentido contrario: quienes en esta ocasión ejercieron el activismo judicial fueron los seis jueces conservadores y quienes propugnaban un retraimiento eran precisamente los tres liberales. Si bien en el asunto *Bruen* el máximo órgano judicial estadounidense hubo de abordar el análisis de una ley contrastándola con un derecho constitucional que sí venía recogido explícitamente en la constitución (algo que no ocurría en *Dobbs*, donde se abordaba un derecho implícito) lo cierto es que a la hora de inclinarse por una u otra opción influye no poco la materia. Un curioso y no muy conocido ejemplo lo ilustra a la perfección: cuando el 5 de noviembre de

102 Para ilustrar esta discrepancia entre las dos tendencias interpretativas, cuyo tratamiento desborda el ámbito material de este trabajo, puede ser interesante contemplar el debate jurídico que hace una década tuvo lugar entre los jueces A. Scalia y S. Breyer, máximos exponentes en el Tribunal Supremo de ambas posturas y donde, de forma amistosa y didáctica no reñida con la diversión y el buen humor, contrastan sus respectivos pareceres al respecto. A ese debate puede accederse en https://www.youtube.com/watch?v=_4n8gOUzZ8I (consultado el 4.11.2022).

103 Juez del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito entre 1924 y 1961.

104 Véase Root (2014: 85-86). Esa misma imputación la efectúan los cinco jueces mayoritarios en la sentencia *Dobbs* a los tres disidentes: «*Nuestro razonamiento no se basa en ninguna concepción relativa a desde cuando un no nacido goza de los mismos derechos que el nacido o si efectivamente los tiene. Los disidentes, por el contrario, impondrían sobre el pueblo una concepción particular acerca de cuándo se inicia el disfrute de los derechos individuales.*»

1917 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hizo pública la sentencia *Buchanan v. Warley*¹⁰⁵, que declaró la inconstitucionalidad de una normativa estatal que proscibía la venta a ciudadanos de color de inmuebles situados en zonas residenciales de población mayoritariamente blanca, lo hizo por unanimidad, sin que el juez Holmes, que había redactado un borrador de voto particular disidente en plena coherencia con su habitual postura de retraimiento, manifestase formalmente su discrepancia y se sumase finalmente al parecer mayoritario por cuestiones más relacionadas con el fondo del asunto que con el principio general de retraimiento¹⁰⁶.

Igualmente sinuosa y variable es la línea que separa a los partidarios y detractores del *stare decisis*, que opera más en función de la materia que como principio general. Así, además de los ejemplos citados en la propia sentencia *Dobbs*, cabría añadir otros más recientes, como por ejemplo la sentencia *Lawrence v. Texas*¹⁰⁷, que declaró la inconstitucionalidad de la tipificación penal de las relaciones homosexuales, dejando expresamente sin efecto por considerarla errónea la sentencia *Bowers v. Hardwick*¹⁰⁸, sin que, lógicamente, se invocase el respeto al precedente como motivo de oposición. Quizá en este punto deba acudirse a la autoridad de James Wilson, uno de los escasos padres fundadores cuya firma aparece al pie tanto de la Declaración de Independencia como de la Constitución de 1787 y que fue, además, uno de los primeros seis jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Aun cuando en sus pioneras *Lecciones sobre Derecho* defendió la incorporación del citado principio al ordenamiento jurídico estadounidense, introdujo ya una cautelosa admonición al respecto: «Podría preguntarse por qué una determinada cuestión debe ser considerada lícita porque un hombre o una sucesión de hombres lo han considerado así, al igual que cabría preguntarse por qué otra cuestión haya de adoptarse tan sólo porque un pensador o una serie de pensadores lo hayan manifestado. En derecho, al igual que en filosofía ¿No debería cada cual juzgar y pensar por sí mismo? El *stare decisis* puede evitar problemas de búsqueda, pero evitará igualmente el placer y las ventajas de la mejora»¹⁰⁹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Beltrán de Felipe, M. y González García, J. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado & Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

105 245 U.S. 60 (1917).

106 «Quizá incluso Holmes tuvo que retroceder ante la idea de emitir un voto solitario en favor de *Jim Crow*»; véase Root (2014: 61).

107 539 U.S. 558 (2003).

108 478 U.S. 186 (1986).

109 Véase Wilson (2007: 952).

- Bernstein, D. E. (2012). *Rehabilitating Lochner. Defending individual rights against progressive reform*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Faux, M. (2001). *Roe v. Wade. The untold story of a landmark Supreme Court decision that made abortion legal*. Lanham: Cooper Square Press.
- Forsythe, C. D. (2013). *Abuse of discretion: The inside story of Roe v. Wade*. Nueva York: Encounter Books.
- Godsoe, C. (2015). Perfect plaintiffs. *Yale Law Journal Forum*, 125, 136-155.
- Greenhouse, L. y Siegel, R. B. (2012). *Before Roe v. Wade*. Madrid: Yale Law School.
- Hemingway, M. y Severino, C. (2019). *Justice on trial. The Kavanaugh confirmation and the future Supreme Court*. Washington: Regnery Publishing.
- Hull, N.E.H. y Hoffer, P. C. (2021). *Roe v. Wade. The abortion rights controversy in American History* (3ª ed). Lawrence: University Press of Kansas.
- Kalman, L. (2017). *The long reach of the sixties. LBJ, Nixon and the making of the contemporary Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press.
- Root, D. (2014). *Overruled. The long war for control of the United States Supreme Court*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Rorabaugh, W. J. (2009). *The real making of the president. Kennedy, Nixon and the 1960 election*. Lawrence: University Press of Kansas.
- Schwartz, B. (1984). *Superchief: Earl Warren and his Supreme Court, a judicial biography*. Nueva York: New York University Press.
- Schwartz, B. (1988). *Unpublished opinions of the Burger Court*. Oxford: Oxford University Press.
- Schwartz, B. (1996). *Unpublished opinions of the Rehnquist Court*. Oxford: Oxford University Press.
- Shesol, J. (2010). *Supreme power: Franklin Roosevelt v. The Supreme Court*. Nueva York: W.W. Norton & Company.
- Toobin, J. (2007). *The nine: inside the secret world of the Supreme Court*. Nueva York: Doubleday.
- Tushnet, M. (2021). *The Hughes Court. From progressivism to pluralism (1930-1941)*. Cambridge: Cambridge University Press.
- White, G. E. (2012). West Coast Hotel's place in constitutional history. *Yale Law Journal*, 122, 69-83.
- Wilson, J. (2007). *Collected works*. Carmel: Liberty Fund.
- Woodward, B. y Armstrong, S. (1981). *The brethren. Inside the Supreme Court*. Nueva York: Avon Books.
- Ziegler, M. (2020). *Abortion law in America*. Cambridge: Cambridge University Press.

TITLE: *Judicial Battle around Abortion: From Roe v. Wade to Dobbs v. Jackson*

ABSTRACT: *For the last fifty years, Roe v. Wade was the leading case that recognized the woman's right to get an abortion. But since the moment it was released, it was subject to a severe controversy. Those who are pro choice defended strongly the woman's right to decide if she wants to end her pregnancy, while pro life supporters defended the right of the unborn. After four decades of litigation over the subject, and a set of decisions that maintained the woman's right to get an abortion although restricting the conditions to get it, Supreme Court of United States in a 6-3 majority opinion Dobbs v. Jackson, overruled Roe, returning the issue to the states. This article explains the evolution of Supreme Court abortion jurisprudence.*

RESUMEN: *Durante los últimos cincuenta años, Roe v. Wade fue la sentencia fundamental que reconocía el derecho de la mujer a realizar un aborto. Pero desde el momento en que se hizo pública, estuvo sujeta a una fuerte controversia. Los partidarios del derecho a decidir defienden el derecho a la mujer a decidir si desea poner fin a su embarazo, mientras que los pro vida defienden el derecho del no nacido. Tras cuatro décadas de litigación sobre la materia, y una serie de sentencias que mantuvieron el derecho de la mujer a obtener un aborto, aunque restringiendo los requisitos para obtenerlo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la sentencia Dobbs v. Jackson, adoptada por una mayoría de 6 jueces frente a 3, deja sin efecto la doctrina Roe devolviendo el asunto a los estados. El presente artículo aborda la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al aborto.*

KEY WORDS: *Supreme Court of the United States, Abortion.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Aborto.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 01.09.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 24.02.2023

CÓMO CITAR / CITATION: Pérez Alonso, J. (2023). Crónica de la batalla judicial en torno al aborto: de Roe v. Wade a Dobbs v. Jackson. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 529-564.