

Grado en Derecho

Trabajo de final de Grado (21067)

Curso académico 2022-2023

**ANÁLISIS EVOLUTIVO Y COMPARATIVO DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL AL ABORTO EN ESPAÑA Y EN EE. UU.**

Marina Montero Trasobares

NIA: 217975

Tutor del trabajo:

Víctor Ferreres Comella



DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, Marina Montero Trasobares, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy su única autora, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas excepto de aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Final de Grado autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro lugar.

Marina Montero Trasobares
Barcelona, 25 de mayo de 2023.

Breve resumen del contenido del trabajo

El objeto de este trabajo es realizar un análisis de la evolución y una comparación del derecho constitucional a interrumpir de manera voluntaria el embarazo desde el punto de vista del derecho constitucional, en España y en Estados Unidos.

Por un lado, en el caso de España, analizo la legislación en materia de aborto desde la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, que estableció un sistema de indicaciones, a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que estableció un sistema de plazos, haciendo hincapié en la STC 53/1985, de 11 de abril, que declaró constitucional el sistema de indicaciones.

Por otro lado, analizo la argumentación de las principales sentencias sobre el derecho al aborto en Estados Unidos: *Roe v. Wade*, que reconoció que el derecho al aborto estaba protegido por la Constitución, y *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, que desmonta la argumentación de la sentencia anterior, dejando plena libertad a los Estados para que regulen el aborto como consideren.

Tras hacer la comparación de ambos países, llego a la conclusión, entre otras, que el sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010 y el sistema establecido por *Roe v. Wade* tienen muchos elementos en común.

Tabla de contenido

1.	Introducción	1
2.	El aborto en España y EE. UU. en datos	2
2.1.	Datos estadísticos del aborto en España	2
2.2.	Datos estadísticos del aborto en Estados Unidos.....	3
3.	El panorama legislativo y jurisprudencial del aborto en España	5
4.	El derecho al aborto en EE. UU.: de <i>Roe v. Wade</i> a <i>Dobbs v. Jackson Women's Health Organization</i>	7
4.1.	El análisis histórico del aborto.....	9
4.2.	El lugar del derecho al aborto en la Constitución.....	11
4.3.	Los motivos para regular el aborto penalmente.....	13
4.4.	La balanza de intereses	14
4.5.	La relación de <i>Roe</i> y <i>Casey</i> con otros casos	17
4.6.	La doctrina <i>stare decisis</i>	19
5.	Comparación del derecho al aborto en los dos países	29
5.1.	Análisis del derecho al aborto desde puntos de vista distintos.....	29
5.2.	Teorías sobre el inicio de la vida	30
5.3.	Comparación del sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010 con el sistema trimestral de <i>Roe</i>	31
5.4.	Comparación de las leyes estatales que rechazó la Corte Suprema tras <i>Roe</i> con los cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/2023	35
6.	Conclusiones	36
7.	Bibliografía.....	38
7.1.	Bibliografía relacionada con España	38
7.2.	Bibliografía relacionada con Estados Unidos.....	39

1. Introducción

El pasado 24 de junio de 2022, estalló la noticia de que la Corte Suprema de Estados Unidos había decidido, en una sentencia demoledora, que el derecho al aborto no estaba protegido por la Constitución, tras medio siglo en el que las mujeres en ese país habían podido decidir si llevar a término o no su embarazo. Me impactó que en una democracia occidental se produjera tal retroceso en los derechos de la mujer, y me pregunté entonces, si eso podría llegar a ocurrir aquí, en España, puesto que en ese momento el Tribunal Constitucional todavía no se había manifestado sobre la constitucionalidad del sistema de plazos establecido en 2010.

Ello fue lo que me impulsó a investigar sobre el derecho constitucional al aborto. El conflicto entre el derecho de las mujeres a decidir y el derecho a la vida del no nacido, es una cuestión enormemente compleja que involucra cuestiones morales y sociales muy intensas. Además, es un tema profundamente divisorio. Por ello, el propósito de este trabajo ha sido llevar a cabo un análisis desde el punto de vista jurídico y, concretamente, desde la perspectiva del derecho constitucional. Los objetivos más específicos de esta investigación han sido realizar un análisis de la evolución de la jurisprudencia y la legislación en materia de aborto en ambos países, y hacer una comparación para analizar qué tienen en común y en qué difieren los dos sistemas.

En cuanto a la metodología utilizada para llevar a cabo el trabajo, primero hice una lectura detenida de las distintas sentencias que comentaré y, posteriormente, su síntesis, seguida del análisis de la legislación, todo ello acompañado de la consulta de otras fuentes jurídicas y jurisprudenciales que he considerado de utilidad. Una vez establecido el marco legislativo y jurisprudencial de ambos países por separado, realicé el análisis evolutivo y comparativo que he plasmado en el trabajo.

La estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar, presento una serie de datos estadísticos del aborto tanto en España como en Estados Unidos, con el objetivo de dilucidar si realmente la permisibilidad del aborto tiene un impacto en el número de abortos realizados. En segundo lugar, expongo un resumen del panorama legislativo y jurisprudencial del aborto en España, analizando desde la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, haciendo hincapié en la STC 53/1985, de 11 de abril. Seguidamente, analizo la argumentación de las principales sentencias sobre el derecho al aborto en Estados Unidos: *Roe v. Wade* y *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Por último, hago una comparación de la situación del derecho a terminar un embarazo en los dos países.

2. El aborto en España y EE. UU. en datos

El objetivo de esta sección es exponer datos estadísticos sobre la interrupción voluntaria del embarazo en ambos países y poner toda esa información en su contexto normativo, para poder ver el impacto efectivo de la permisibilidad o no del aborto en la legislación en el número de abortos practicados.

2.1. Datos estadísticos del aborto en España

En el caso de España, el Ministerio de Sanidad publica anualmente los datos relativos al número de abortos realizados, y los clasifica según los grupos de edad, según el motivo de la interrupción del embarazo y según la Comunidad Autónoma, entre otros criterios. A continuación, expondré los datos que considero más relevantes a efectos de este trabajo.

En primer lugar, en términos absolutos, la cifra más elevada de abortos en España entre 1990 y 2021 se alcanzó en 2011, el primer año completo en el que estuvo en vigor el sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que explicaré en el apartado 3. Sin embargo, el número de abortos desciende durante los siguientes años a cifras similares a las que había con el sistema de indicaciones (o sistema de supuestos) de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Hay que tener en cuenta también que un año antes de la aprobación de la ley de 2010, en 2009, se estableció que se podía obtener en las farmacias la conocida como “píldora del día después” sin receta médica, lo que también influyó en el descenso del número de abortos.

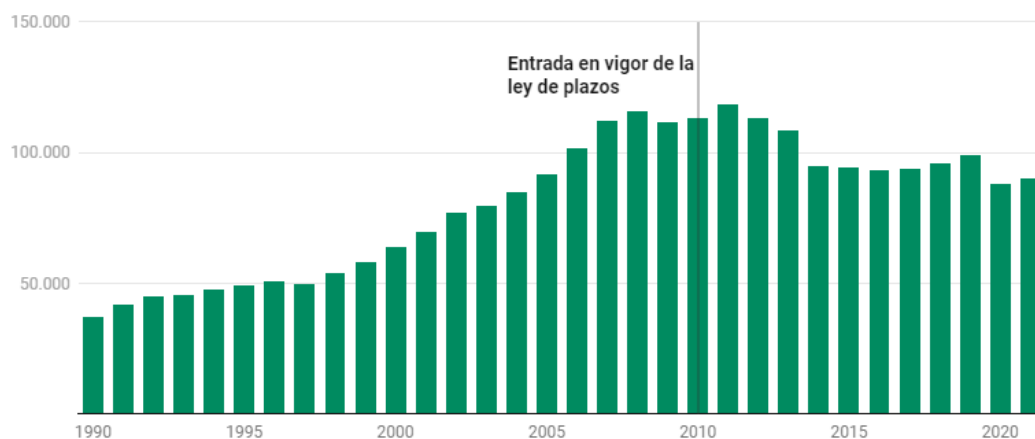


Imagen 1. Interrupciones voluntarias del embarazo realizadas en España (1990-2021). Fuente: El aborto en España, en cifras: una interrupción voluntaria del embarazo por cada 100 mujeres al año. RTVE. <https://www.rtve.es/noticias/20230119/aborto-espana-cifras/2348202.shtml>. Con la información de *Datos estadísticos de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Ministerio de Sanidad (2022). https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm.

Una primera conclusión que se puede extraer de estos datos es que, desde que las mujeres pueden abortar sin necesidad de justificar su decisión, el número de interrupciones voluntarias del embarazo no se ha disparado, como a veces se intenta argumentar por parte de aquellos que tienen una opinión contraria al aborto. Teniendo en cuenta, además, que estos datos no recogen los abortos ilegales que se produjeron antes de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, podemos afirmar que el sistema de indicaciones, en lugar de aumentar el número de abortos, lo que hace es garantizar que los abortos que se lleven a cabo sean seguros. La realidad es que se puede prohibir un aborto legal, pero no se puede prohibir un aborto.

Otro dato interesante es que, entre 2010 y 2015, el período en el que las jóvenes de 16 y 17 años pudieron abortar sin consentimiento paterno, la tasa de interrupciones del embarazo de las menores de 19 años (no hay datos desagregados únicamente de las de 16 y 17 años) descendió de los 13,05 abortos por cada 1.000 mujeres de ese grupo de edad (en 2010), a los 9,38 (en 2015)¹. Además, según un estudio realizado en 2014 por la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción Voluntaria del Embarazo², solo un 12,38% de las jóvenes de 16 y 17 años que abortaron en ese período en sus instalaciones lo hizo sin consentimiento, alegando un conflicto grave para no informar a sus progenitores.

Por último, cabe destacar que, en 2021, hubo 12 provincias (Jaén, Huesca, Teruel, Cuenca, Guadalajara, Toledo, Ávila, Palencia, Segovia, Soria, Zamora y Cáceres), además de Ceuta y Melilla, que no notificaron ninguna interrupción voluntaria del embarazo³, lo que supone que las mujeres residentes en estos territorios tuvieron que desplazarse a otra provincia para poder abortar.

2.2. Datos estadísticos del aborto en Estados Unidos

En el caso de Estados Unidos, los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC, por sus siglas en inglés) y el Guttmacher Institute son las instituciones que publican anualmente datos sobre el número de abortos legales. Diamant y Mohamed (2023) hacen un

¹ El aborto en España, en cifras: una interrupción voluntaria del embarazo por cada 100 mujeres al año. RTVE. <https://www.rtve.es/noticias/20230119/aborto-espana-cifras/2348202.shtml>. Con la información de *Datos estadísticos de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Ministerio de Sanidad (2022). https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm.

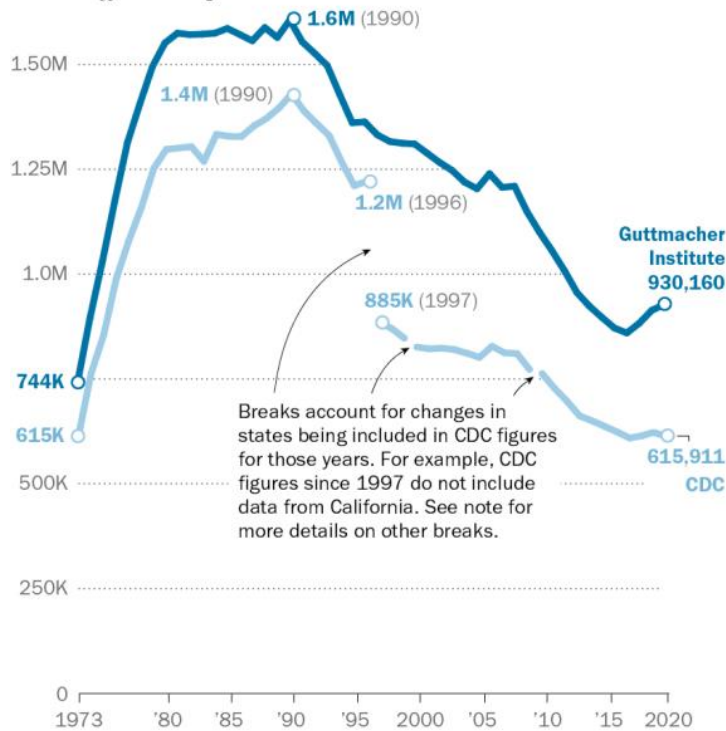
² Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo. (2014). *Investigación ACAI: mujeres de 16 y 17 años que no han podido comunicar a sus padres o tutores la interrupción de su embarazo*. <https://www.acaive.com/pdf/Investigacion-ACAI-menores-16-y-17-anos-noviembre-2014.pdf>.

³ El aborto en España, en cifras: una interrupción voluntaria del embarazo por cada 100 mujeres al año. RTVE (2022).

análisis de los últimos informes publicados por ambas instituciones, que se puede resumir en el siguiente gráfico⁴:

A look at the changing number of legal abortions in the U.S. since the 1970s

Number of legal induced abortions per year in U.S., according to two different organizations



Note: Guttmacher data for 1983, 1986, 1989-90, 1993-94, 1997-98, 2001-03, 2006, 2009, 2012, 2015 and 2018 are estimates from Guttmacher. CDC totals from 1973 to 1996 include all 50 states and District of Columbia. CDC data since 1997 excludes states that did not report data each year of the specified time period, to facilitate comparison. CDC data in this graphic from 1997-1999 excludes six states: Alaska, California, Louisiana, New Hampshire, Oklahoma and West Virginia. CDC data in this graphic from 2000-2009 excludes seven states: Alaska, California, Delaware, Louisiana, Maryland, New Hampshire and West Virginia. CDC data in this graphic from 2010-2020 excludes three states — California, Maryland and New Hampshire — as well as the District of Columbia. Sources: Guttmacher Institute; Centers for Disease Control and Prevention.

PEW RESEARCH CENTER

Imagen 2. Número de abortos legales en Estados Unidos por año, de 1973 a 2020, según los datos del Guttmacher Institute y los CDC. Fuente: Diamant, J., & Mohamed, B. (2023, 11 de enero). *What the data says about abortion in the U.S.* Pew Research Center. <https://www.pewresearch.org/short-reads/2023/01/11/what-the-data-says-about-abortion-in-the-u-s-2/>.

Como se puede ver, el número de abortos legales incrementó de forma muy significativa después de que, en 1973, se legalizara el procedimiento con la sentencia de la Corte Suprema *Roe v. Wade*, que analizaré a lo largo del punto 4. Se llegó al número máximo de abortos en los noventa y posteriormente la tendencia ha sido a la baja. Por lo tanto, podemos afirmar que la tendencia es parecida a la de España: un aumento con su legalización, pero una tendencia a la baja con el paso de los años.

Otro dato relevante que aporta este estudio es el porcentaje de abortos de mujeres en un Estado distinto de aquel en el que residen. En 1972, un año antes de que la Corte Suprema dictara *Roe v. Wade*, este porcentaje fue del 41%. Tras la sentencia, en 1973, la ratio disminuyó al 21%. En 2020 fue del 9,7%. Después de que la Corte Suprema dejara la puerta abierta a que los Estados regulen como quieran el aborto, con la

anulación de *Roe v. Wade* en 2022, es de esperar que este porcentaje vaya a volver a subir.

⁴ Los datos aportados por ambas organizaciones difieren porque utilizan métodos distintos. Aun así, las tendencias que muestran son prácticamente las mismas. Cabe puntualizar también que ambas instituciones únicamente incluyen los abortos inducidos legales llevados a cabo en clínicas u hospitales o aquellos realizados mediante medicamentos abortivos distribuidos por instituciones certificadas.

3. El panorama legislativo y jurisprudencial del aborto en España

La protección del derecho al aborto en España, después de la dictadura franquista, se inició con la **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal**. Esta ley instauró el llamado **sistema de indicaciones**, despenalizando el aborto en tres supuestos: en primer lugar, en caso de grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (indicación terapéutica); en segundo lugar, en caso de que el embarazo haya sido consecuencia de una violación (indicación ética); y, en tercer lugar, en caso de graves malformaciones físicas o psíquicas del feto (indicación eugenésica), cada uno de los supuestos con ciertas condiciones.

El Proyecto de esta Ley Orgánica fue recurrido ante el Tribunal Constitucional mediante un recurso de inconstitucionalidad presentado por 54 Diputados, que fue resuelto en la **Sentencia 53/1985**, de 11 de abril. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece que el derecho a la vida, reconocido en el artículo 15 de la Constitución, es el valor superior del ordenamiento jurídico constitucional en cuanto es “*el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*” (FJ 3), y parte de la idea de que la vida humana es un proceso que comienza con la concepción (FJ 5).

Con esta noción como punto de partida, el Tribunal razona que, si la Constitución protege la vida, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento de desarrollo de la vida misma. Concluye que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución pero que no hay argumentos suficientes para concluir que a este le corresponda la titularidad del derecho a la vida (FJ 5 y FJ 7).

Dada la especial relación del feto respecto de la madre, el Tribunal considera que el legislador puede excluir la protección penal de la vida del *nasciturus* en determinados supuestos en los que entre en colisión con valores constitucionales también de muy relevante significación como la vida y la dignidad de la mujer. Como no se puede afirmar el carácter absoluto de ninguno de los valores jurídicos, el Tribunal expone que debe hacerse una ponderación para precisar las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos (FJ 9).

Después de hacer estas consideraciones generales, el Tribunal pasa a hacer un examen de constitucionalidad de cada una de las indicaciones (FJ 11). En primer lugar, en el caso del supuesto de grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, si la vida del *nasciturus* se

protegiera incondicionalmente, se protegería más la vida del no nacido que la vida del nacido, por lo que el Tribunal considera constitucional la prevalencia de la vida y de la salud de la madre. En segundo lugar, en caso de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, la gestación ha tenido su origen en un acto contrario a la voluntad de la mujer, realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal, por lo que el Tribunal considera que obligar a la mujer a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible y por ello esta indicación no puede estimarse contraria a la Constitución. Por último, respecto de la indicación relativa a la probable existencia de graves malformaciones del feto, el Tribunal considera que en este caso la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia, por lo que tampoco es inconstitucional.

Tras esta sentencia, el sistema de indicaciones se mantuvo hasta que, en 2010, se aprobó la **Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**, que estableció un **sistema de plazos**. En el artículo 14 de esta Ley Orgánica se despenalizó el aborto a petición de la mujer realizado durante las primeras catorce semanas de gestación y se amplió el plazo de la interrupción del embarazo por causas médicas, es decir, por grave peligro para la vida o la salud de la embarazada o por riesgo de anomalía grave en el feto, a las veintidós semanas.

En junio de 2010, el Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de esta ley⁵. No ha sido hasta el 9 de febrero de 2023 que el Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre este asunto, desestimando el recurso⁶, aunque la sentencia no ha sido publicada a la fecha de entrega de este trabajo. En 2014, cuando el Partido Popular llegó al Gobierno, quiso sacar adelante un proyecto de ley del aborto que eliminaba el sistema de plazos establecido en 2010 para volver al sistema de justificación de la decisión de 1985⁷. Dado el rechazo social que causó⁸, el ejecutivo retiró el proyecto⁹. En 2015, se eliminó el apartado

⁵ Recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁶ *Nota informativa N.º 9/2023 del Tribunal Constitucional*. (2023, 9 de febrero).

⁷ *Informe sobre el anteproyecto de Ley de Protección de vida del concebido*. (2013). <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/201213enlaceaborto.aspx/>

⁸ “El tren de la libertad” se manifiesta en Madrid contra la reforma del aborto. (2014, 1 de febrero). *Cadena Ser*. https://cadenaser.com/ser/2014/02/01/espana/1391215817_850215.html

⁹ Rajoy confirma la retirada de la ley del aborto por falta de consenso. (2014, 23 de septiembre). *El País*. https://elpais.com/politica/2014/09/23/actualidad/1411473129_685551.html

cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010 mediante la **Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo**, lo cual supuso que a partir de ese momento las menores de edad de 16 y 17 años necesitaran permiso de los padres o tutores legales para abortar.

En 2023, se ha aprobado la **Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010**. Las novedades más significativas que introduce esta nueva reforma son, por un lado, la reincorporación de la posibilidad de las menores de 16 y 17 años de abortar sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales (añadiendo el art. 13 bis a la ley), derogando así la Ley Orgánica 11/2015, y, por otro lado, que se eliminan, como requisitos para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo, la obligación de recibir información sobre las prestaciones y ayudas de apoyo a la maternidad y el plazo de reflexión de tres días (modificando el art. 13 de la ley, relativo a los requisitos necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo).

También cabe mencionar que la nueva reforma introduce la obligación de crear, en cada Comunidad Autónoma y en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, “*un registro de personas profesionales sanitarias que decidan objetar por motivos de conciencia respecto de la intervención directa en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo*” (artículo 19 ter de la Ley 2/2010). El objetivo de esta última medida es garantizar el acceso al aborto de todas las mujeres, independientemente del lugar en el que residan, sin tener que desplazarse a otra Comunidad Autónoma para recibir esta prestación, ya que, como se ha visto en el apartado de las estadísticas, en 12 provincias y en las dos ciudades autónomas, no hubo ningún centro que notificara ninguna interrupción voluntaria del embarazo en 2021.

4. El derecho al aborto en EE. UU.: de *Roe v. Wade* a *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*

El 22 de enero de 1973, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó una de las sentencias que ha tenido mayor impacto en la sociedad norteamericana en las últimas décadas, ***Roe v. Wade***, 410 U.S. 113 (1973) (en adelante, *Roe*), la cual analizó la constitucionalidad de unas leyes penales de Texas que prohibían el aborto únicamente con la excepción de que se realizara para salvar la vida de la madre. Ya desde un principio, la mayoría de la Corte Suprema de 1973 dejó claro que era consciente de que se trata de un tema profundamente sensible que involucra

convicciones ferozmente enfrentadas. Tras toda una argumentación histórica y constitucional que expondré seguidamente, la sentencia terminó reconociendo que el derecho al aborto estaba incluido en el **derecho a la privacidad**¹⁰, protegido por la cláusula de libertad de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución americana. Además, por existir dos intereses contrapuestos (por un lado, el derecho de la mujer a decidir y, por otro lado, los intereses de los Estados en proteger la salud de la madre y la vida potencial), *Roe* hizo una **balanza** entre ellos y estableció un **sistema trimestral** que pauta el grado de intervención de los Estados en la decisión de la mujer en función de la etapa del embarazo en la que se encuentre¹¹:

1. Durante el primer trimestre de embarazo, la decisión de abortar y su realización corresponde al médico que atiende a la mujer embarazada.
2. Después del final del primer trimestre, los Estados pueden ejercer su interés de proteger la salud de la madre. En caso de hacerlo, deben regular el procedimiento abortivo de forma que esta regulación esté razonablemente relacionada con el interés mencionado.
3. A partir del momento en el que el feto sea viable¹², los Estados pueden ejercer su interés de proteger la vida humana potencial. En caso de hacerlo, podrán regular o incluso prohibir el aborto, excepto si es necesario para preservar la vida o la salud de la madre.

Por lo tanto, esta decisión reconoció que el derecho al aborto estaba protegido por la Constitución y, a su vez, permitió que los Estados impusieran restricciones mayores a medida que el embarazo avanzara, siempre que estas tuvieran como primordial objetivo los intereses reconocidos a los Estados.

Casi veinte años después de esta decisión histórica, el 29 de junio de 1992, la Corte Suprema decidió el caso *Planned Parenthood of South-eastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (en adelante, *Casey*). En esta sentencia, la opinión conjunta¹³ de la Corte mantuvo el argumento central de Roe, que un Estado no puede proteger constitucionalmente la vida fetal antes de la viabilidad, pero hizo algunas matizaciones. Entre ellas cabe destacar que rechazó el esquema

¹⁰ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973), p. 153.

¹¹ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973), p. 164.

¹² El criterio de la viabilidad es uno de los puntos más polémicos de la sentencia. Más adelante expondré las discusiones que ha suscitado. La sentencia expone que un feto es viable a partir del momento en el que sea capaz de sobrevivir fuera del claustro materno. Según la sentencia de *Dobbs*, en el momento de dictarse *Roe* la viabilidad estaba entorno a las 28 semanas [*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 52].

¹³ Traducción de *controlling opinion*. "When a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, the holding of the Court may be viewed as the position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds" [*Marks v. United States*, Opinion of the Court, II (1977)]. Por lo tanto, según esta definición de la Corte Suprema, la opinión conjunta puede ser una mera concurrencia, no tiene por qué ser una pluralidad.

de trimestres de *Roe* y lo sustituyó por una regla bajo la cual los Estados tenían prohibido adoptar cualquier regulación que impusiera una **carga indebida**¹⁴ sobre el derecho a las mujeres a abortar.

Tras varias décadas en las que las mujeres en EE. UU. dispusieron del poder de control sobre sus vidas reproductivas, el pasado 24 de junio de 2022, la Corte Suprema destruyó la construcción de *Roe* y *Casey*, como si de una bola de demolición se tratase, con la sentencia del caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022) (en adelante, *Dobbs*). Esta declara constitucional una ley de Mississippi que prohíbe el aborto después de las 15 semanas (con la excepción de que exista una emergencia médica o malformaciones severas del feto)¹⁵ y, anulando los precedentes de *Roe* y *Casey*, sostiene que la Constitución no confiere un derecho a abortar¹⁶. Con ello, la Corte confirió absoluta libertad a los Estados para regular o prohibir el aborto en cualquier circunstancia.

En este apartado, por su mayor relevancia, centraré el análisis en las sentencias de *Roe* y *Dobbs*: expondré la argumentación de la primera y la contrastaré con la crítica arrolladora que hace la segunda, mencionando también la opinión disidente de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan en esta última.

4.1. El análisis histórico del aborto

Roe inicia su argumentación con un extenso análisis histórico del aborto¹⁷, remontándose hasta la antigüedad. Expone que, en las antiguas Grecia y Roma, en general, no se condenaba el aborto, pero había corrientes ideológicas que sí lo hacían, y fueron estas las que adoptó posteriormente el cristianismo y se acabaron convirtiendo en mayoritarias.

Seguidamente, por ser el origen del derecho americano, la sentencia pasa a analizar qué visión se tenía del aborto en los inicios del *common law*. Expone que es indiscutible que el aborto no se consideraba una ofensa si se realizaba antes del momento del llamado *quickenning*¹⁸, que es

¹⁴ Traducción de *undue burden*. “La carga indebida surge si el propósito o efecto de la restricción estatal a un aborto ha establecido un obstáculo substancial para alguien que quiere un aborto de un feto no viable”. Cornell Law School. Legal Information Institute. https://www.law.cornell.edu/wex/undue_burden.

¹⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 78.

¹⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 69.

¹⁷ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973), pp. 129 – 147.

¹⁸ Según la sentencia de *Dobbs*, hay discusión en torno al criterio de *quickenning*. Algunos atribuyen la regla a la ausencia de métodos científicos en aquella época para detectar el embarazo en etapas tempranas y otros, como argumenta la Procuradora General en sus alegaciones en el caso *Dobbs*, explican que antes del momento de *quickenning*, el *common law* no consideraba que el feto tuviera una existencia separada e independiente. En todo caso, el criterio de *quickenning*, a efectos de este trabajo, solo tiene relevancia para el análisis histórico, pero no para la discusión de fondo del asunto porque fue abandonado en el siglo XIX, según expone la sentencia de *Dobbs*. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 21 – 22.

el primer movimiento del feto en el útero que nota la mujer embarazada, que se suele producir entre las semanas 16 y 18 del embarazo. La primera norma penal inglesa contra el aborto llegó en 1803 y penalizaba severamente el aborto de un feto después del momento de *quickening* y de manera menos lesiva antes de ese momento.

En cuanto al derecho americano, la sentencia explica que, hasta mediados del siglo XIX, el *common law* estaba vigente en la gran mayoría de los Estados y no fue hasta después de la Guerra Civil que se empezó a reemplazar. La mayoría de estas normas iniciales eran severas con el aborto después del momento de *quickening*, pero tolerantes con el mismo si se realizaba antes de ese momento. A partir de entonces, el criterio de distinción de *quickening* fue desapareciendo de forma gradual y el nivel de penalización fue aumentando. Según *Roe*, hacia finales de los años 50 del siglo XX, la gran mayoría de las jurisdicciones prohibían el aborto, de cualquier forma y en cualquier momento, con la única excepción del aborto practicado para salvar la vida de la madre. Lo que pretende *Roe* con este examen de la evolución histórica de la consideración del aborto es poner en evidencia que la mujer tenía un derecho mucho más amplio a terminar su embarazo durante gran parte del siglo XIX que en el momento en el que se dicta la sentencia.

Por su parte, *Dobbs* considera que para determinar si ciertos derechos no mencionados explícitamente en la Constitución, como es el caso del derecho al aborto, están protegidos por la misma, el análisis histórico que tiene que hacerse debe tener en cuenta los orígenes de la enmienda en cuestión, los debates parlamentarios para su aprobación, las leyes estatales y federales en vigor cuando se ratificó esa enmienda, etc. Continúa diciendo que, si se realiza esta indagación en el presente caso, la respuesta es que la Decimocuarta Enmienda no protege el derecho al aborto¹⁹.

El argumento principal que utiliza para defender esta tesis es que, en el momento en el que se adoptó la Decimocuarta Enmienda, 28 de 37 Estados habían promulgado leyes penalizando el aborto incluso antes del momento de *quickening* y, de los 9 Estados restantes, todos menos uno lo había hecho en 1910. También menciona que, hacia finales de los años 50, la legislación en todos los Estados menos en cuatro y en el distrito de Columbia, prohibían el aborto, con la excepción de que se hiciera para salvar o preservar la vida de la madre²⁰. Por todo esto, *Dobbs* considera que *Roe* ignoró o expuso erróneamente esta historia y *Casey* no quiso reconsiderar el

¹⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 14 – 15.

²⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 23.

análisis histórico de *Roe*. Concluye que el derecho al aborto no está arraigado en la historia de la nación, sino que, por el contrario, desde los inicios del *common law* hasta 1973, persistió una tradición de prohibir el aborto bajo castigo penal.

En este punto, me parece interesante exponer la réplica de la opinión disidente a la sentencia de *Dobbs* de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan: señalan que lo que viene a decir la mayoría en la sentencia es que en el siglo XXI debemos interpretar la Decimocuarta Enmienda de la misma manera que lo hicieron sus ratificadores en el siglo XIX. Pero la cuestión es que quienes ratificaron esta enmienda fueron hombres, por lo que no debería sorprender que no fueran perfectamente conscientes de la importancia de los derechos reproductivos para la libertad de las mujeres o para su capacidad de participar en la sociedad en igualdad²¹. Los ratificadores no consideraban a las mujeres como plenos miembros de la sociedad. Prueba de ello es que, en 1868, cuando se aprobó la enmienda en cuestión, aún faltaba medio siglo para que las mujeres pudieran votar. Según los jueces disidentes, cuando la mayoría dice que debemos leer la Constitución como se hacía al tiempo de su ratificación, está relegando a las mujeres como ciudadanas de segunda.

Pero, continúan, los tiempos y la posición de la mujer en la sociedad han cambiado y, con ellos lo ha hecho el derecho constitucional. La relegación de la mujer a un estatus inferior tanto en la esfera pública como en el ámbito familiar ya no es consistente con el entendimiento de la Constitución. Los constituyentes eran conscientes de que estaban redactando un documento diseñado para poder ser aplicado a lo largo de los siglos, independientemente de las circunstancias cambiantes. Por ello, no definieron derechos haciendo referencia a las específicas prácticas existentes en ese momento, sino que establecieron derechos en términos generales para permitir su evolución dentro de su ámbito y su significado²².

4.2. El lugar del derecho al aborto en la Constitución

En *Roe*, la Corte Suprema establece que el derecho al aborto se encuentra dentro del **derecho a la privacidad**. Este derecho no está explícitamente mencionado en la Constitución americana. No obstante, la Corte explica que, en diversas sentencias, había ido reconociendo que un derecho a la privacidad personal o una garantía de ciertas áreas de privacidad existen bajo la Constitución, concretamente en las Enmiendas Primera, Cuarta, Quinta o Novena o en el concepto de libertad garantizada por la primera sección de la Decimocuarta Enmienda²³. Las

²¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 14.

²² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 16.

²³ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973), p. 152.

decisiones de los tribunales en los que así se ha justificado dejan claro dos cosas: en primer lugar, que solo los derechos personales que se pueden considerar fundamentales o implícitos en el concepto de libertad están incluidos en la garantía de privacidad personal, y, en segundo lugar, que este derecho tiene cierta extensión a actividades relacionadas con el matrimonio, la contracepción, las relaciones familiares y la crianza y la educación de los hijos.

Por ello, *Roe* reconoce que el derecho a la privacidad es lo suficientemente amplio como para abarcara la decisión de la mujer sobre si continuar o no con su embarazo²⁴. Continúa diciendo que el detrimento que impondría un Estado a la mujer embarazada al denegar esta elección es evidente y se puede manifestar en forma de daño específico y directo diagnosticable incluso a principios del embarazo o en forma del daño psicológico que supone tener un hijo no deseado. Aun así, la Corte hace una matización y dice que **el derecho a abortar no es absoluto**²⁵ y que, a partir de cierto momento en el embarazo, los intereses de los Estados de salvaguardar la salud, mantener los estándares médicos y proteger la vida potencial, se vuelven lo suficientemente relevantes como para sostener la regulación de control del aborto. Es por ello por lo que *Roe* acaba haciendo la balanza de intereses que se analiza en el punto 4.4.

Por su parte, *Dobbs* expresa que, puesto que la Constitución no hace referencia expresa al derecho a obtener un aborto, aquellos que defienden que protege dicho derecho deben mostrar que está implícito de alguna manera en el texto constitucional, cosa que considera que *Roe* no hace. Cree que *Roe* se limitó a exponer que el derecho a la privacidad, que tampoco está explícito en la Constitución, puede proceder de cinco provisiones constitucionales distintas (las Enmiendas que ya se han mencionado), sin especificar su localización exacta.

Por el contrario, *Casey* sí que se decantó y se basó en la teoría de que el derecho a obtener un aborto es parte de **la libertad protegida por la cláusula del debido proceso**²⁶ de la sección primera de la Decimocuarta Enmienda²⁷. Ante este hecho, la Corte de *Dobbs* expone que las decisiones de este tribunal han sostenido que la cláusula del debido proceso protege dos categorías de derechos sustantivos: por un lado, la primera categoría consiste en los derechos

²⁴ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973), p. 153.

²⁵ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973), p. 154.

²⁶ Traducción de *Due Process Clause*.

²⁷ Traducción de la Sección Primera de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos: *Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.*

garantizados por las ocho primeras enmiendas y, por otro lado, la segunda categoría, la que concierne en el presente caso, está compuesta por una lista de derechos fundamentales que no están mencionados en ningún lugar de la Constitución²⁸. Para determinar si un derecho está incluido en esta segunda categoría, la Corte considera que hay que analizar si el derecho en cuestión está arraigado en la historia y la tradición de la Nación. Como ya se ha desarrollado en el punto 4.1., *Dobbs* considera que el derecho al aborto no forma parte de la historia del derecho americano y, por ello, no entra en la esfera de protección de la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda.

4.3. Los motivos para regular el aborto penalmente

Roe identifica tres motivos que históricamente se han alegado para justificar la existencia de leyes de penalización del aborto²⁹. El primero es la desincentivación de conductas sexuales ilícitas, el cual no es alegado por Texas en el presente caso ni es considerado de manera seria por ningún tribunal.

El segundo motivo es **el peligro que supone el aborto, como procedimiento médico, para la mujer**. La sentencia describe que, antiguamente, la mortalidad de los abortos era elevada y que, por ello, se ha ido argumentando que la razón por la que los Estados han querido regular en contra del aborto es para proteger la vida y la salud de la embarazada. Sin embargo, establece que, al tiempo de dictarse la sentencia, las tasas de mortalidad de las mujeres que se someten a abortos tempranos, donde el procedimiento es legal, son igual o más bajas que las tasas para los partos. Por ello, sigue, cualquier interés de los Estados en proteger a la mujer de un procedimiento peligroso ha desaparecido de manera significativa. Añade que la prevalencia de altas tasas de mortalidad en caso de abortos ilegales fortalece, en lugar de debilitar, el interés de los Estados en regular las condiciones bajo las que se tienen que llevar a cabo los abortos. En relación con esto último, la opinión disidente a la sentencia de *Dobbs* aporta un dato más actual sobre esta cuestión: una mujer americana tiene 14 veces más posibilidades de morir llevando a cabo un embarazo a término que teniendo un aborto³⁰.

El tercer motivo que, según *Roe*, se ha alegado históricamente para penalizar el aborto es el **interés de los Estados en proteger la vida prenatal**. Parte del argumento para justificar esta razón radica en la teoría de que la vida humana empieza en el momento de la concepción, ya que solo a partir de esta afirmación se puede argumentar que el interés de los Estados en

²⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 11 – 12.

²⁹ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973) pp. 147 – 152.

³⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 22.

proteger la vida humana se extiende al no nacido. En este escenario, la vida del feto prevalecería en todo caso, excepto cuando la vida de la madre esté en peligro. Pero, la Corte expone que no le pertenece resolver la difícil cuestión de cuando empieza la vida, cuando la medicina, la filosofía y la teología son incapaces de llegar a un consenso. Considera que el poder judicial no está en posición de especular sobre la respuesta a esta cuestión.

Es en base a estos dos motivos principales que *Roe* estableció su sistema trimestral, haciendo la balanza de intereses que analizaré en el siguiente apartado.

4.4. La balanza de intereses

La Corte de *Roe*, como ya se ha expuesto, siendo consciente de la complejidad de la cuestión del aborto, estableció, como se suele hacer cuando hay derechos constitucionales en pugna, una ponderación, una balanza entre ellos.

Por un lado, según *Roe*, respecto del importante y legítimo **interés de los Estados en salvaguardar la salud de la madre**, el punto de inflexión, de acuerdo con el conocimiento médico de aquel momento, se estableció aproximadamente al final del primer trimestre, ya que fue hasta ese momento que la mortalidad en caso de aborto se consideró que era menor que la mortalidad en caso de parto normal³¹. Por este motivo, es a partir de ese momento que los Estados pueden regular el procedimiento de aborto de manera que se haga de forma razonable para preservar y proteger la salud de la madre. La sentencia cita como ejemplos de regulaciones permisibles de los Estados a partir de ese momento del embarazo, la cualificación y la licencia de la persona que realiza el aborto y el lugar en el que se debe llevar a cabo el procedimiento (ya sea un hospital, una clínica, etc.). Esto significa que, antes de este punto de inflexión, el médico, con el consentimiento de la paciente, es libre de determinar, sin regulación por los Estados, que el embarazo debe terminar.

Por otro lado, en relación con el igualmente importante y legítimo **interés de los Estados en la vida potencial**, el punto de inflexión según *Roe* es la **viabilidad**, ya que a partir de ese momento se presume que el feto puede sobrevivir fuera del vientre de la madre³².

Por ello, *Roe* consideró que la ley de Texas que se analizó en el caso era inconstitucional porque invalidaba los derechos de la mujer embarazada y tenía en cuenta únicamente los intereses del Estado, que, como establece la sentencia, por muy importantes y legítimos que sean, se tienen que ponderar. Eso lo considera así *Roe* porque esta ley penal no hacía ninguna distinción entre

³¹ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973) p. 163.

³² *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973) p. 163.

abortos realizados al principio del embarazo y los practicados más adelante y limitaba la justificación del aborto a una sola razón, salvar la vida de la madre³³.

Dobbs critica ampliamente esta balanza de intereses que hace *Roe* y su sistema trimestral. Considera que *Roe* estableció una determinada balanza entre los intereses de la mujer que quiere un aborto y los intereses de la vida potencial, pero que los ciudadanos de los distintos Estados pueden evaluar esos intereses de manera distinta. En algunos Estados, los votantes pueden creer que el derecho al aborto debería ser más extenso que el derecho que reconoce *Roe* y los votantes de otros Estados pueden querer interponer restricciones más estrechas basándose en su creencia de que el aborto destruye un ser humano no nacido³⁴.

Además, según la Corte del más reciente de los casos, el esquema dividido en trimestres y el criterio de la viabilidad no fueron alegados por ninguna de las partes, sino que fue de propia creación de la Corte. Consideran que, con ello, la Corte se extralimitó de sus funciones, porque el esquema se asemejaba más al trabajo que le corresponde al legislador.

Respecto al criterio de la viabilidad, *Dobbs* denuncia que *Roe* justificó de forma muy deficiente la distinción entre los abortos pre-viabilidad y post-viabilidad. Según *Dobbs*, el problema más obvio proviene de la propia definición del concepto de “viable”, porque que un feto lo sea o no, depende de factores que nada tienen que ver con sus características. Explica que, debido al desarrollo de las prácticas médicas, la viabilidad ha ido variando a lo largo de los años; cuando *Roe* se decidió, el momento a partir del cual el feto era viable estaba estimado alrededor de las 28 semanas. Sin embargo, los demandados en el caso de *Dobbs* la sitúan entre las 23 y las 24 semanas.

Continúa diciendo que la viabilidad también depende de la calidad de las instalaciones médicas disponibles y plantea los siguientes interrogantes: ¿con base a qué podría el estatus constitucional de un feto depender de la localización de la mujer embarazada? ¿Puede ser que el feto que es viable en una gran ciudad de EE. UU. tenga un estatus moral privilegiado del que no goza un feto idéntico en un área remota de un país pobre?³⁵ El interrogante que me genera a mí personalmente esta última pregunta es por qué hacen referencia a un país pobre, si la ley que se discute es, evidentemente, de aplicación únicamente en EE. UU.. Además, haciendo esta comparación, ignoran completamente las desigualdades que hay dentro del propio país. Unas

³³ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973) p. 164.

³⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 31.

³⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 51 – 53.

desigualdades que, dejando la decisión del derecho al aborto en manos de los Estados, se harán más notables para las mujeres que quieran abortar y no puedan hacerlo por su falta de recursos económicos.

En cambio, en la opinión disidente a la sentencia de *Dobbs*, los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, expresan que los motivos por los que la Corte estableció una balanza, como se suele hacer cuando hay valores y finalidades contrapuestas, fueron la conciencia de que los americanos sostienen puntos de vista profundamente distintos sobre la moralidad de terminar un embarazo y el reconocimiento de que los Estados tienen intereses legítimos en proteger la vida de un feto³⁶. En *Dobbs*, la opinión mayoritaria deshace esa balanza y al hacerlo establece que la mujer no tiene derecho a decidir, desde el momento de la fertilización. Un Estado puede obligarla a llevar a término un embarazo, aunque eso suponga exorbitantes costes personales y familiares.

La ley de Mississippi discutida en este caso prohíbe los abortos después de la quincena semana de embarazo. Sin embargo, la opinión disidente explica que, bajo el fallo de la opinión mayoritaria, la ley de otro Estado podría hacerlo después de diez, cinco o tres semanas o incluso desde el momento de la fertilización. Dicen los disidentes que algunos Estados ya lo hicieron con anticipación al fallo de *Dobbs*: algunos Estados ya promulgaron leyes que incluyen todas las formas de procedimientos abortivos y que no contemplan excepciones en caso de que la mujer sea víctima de violación o incesto³⁷. De hecho, según datos del Guttmacher Institute, los Estados han promulgado 1381 restricciones al derecho al aborto desde que *Roe* se decidió, el 46% de las cuales en la última década³⁸.

Por lo tanto, la sentencia de *Dobbs* otorga absoluta libertad a los Estados para restringir los abortos en cualquier circunstancia que quieran, incluso pueden, si así lo desean, llegar a penalizar como quieran a los que practican abortos o a las propias mujeres que aborten o intenten hacerlo y también impedir a esas mujeres viajar a otro Estado a abortar. No obstante, tal y como dice la opinión disidente, lo más aterrador de todo de la decisión de *Dobbs* es que no impide que el Gobierno Federal pueda llegar a prohibir los abortos a nivel nacional³⁹. Los disidentes añaden que algunas mujeres, especialmente las que tienen recursos, serán capaces de

³⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 2.

³⁷ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 2.

³⁸ *US states have enacted 1,381 abortion restrictions since Roe v. Wade was decided in 1973*. (2022, junio 28). Guttmacher Institute. <https://www.guttmacher.org/infographic/2022/us-states-have-enacted-1381-abortion-restrictions-roe-v-wade-was-decided-1973>.

³⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 3.

encontrar vías de escape al poder de los Estados. Otras, aquellas sin recursos o sin la posibilidad de tener una baja laboral por embarazo, no tendrán tanta suerte. Tal vez tendrán la criatura, con los costes personales y familiares que ello conlleva, o tal vez intentarían un método abortivo inseguro, que les podrá generar un grave perjuicio para la salud o incluso la muerte.

Asimismo, la opinión disidente añade que la opinión mayoritaria se empeña en que *Roe* y *Casey* son contrarias al interés del Estado de proteger la vida potencial, pero es precisamente por la fuerza de estos intereses estatales que la Corte permitió mayores restricciones al derecho al aborto de las que se han permitido para otros derechos que derivan de la Decimocuarta Enmienda⁴⁰, los cuales se analizan en el siguiente apartado.

4.5. La relación de *Roe* y *Casey* con otros casos

Uno de los motivos más relevantes por los que *Dobbs* considera que el derecho al aborto no está protegido por la Constitución es que, desde su punto de vista, este derecho no tiene una base en la jurisprudencia.

En *Roe* se hace referencia al hecho de que las decisiones de la Corte Suprema relacionadas con el derecho a la privacidad dejan claro que este derecho tiene cierta extensión a actividades relacionadas con el matrimonio, la procreación, la anticoncepción, las relaciones familiares y la crianza y la educación de los hijos⁴¹. Por su parte, *Casey* se basó en casos relacionados con el derecho a casarse con una persona de diferente raza, el derecho a casarse mientras se está en la cárcel, el derecho a obtener anticonceptivos, el derecho a residir con familiares, el derecho a tomar decisiones sobre la educación de los hijos, el derecho a no ser esterilizado sin consentimiento y el derecho en determinadas circunstancias a no someterse a cirugía involuntaria. Los demandados y la Procuradora General en el caso de *Dobbs* alegan también otros casos post-*Casey* relacionados con el derecho a mantener actos sexuales consensuados y el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo⁴².

Según la opinión mayoritaria de *Dobbs*, todos estos intentos de justificar el aborto a través de peticiones para obtener un derecho a la autonomía más amplio están fuera de lugar, ya que, a su juicio, estos criterios, elevados a un mayor nivel de generalidad, podrían llegar a incluir supuestos derechos fundamentales al consumo ilícito de drogas o a la prostitución⁴³, por ejemplo. Asimismo, lo que opinan es que lo que distingue el derecho al aborto de los derechos

⁴⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 11.

⁴¹ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court, (1973) p. 152.

⁴² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 31 – 32.

⁴³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 32.

reconocidos en los casos citados por *Roe* y *Casey* es que el aborto destruye una vida potencial y ninguno de esos derechos alegados involucra una cuestión moral tan crítica como esta.

Contrariamente, la opinión disidente de *Dobbs* considera que, efectivamente, el derecho a terminar un embarazo sí está vinculado con otras libertades relacionadas con la integridad corporal, las relaciones familiares y la procreación y, de manera más directa, con el derecho a obtener y usar contracepción. A lo largo de tres casos que citan los disidentes⁴⁴, la Corte Suprema ha sostenido que este derecho, el de acceso y uso de la contracepción, es parte de la garantía de libertad de la Decimocuarta Enmienda. Desde mi punto de vista, la relación entre el derecho al aborto y el derecho a acceder y usar contracepción es evidente porque la privación de ambos tiene un mismo resultado: un embarazo no deseado. Y cuando esto sucede, la libertad de la mujer está en peligro. Es precisamente por la posibilidad de controlar su vida reproductiva que las mujeres han tenido mayor facilidad para participar en la sociedad en igualdad.

Todos estos derechos que se han comentado en estas últimas líneas forman parte del mismo entramado constitucional. Sin embargo, la opinión mayoritaria le dice a todo el mundo que no se preocupe, que se puede extraer el derecho a elegir del edificio constitucional sin afectar a ningún derecho asociado. En este punto, la opinión disidente utiliza una metáfora que me parece muy ilustrativa: “imagina a alguien diciéndote que una torre de Jenga no se va a caer por mucho que vayas extrayendo fichas”⁴⁵. No obstante, un juez de la Corte Suprema, el juez Thomas, en su opinión concurrente en la sentencia de *Dobbs*, opina que en un futuro la Corte debería reconsiderar otros precedentes⁴⁶. Por lo tanto, al menos un juez de la Corte ya está planeando usar el argumento de la decisión de *Dobbs* una y otra vez.

De acuerdo con la opinión mayoritaria, la Constitución no protege el derecho al aborto únicamente por el hecho de que la ley no protegía esta elección de la mujer en el siglo XIX, como ya se ha explicado en el apartado sobre el análisis histórico. Pero, como señalan los disidentes, la ley tampoco protegía entonces el derecho a las relaciones íntimas y al matrimonio entre personas del mismo sexo, el derecho al matrimonio entre personas de distinta raza, el derecho a usar contracepción o el derecho a no ser esterilizado sin consentimiento. De ello extraen que, si la mayoría tiene razón en su análisis legal, todas esas decisiones que

⁴⁴ Las tres sentencias que citan los jueces de la opinión disidente de *Dobbs* son las siguientes: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) y *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977). En *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 24.

⁴⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 25.

⁴⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Thomas, J., concurring, (2022) p. 3.

reconocieron estos derechos son incorrectas y todas esas cuestiones deben decidir las también los ciudadanos y sus representantes electos. Y, si eso es cierto, es imposible entender cómo puede decir la mayoría que la decisión de hoy no amenaza a otros derechos constitucionales, porque, según dicen, aunque se asuma que la mayoría es sincera, la relevancia futura del fallo de *Dobbs* se decidirá en el futuro. Por todo esto, la opinión disidente acaba diciendo que o bien la mayoría no se cree realmente su razonamiento o bien, si lo hace, todos los derechos que no tienen una historia que se remonte a mediados del siglo XIX están en peligro⁴⁷.

4.6. La doctrina *stare decisis*

Uno de los puntos más importantes de la sentencia de *Dobbs* es la discusión de si la doctrina de *stare decisis* establece la aceptación de *Roe* y *Casey*. Se trata de la doctrina que establece que “los tribunales se adherirán a la jurisprudencia al tomar sus decisiones”. En latín significa “mantener las cosas decididas”. “Cuando un tribunal hace frente a un argumento legal, si un tribunal anterior ha fallado sobre el mismo tema o sobre una cuestión estrechamente relacionada, entonces el tribunal deberá tomar su decisión en la línea de la decisión previa”⁴⁸.

La manera en la que he organizado este apartado es contrarrestando lo que dice la opinión mayoritaria con lo que dice la opinión disidente de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, porque creo que es interesante comparar cómo los distintos grupos de jueces han interpretado esta doctrina como para llegar a conclusiones opuestas.

Primeramente, la propia sentencia se encarga de enumerar las funciones de esta doctrina⁴⁹:

- Protege los intereses de aquellos que han actuado para conseguir una determinada decisión pasada.
- Reduce los incentivos para modificar la jurisprudencia, ahorrando a las partes y a los tribunales los gastos de una litigación infinita.
- Promueve la toma de decisiones “imparcial” al requerir que casos similares se resuelvan de manera similar.
- Contribuye a la integridad del sistema judicial.
- Contiene la arrogancia judicial y recuerda respetar el juicio de aquellos que han tenido que lidiar con importantes decisiones en el pasado.
- Es una manera de acumular y transferir el conocimiento de las generaciones pasadas.

⁴⁷ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 5.

⁴⁸ Cornell Law School. Legal Information Institute. https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis.

⁴⁹ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 39.

Por su parte, la opinión disidente también da comienzo al análisis de esta cuestión repasando de nuevo sus funciones, pero añade algunas que la opinión mayoritaria no menciona⁵⁰:

- Mantiene la estabilidad que permite a los ciudadanos ordenar sus vidas conforme a la ley.
- Contribuye a la integridad del sistema constitucional, asegurando que las decisiones están fundamentadas en derecho en lugar de en propensiones individuales.
- Mantiene la justicia constante y no sujeta a los cambios de opinión de cada juez, dando preferencia a la jurisprudencia en lugar de a los juristas.

Estas funciones me parecen relevantes a efectos de determinar el enfoque con el que unos y otros jueces hacen la interpretación de esta doctrina.

Tras repasar sus funciones, la opinión mayoritaria dice que la Corte Suprema ha reconocido durante mucho tiempo que *stare decisis* no es un “comando inexorable” y que cuando una de sus decisiones constitucionales es equivocada, la Corte debe corregirla para evitar que el país quede atascado en ese error⁵¹. Según la opinión disidente, de las funciones de *stare decisis* se desprende que la Corte Suprema no puede anular una decisión sin una justificación especial. Según ellos, por supuesto que a veces es apropiado anular una decisión, pero la Corte debe tener una buena razón para hacerlo más allá de la creencia de que “el precedente se decidió de manera errónea”⁵². Continúan diciendo que no es suficiente la creencia de los jueces de que ahora se decidiría el caso de manera distinta a cómo se decidió en su momento. También explican que *Casey*, al que llaman “un precedente sobre precedentes”, revisó todos los argumentos que se utilizan en *Dobbs* para anular *Roe* y consideró que hacerlo no estaba justificado. Según los disidentes, la Corte cambia de parecer en *Dobbs* por una sola razón: porque la composición de la Corte ha cambiado⁵³.

Seguidamente, la sentencia expone que ningún juez de la Corte ha argumentado que no se deben anular nunca las decisiones constitucionales y que, a través de los casos de este tribunal, se ha ido estableciendo un marco para decidir si un precedente debe ser anulado y una serie de factores que deben tenerse en cuenta para tomar dicha decisión. Según los disidentes, los factores tradicionales que ha utilizado la Corte Suprema para anular un precedente han sido: (a) un cambio en la doctrina legal que hacía obsoleta la decisión anterior, (b) un cambio fáctico

⁵⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 30.

⁵¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 39.

⁵² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 31.

⁵³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 6.

con el mismo efecto y (c) la ausencia de *reliance interests*⁵⁴ por haberse decidido el caso menos de una década antes⁵⁵. Los disidentes consideran que ninguno de estos factores aplica en este caso y que nada respalda anular una norma de medio siglo que da a las mujeres el control sobre sus vidas reproductivas. Señalan que la mayoría apenas menciona ningún cambio legal o fáctico que haya ocurrido desde *Roe* y *Casey* y que lo único que hace es sugerir, sin demostrar, que las dos decisiones son de difícil aplicación por los tribunales y decir que ambas son enormemente erróneas. Esto último podría aplicarse a cualquier otro precedente con el que la mayoría estuviera en desacuerdo.

En cuanto a los cambios legales, la opinión disidente expresa que los ulteriores desarrollos legales solo han reforzado *Roe* y *Casey*, ya que la Corte ha seguido aceptando todas las decisiones que citan estas dos sentencias y ellas mismas han servido de fundamento para decisiones subsiguientes. Por poner un ejemplo de esto último, mencionan que la Corte Suprema se fundamentó en *Casey* para establecer que la Decimocuarta Enmienda protege las relaciones íntimas y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Asimismo, los jueces disidentes consideran que no ha habido ningún cambio fáctico subsiguiente que haya debilitado *Roe* y *Casey* ya que las mujeres continúan experimentando embarazos no deseados y estos continúan teniendo enormes consecuencias físicas, psicológicas, sociales y económicas. Según los datos que aportan, la prohibición de los abortos incrementa un 21% la mortalidad de las madres (siendo este porcentaje del 13% para las mujeres blancas y el 33% para las mujeres negras)⁵⁶. En respuesta al argumento de la opinión mayoritaria de la creciente prevalencia de las leyes que regulan los *safe havens*⁵⁷ y la creciente demanda de adopciones, los disidentes dicen que ninguno de estos dos factores reduce los riesgos para la salud de la embarazada ni los costes financieros que suponen el embarazo y el parto. Además, añaden que la decisión de desistir de los derechos parentales después de dar a luz es muy distinta de la decisión de no llevar a término un embarazo; independientemente de que decidan hacerse

⁵⁴ Más adelante en este punto defino el concepto de *reliance interests* y desarrollo el debate que surge entorno a ellos en la sentencia de *Dobbs*.

⁵⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 31.

⁵⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 39.

⁵⁷ Las *safe haven laws* permiten a los progenitores dejar a sus bebés en sitios seguros, donde reciben los cuidados necesarios hasta que se les encuentre un hogar. Para incentivar que se lleve a los bebés a estos lugares y que no se abandonen en lugares inseguros, se mantiene el anonimato de los padres del bebé y se les protege de acusaciones de abandono y puesta en peligro de niños. Children's Bureau. Child Welfare Information Getaway. (2023). *Infant Safe Haven Laws*. <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/safehaven.pdf>

cargo o no de su bebé, las mujeres que no puedan abortar experimentarán la profunda pérdida de autonomía y dignidad que supone un embarazo forzoso.

Antes de dar paso a los factores que tiene en cuenta la mayoría para analizar la doctrina *stare decisis*, creo que es de necesaria mención la referencia que hacen los disidentes al caso concreto de Mississippi, el Estado de donde es la ley que se discute en el caso *Dobbs*. La situación en este Estado ilustra lo poco que han cambiado los hechos desde *Roe* y *Casey* y, para demostrarlo, la opinión disidente cita los siguientes datos⁵⁸:

- El 62% de los embarazos en Mississippi son no deseados y, aun así, Mississippi no requiere que el seguro médico cubra contraceptivos y prohíbe que los educadores enseñen el correcto uso de la contracepción. El Estado tampoco prohíbe la discriminación por razón de embarazo ni requiere que se remuneren las bajas por maternidad.
- Pese a que el 86% de las muertes relacionadas con el embarazo en el Estado se deben a complicaciones postparto, Mississippi ha rechazado financiación federal para proveer cobertura médica durante un año a las mujeres que hayan dado a luz.
- Mississippi tiene la tasa de mortalidad infantil más alta de todo el país y de las más altas de nacimiento prematuro, bajo peso al nacer, cesáreas y muerte de las madres. En este Estado, es aproximadamente 75 veces más peligroso para una mujer llevar el embarazo a término que tener un aborto.

Con esto, los disidentes no quieren decir que todos los Estados sean como Mississippi, pero que si se realiza un análisis Estado por Estado se llega a la conclusión de que los Estados con políticas más restrictivas del aborto, son aquellos que continúan invirtiendo menos en la salud de las mujeres y de la infancia.

Para terminar con esta argumentación, la opinión disidente concluye que el único cambio notable que se puede observar desde *Roe* y *Casey*, pero que juega a favor de adherirse a la jurisprudencia, es que el derecho americano del aborto se ha ido alineando cada vez más con el de otros países⁵⁹. La mayoría declara que EE. UU. es un caso atípico en términos de la regulación del aborto⁶⁰, pero lo cierto es que la tendencia global ha sido hacia un incremento de la protección del aborto legal y seguro.

⁵⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) pp.41-43.

⁵⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 42.

⁶⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 53.

Por su parte, la opinión mayoritaria enumera cinco factores que, según ellos, juegan a favor de anular *Roe* y *Casey* y, por lo tanto, de no seguir en este caso la doctrina de *stare decisis*. A continuación, iré exponiendo cada uno de estos motivos expresando juntamente la crítica o el desacuerdo que expresa la opinión disidente.

El primero de ellos es **la naturaleza del error**⁶¹, ya que consideran que una interpretación errónea de la Constitución siempre es importante, pero en algunos casos es más dañina que en otros. Como ejemplo de caso especialmente dañino mencionan *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), la cual establecía la doctrina de “separados pero iguales”, que permitió a los Estados mantener escuelas y otras instalaciones segregadas por raza. Este precedente fue anulado con la sentencia del caso de *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). A renglón seguido, la Corte dice que *Roe* fue también “atrozmente errónea y profundamente dañina”. Por lo tanto, lo que hace aquí la opinión mayoritaria es poner al mismo nivel y comparar una sentencia del siglo XIX que declaraba constitucional la segregación racial con una sentencia que reconoció el derecho constitucional de las mujeres a controlar sus vidas reproductivas. Después, *Dobbs* dice que, con *Roe*, la Corte Suprema usurpó un poder para abordar una cuestión profundamente moral y de gran importancia social que la Constitución deja en manos de la gente de forma inequívoca y que, *Casey*, al mantener *Roe*, necesariamente declaró un lado ganador. Y que aquellos del lado perdedor ya no pudieron persuadir a sus representantes electos para adoptar políticas consistentes con sus creencias.

Sobre este punto, los disidentes consideran que *Brown v. Board of Education* fue una decisión que, a diferencia de *Dobbs*, respondió a un cambio en la ley y a un cambio fáctico en las actitudes que se habían tomado en la sociedad. Creen que, como *Casey* reconoció, ese caso es relevante únicamente a efectos de mostrar, por contraste, cómo de injustificado está que se anule el derecho a decidir de las mujeres⁶². En *Brown* no se arrebató a los individuos un derecho que habían tenido durante medio siglo, como hace la mayoría en este caso. *Roe* y *Casey* fueron el producto de un profundo cambio del rol de la mujer en la sociedad que se empezó a producir en la segunda mitad del siglo XX; la visión tradicional de la mujer únicamente como mujer y esposa dejó de ser consistente con el entendimiento de la familia, del individuo y de la Constitución.

⁶¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 43 – 45.

⁶² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 43.

En segundo lugar, la opinión mayoritaria alega la **debilidad de la argumentación**⁶³ de *Roe* como motivo para anularla. Por todas las cuestiones que he ido exponiendo en los apartados anteriores, considera que *Roe* no justificó las líneas que estableció, especialmente el motivo por el que determinó que el único factor que un Estado podía considerar legítimamente para regular el aborto en el primer trimestre eran las tasas de mortalidad, y los motivos para distinguir entre los abortos pre-viabilidad y los abortos post-viabilidad. *Dobbs* dice que incluso los académicos a favor del derecho al aborto tuvieron dificultades para apoyar el razonamiento de *Roe*. En cuanto a *Casey*, la crítica que le dirige *Dobbs* es que no enmendó los principales errores de *Roe*, ya que mantuvo el criterio de la viabilidad y, aunque rechazó el esquema de trimestres de *Roe*, lo sustituyó por el estándar de la carga indebida, el cual tiene también una base llena de ambigüedades que lo hacen de difícil aplicación.

Como tercer motivo para no seguir la doctrina *stare decisis*, la opinión mayoritaria expone los **problemas de viabilidad**⁶⁴ del estándar de la carga indebida, al que *Casey* quiso dar significado estableciendo tres reglas subsidiarias:

- La primera es que una norma es inválida si su propósito o efecto es establecer un obstáculo substancial a que una mujer obtenga un aborto antes de que el feto llegue a ser viable. Sobre esta regla, *Dobbs* cree que el hecho de que un obstáculo sea o no substancial puede generar debate, puesto que no se especifica.
- La segunda aplica a todas las etapas del embarazo y establece que las medidas que aseguran que la decisión de la mujer sea informada son constitucionales siempre que no impongan una carga indebida al derecho. El problema que se detecta en este caso por la sentencia más reciente es que se solapa con la regla anterior y se aplica un criterio distinto para la misma situación.
- Por último, la tercera regla establece que las regulaciones sanitarias innecesarias, que tengan el objetivo o el efecto de obstaculizar de manera substancial la obtención de un aborto, imponen una carga indebida al derecho. *Dobbs* señala que el término “necesario” puede ir desde el concepto de “esencial” al concepto de “útil” y *Casey* no lo especifica.

Contrariamente, la opinión disidente considera que no hay nada impracticable en el estándar de la carga indebida de *Casey*, ya que su foco principal en el hecho de que el Estado haya establecido o no un “obstáculo substancial” para la mujer que quiere abortar es el tipo de

⁶³ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 45 – 56.

⁶⁴ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 56 – 62.

indagación que tienen que hacer los jueces en una variedad de contextos. Dicen que ha dado lugar a los mismos conflictos de aplicación que han surgido de muchos otros estándares similares que se aplican a diario por la Corte Suprema y por otros tribunales. Los estándares generales, como el de la carga indebida, continúan, son creados por los tribunales de manera flexible para que puedan ser aplicados a una infinidad de casos en circunstancias impredecibles. En muchos casos, aplicar estos estándares a casos concretos es lo que significa, efectivamente, hacer derecho⁶⁵.

Seguidamente, los disidentes critican el estándar que propone la mayoría para sustituir al de la carga indebida, que dice que una ley que regule o prohíba el aborto “debe sostenerse si hay una base racional en la que el legislador se haya basado para servir a los intereses legítimos de los Estados”. La opinión disidente considera que la Corte Suprema tendrá que enfrentarse a problemas de aplicación de este nuevo estándar y plantea algunos interrogantes a modo de ejemplo: ¿debe un Estado permitir los abortos cuando sea necesario para proteger la vida y la salud de la mujer? Y si es así, ¿cuándo exactamente? ¿Cuánto riesgo para la vida de la madre le debe obligar a soportar el Estado? Además, creen que la Corte puede encontrarse con cuestiones relativas a la aplicación de las regulaciones sobre el aborto a cuidados médicos que mucha gente considera distintos al aborto, como la píldora del día después, los DIU (dispositivos intrauterinos), la fertilización *in vitro* y el uso de dilatación y evacuación o medicación en caso de aborto involuntario. Asimismo, los tres jueces disidentes señalan que el fallo de *Dobbs* genera una serie de preguntas relativas a los conflictos entre los distintos Estados: ¿puede un Estado prohibir a una mujer viajar a otro Estado para obtener un aborto? ¿Puede un Estado prohibir la publicidad sobre la ayuda a una mujer a obtener un aborto fuera del mismo? ¿Puede un Estado intervenir en el envío de medicamentos abortivos? La Constitución protege el libre movimiento y discurso y el comercio interestatal, por lo que consideran la decisión de la mayoría dará lugar a una multitud de nuevas cuestiones constitucionales⁶⁶.

En cuarto lugar, como siguiente motivo para no aplicar *stare decisis* en este caso, relacionado con **los efectos de *Roe* y *Casey* en otras áreas del derecho**⁶⁷, la opinión mayoritaria considera que estos precedentes han distorsionado doctrinas muy importantes no relacionadas con la

⁶⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) pp. 33 – 34.

⁶⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) pp. 35 – 37.

⁶⁷ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 62 – 63.

cuestión, al ignorar la doctrina del *third party standing*⁶⁸, los principios de cosa juzgada y la regla de que las normas se tienen que interpretar, en la medida de lo posible, de manera que se pueda evitar la inconstitucionalidad.

En quinto y último lugar, la Corte analiza si anular *Roe* y *Casey* supone derrocar *reliance interests* substanciales⁶⁹. Tras leer la sentencia de *Dobbs* y la opinión disidente, he interpretado que los *reliance interests* representan la expectativa que los ciudadanos tienen de gozar de un determinado derecho. En el caso del derecho al aborto, supone que las mujeres organizan su vida con la expectativa de que, si la contracepción falla o sufren alguna otra circunstancia inesperada como una violación o una enfermedad, podrán obtener un aborto. Ahora bien, ambas opiniones, la mayoritaria y la disidente, nuevamente, hacen una interpretación muy distinta de los *reliance interests*.

Por un lado, la opinión mayoritaria de *Dobbs* define que los *reliance interests* tradicionales surgen en aquellos casos en los que es necesario una planificación anticipada de gran precisión. Explican que *Casey* consideró que los *reliance interests* no estaban implicados en este caso, porque obtener un aborto es, generalmente, una actividad no planeada y, además, la planificación reproductiva puede tener en cuenta cualquier restauración de la autoridad estatal para prohibir los abortos. Por ello, según dice la opinión mayoritaria, *Casey* percibió una forma más intangible de *reliance interests* y redactó que las mujeres han organizado sus relaciones íntimas y su lugar en la sociedad dependiendo de la disponibilidad de un aborto en caso de que la contracepción falle y que la posibilidad de la mujer de participar en igualdad en la vida social y económica de la nación ha sido facilitada por el control de sus vidas reproductivas. Pero la opinión mayoritaria rechaza esta interpretación por considerar que tiene poco soporte en los casos de la Corte Suprema.

Seguidamente, la opinión mayoritaria añade un comentario que, desde mi punto de vista, es totalmente desafortunado. Dicen que con su decisión retornan la cuestión del aborto a los cuerpos legislativos y que, como las mujeres no están sin poder electoral o político, pueden intervenir en el proceso legislativo influenciando la opinión pública, presionando a los legisladores, votando y presentándose como candidatas. Me parece fuera de lugar que un tribunal les diga a las mujeres que, si quieren su derecho a abortar, si quieren controlar su cuerpo

⁶⁸ La doctrina de *third party standing* regula el caso en el que una parte quiera poner una demanda o participar en un procedimiento en el que los derechos de terceras personas estén siendo reivindicados. En el caso de los abortos serían las clínicas que los practican. Bradley, C. A., & Young, E. A. (2021).

⁶⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 63 – 66.

y su vida reproductiva, se presenten como candidatas para cambiar ellas mismas la legislación. Como si una pudiera escoger el momento en el que un método anticonceptivo falla o el momento en el que se sufre una violación o el momento en el que cambia una circunstancia económica, familiar o personal de manera inesperada. Y como si fuera fácil y al alcance de todas las mujeres la posibilidad de influenciar el proceso legislativo de la manera que sugieren.

Por otro lado, de manera completamente opuesta a la mayoría, la opinión disidente considera que las razones para mantener *Roe* y *Casey* ganan más fuerza por los arrolladores *reliance interests* que han creado estas decisiones. Destacan que los tribunales se adhieren a los precedentes porque reconocen que la estabilidad en el derecho es un elemento esencial de la protección que la ley ofrece al individuo, por lo que cuando anular un precedente supone quitar los derechos establecidos y las expectativas de los individuos, la doctrina de *stare decisis* gana fuerza. Desde su punto de vista, el rasgo característico más sorprendente de la decisión de la mayoría es la ausencia de cualquier discusión seria sobre cómo este fallo va a afectar a las mujeres.

Seguidamente, exponen que, en *Casey*, la Corte observó que a lo largo de dos décadas las ciudadanas habían organizado sus relaciones íntimas y habían hecho importantes elecciones vitales dependiendo de la disponibilidad del aborto en caso de que los métodos anticonceptivos fallaran. Todas las mujeres que ahora están en edad fértil han crecido con la expectativa de que estarían protegidas por *Roe* y *Casey*. Tal y como *Casey* entendió, hoy en día las mujeres confían en la posibilidad de poder controlar sus embarazos al tomar incontables decisiones vitales⁷⁰.

Para apoyar su argumentación, los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan aportan los siguientes datos⁷¹:

- El 45% de los embarazos en EE. UU. son no deseados.
- Incluso los métodos contraceptivos más eficaces fallan y los contraceptivos eficaces no son universalmente accesibles.
- No toda la actividad sexual es consentida y no todas las decisiones sobre la contracepción las toma la persona que sufre el riesgo de quedarse embarazada.

⁷⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) pp. 47 – 49.

⁷¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) pp. 49 – 50.

- Algunas mujeres deciden abortar porque sus circunstancias cambian durante el embarazo: pueden suceder cosas después de la concepción, desde riesgos médicos imprevistos a cambios en las circunstancias familiares.

En todas estas circunstancias, dicen, las mujeres han tenido la expectativa de que podrían decidir. Para todas aquellas que ahora tendrán que llevar a término su embarazo, la pérdida de *Roe* y *Casey* es desastrosa. Los disidentes destacan entonces la especial afectación de la decisión de *Dobbs* para las mujeres sin recursos, ya que lo que ocurrirá será que en los Estados que prohíban el aborto, las mujeres con recursos podrán viajar para obtener los servicios que necesiten, pero las mujeres que no se lo pueden permitir no podrán hacerlo y se verán obligadas o bien someterse desesperadamente a un aborto ilegal, con todos los peligros para la salud y la vida que ello comporta, o bien a llevar a término su embarazo, con todas sus consecuencias físicas, psicológicas y económicas. A estas dificultades, se suma el hecho de que las mujeres sin recursos económicos tienen más posibilidades de terminar necesitando un aborto: las mujeres que viven bajo el umbral de la pobreza experimentan embarazos no deseados cinco veces más que las mujeres con ingresos más elevados y casi la mitad de las mujeres que buscan un aborto viven en hogares que están por debajo del umbral de la pobreza, tal y como explican los disidentes.

La opinión disidente añade que la expectativa de un control sobre la reproducción es integral para la identidad de muchas mujeres y para su lugar en la sociedad y ayuda a definir a las mujeres como ciudadanas iguales, con todos los derechos, privilegios y obligaciones que comporta ese estatus. También ayuda a definir la esfera de libertad, en la cual la persona tiene la capacidad de tomar decisiones sin injerencia del control gubernamental. La mayoría ha arrebatado esta decisión de las mujeres y se la ha entregado a los Estados. Los disidentes consideran que permitir que un Estado pueda ejercer este control sobre una de las decisiones más íntimas y personales de una mujer, no solamente afecta al curso de su vida, sino que también altera su visión de sí misma y el entendimiento de su lugar en la sociedad como alguien que tiene reconocida la dignidad y la autoridad para tomar esa decisión. Por último, los disidentes concluyen que a partir del fallo de *Dobbs*, las mujeres jóvenes se harán mayores con menos derechos que sus madres y sus abuelas⁷².

⁷² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, (2022) p. 51 – 55.

5. Comparación del derecho al aborto en los dos países

Una vez analizada la situación legislativa y jurisprudencial del derecho al aborto en España y en Estados Unidos, en este punto realizaré una comparación de la jurisprudencia constitucional de ambos países para resaltar los principales matices en los que difieren sus argumentaciones y comentar aquellos elementos que tienen en común.

Antes de proceder, es necesario hacer una aclaración: puesto que a fecha de entrega del presente trabajo el Tribunal Constitucional no ha publicado la sentencia que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 2010 contra la Ley Orgánica 2/2010, el siguiente análisis lo realizaré asumiendo que, en esta sentencia, el TC hará una adaptación jurisprudencial para que los argumentos de la STC 53/1985, con la que declararon constitucional el sistema de indicaciones, sirvan para reconocer la constitucionalidad del sistema de plazos⁷³.

5.1. Análisis del derecho al aborto desde puntos de vista distintos

En primer lugar, la conclusión más evidente que se desprende de los análisis por separado de las sentencias de ambos países es que España y Estados Unidos hacen un análisis constitucional del derecho al aborto utilizando criterios distintos: en España se examina desde el punto de vista del derecho a la vida y en EE. UU. se discute desde la perspectiva de los derechos de la mujer. Esto se debe a que el punto de partida es diferente en cada uno de los dos países. Por un lado, **en España**, las leyes que se han impugnado, dando lugar a la jurisprudencia constitucional, han sido leyes permisivas del aborto, por lo que el derecho que se ha alegado como vulnerado ha sido el derecho a la vida del feto. En cambio, **en EE. UU.**, las leyes que han llegado a la Corte Suprema para su discusión constitucional han sido leyes restrictivas del aborto, por lo que los derechos que se han alegado como vulnerados han sido los derechos de la mujer.

Esto último lo evidencian las propias sentencias: en la STC 53/1985, el Tribunal expone que *“el problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso*

⁷³ Esta asunción se apoya en lo anunciado en la Nota informativa N° 32/2023 del Tribunal Constitucional, de 9 de mayo de 2023: *El Tribunal considera que el sistema de plazos es conforme a la Constitución por cuanto reconoce a la mujer embarazada el ámbito razonable de autodeterminación que requiere la efectividad de su derecho fundamental a la integridad física y moral, en conexión con su derecho a la dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Derechos constitucionales que exigen del legislativo el respeto y reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación. Declara que el sistema de plazos garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal [...] ya que existe una limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en función del avance de la gestación y el desarrollo fisiológico-vital del feto, así como en atención a la posible aparición de circunstancias que implican una afectación extraordinaria de los derechos de la mujer (riesgo para su vida o salud o detección de grave anomalías en el feto).*

es el alcance de la protección constitucional del nasciturus”⁷⁴. Por su parte, la Corte Suprema en *Roe* establece que la petición principal del caso es determinar si las leyes de Texas en cuestión “incorrectamente invaden un derecho, supuestamente poseído por la mujer embarazada”⁷⁵.

5.2. Teorías sobre el inicio de la vida

La segunda cuestión que quiero destacar tiene que ver con la postura del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema respecto a las **teorías de la vida**. Ambos coinciden en que la vida es un concepto indeterminado sobre el que no se ha logrado llegar a un consenso en diversas disciplinas como la medicina, la genética, la filosofía, la ética o la teología. Por este motivo, la Corte Suprema de *Roe* expone que no le pertenece resolver la difícil cuestión de cuándo empieza la vida, ya que considera que el poder judicial no está en la posición de especular sobre esta cuestión⁷⁶. En *Dobbs* también dice la Corte Suprema que su opinión no se basa en ninguna visión de si la vida prenatal es titular o no de los derechos que se tienen tras nacer. La opinión mayoritaria añade que la posición de los jueces disidentes priva a un feto del derecho humano más básico, que es el derecho a la vida, al menos hasta que llegue un momento arbitrario del embarazo, y que nada en la Constitución o en las tradiciones jurídicas americanas autorizan a la Corte para adoptar esa teoría de la vida.

Sin embargo, cuando *Roe* establece el sistema trimestral, constituye como punto de inflexión el criterio de la viabilidad. ¿Acaso no es esto una manifestación a favor de una determinada teoría de la vida? Es únicamente a partir del momento de la viabilidad que *Roe* consideró que el Estado podía ejercer su interés legítimo de proteger la vida humana potencial. Por lo tanto, es únicamente a partir de ese momento que la Corte Suprema protegió el derecho a la vida. Esto se puede traducir en el apoyo a una determinada teoría de la vida que defiende que esta comienza a partir del momento en el que el feto puede sobrevivir fuera del vientre de la madre.

En este sentido, sí que se puede decir que *Dobbs* es más coherente con la voluntad de la Corte Suprema de no decantarse por ninguna teoría de la vida al devolver el poder de decidir sobre la cuestión a los Estados. En tal caso, son los ciudadanos y sus representantes electos quienes deciden qué teoría de la vida se debe tener en cuenta, no la Corte Suprema. Cuestión distinta es

⁷⁴ STC 53/1985, FJ 3.

⁷⁵ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court (1973), p. 129.

⁷⁶ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court (1973), p. 159.

el debate sobre si ciertos derechos fundamentales se tienen que dejar a merced de las mayorías, pero no es objeto de este trabajo entrar a analizar este asunto.

En cambio, el tribunal español es más explícito y manifiesta que, para resolver constitucionalmente la cuestión del aborto es necesario partir de una noción de la vida, de manera que sirva de base para determinar el alcance del artículo 15 de Constitución Española, el cual establece que *“todos tienen derecho a la vida”*. La noción por la que se decanta el tribunal es “que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación”⁷⁷, de lo cual se puede interpretar que el Tribunal Constitucional considera que la vida comienza con la concepción.

Además, partiendo de esta base, el TC establece que tienen particular relevancia dos momentos distintos: el nacimiento y, previamente a este, el momento a partir del cual el *nasciturus* ya es susceptible de vida independiente de la madre⁷⁸. El problema aquí es que el TC dice que estos dos momentos son relevantes, pero no aclara para qué lo son. Aun así, cabe mencionar que el segundo criterio que menciona, el del momento a partir del cual el *nasciturus* es susceptible de vida independiente, es equivalente al criterio de la viabilidad de *Roe*.

5.3. Comparación del sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010 con el sistema trimestral de *Roe*

Un elemento que tienen en común la jurisprudencia de los dos países es que ambas realizan una balanza o ponderación entre los derechos o intereses en conflicto, para poder llegar a una solución. Por un lado, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 9º de la STC 53/1985, establece que la cuestión del aborto es un conflicto *“que no puede contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus [...] En la medida que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”*.

Por otro lado, la Corte Suprema de *Roe*, si bien estableció que el derecho a la privacidad es lo suficientemente amplio como para abarcar el derecho a abortar, **se mostró disconforme con el argumento de que este derecho es absoluto**, de la misma manera que hizo el TC español.

⁷⁷ STC 53/1985, FJ 5.

⁷⁸ STC 53/1985, FJ 5.

Consideró que la mujer no puede poner fin a su embarazo en cualquier momento, de cualquier manera y por cualquier motivo que ella escoja, sino que, a partir de cierto momento del embarazo, los intereses de los Estados de salvaguardar la salud de la madre y proteger la vida potencial, devienen lo suficientemente relevantes como para sostener la regulación de control del aborto⁷⁹.

Por lo tanto, se ve claramente que ambos sistemas optan por resolver la cuestión de la misma manera, siendo esta la forma habitual de resolución de conflictos entre derechos constitucionales. Sin embargo, *Dobbs* critica la balanza que hace *Roe* argumentando que los ciudadanos de los distintos Estados pueden evaluar y ponderar los intereses de manera distinta a como lo hace la Corte Suprema en *Roe*⁸⁰. Es evidente que cada ciudadano puede hacer una ponderación distinta de todos los conflictos entre derechos constitucionales que puedan surgir en una sociedad, pero quien tiene la autoridad para decidir qué balanza debe prevalecer es el tribunal que tenga asignada la competencia para resolver los conflictos constitucionales, siendo el TC en el caso de España y la Corte Suprema en el caso de Estados Unidos.

De dichas ponderaciones, derivan el sistema de indicaciones y el sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010, en el caso de España, y el esquema trimestral de *Roe* y el estándar de la carga indebida de *Casey*, en el caso de Estados Unidos. Me centraré en la **comparación entre el sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010 y el esquema trimestral de *Roe*** ya que, este último, al permitir el aborto en ciertas semanas del embarazo sin justificación de la causa del mismo, no deja de ser también un sistema de plazos.

Antes de realizar esta comparación, hay que tener en cuenta un elemento preliminar importante que diferencia ambos sistemas: el sistema de plazos español es de origen legislativo y el esquema trimestral de *Roe* es de origen jurisprudencial, ya que lo crea la propia Corte Suprema, y fueron después los Estados los que concretaron esta decisión judicial en su legislación. De hecho, como ya se ha expuesto, una de las críticas de *Dobbs* es que la Corte Suprema se extralimitó de sus funciones al establecer ese esquema de trimestres porque no fue alegado por ninguna de las partes y se asemejaba más al trabajo de un cuerpo legislativo.

A modo de recordatorio, en la siguiente tabla se exponen ambos sistemas:

⁷⁹ *Roe v. Wade*, Opinion of the Court (1973), p. 154.

⁸⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) p. 31.

	Sistema de plazos de la LO 2/2010	Sistema trimestral establecido en <i>Roe</i>
1r trimestre	Art. 14: <i>Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada.</i>	La decisión de abortar y su realización corresponde al médico que atiende a la mujer embarazada.
2º trimestre	Art. 15: <i>Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</i> a) <i>Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave</i>	Los Estados pueden ejercer su interés de proteger la salud de la madre. En caso de hacerlo, deben regular el procedimiento abortivo de forma que esta regulación esté razonablemente relacionada con el interés mencionado
3r trimestre	<i>riesgo para la vida o la salud de la embarazada [...].</i> b) <i>Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto [...].</i> c) <i>Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida [...], o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico [...]. [sin limitación de semanas en este caso].</i>	<u>A partir del momento en el que el feto empieza a ser viable, los Estados pueden ejercer su interés de proteger la vida humana potencial.</u> En caso de hacerlo, podrán regular o incluso prohibir el aborto, excepto si es necesario para preservar la vida o la salud de la madre

Tabla 1. Tabla comparativa del sistema de indicaciones de la LO 2/2010 y el sistema trimestral de *Roe*. Fuente: elaboración propia.

Como se puede ver, los plazos establecidos con sus respectivas condiciones son muy similares para ambos países. Aunque el sistema de plazos español está contabilizado en semanas y el sistema de *Roe* en trimestres, aproximadamente hacen referencia a los mismos períodos de tiempo.

En cuanto al **primer trimestre**, ambos sistemas dejan la decisión de abortar en manos de la mujer embarazada, aunque en caso de *Roe* sea a través del médico que la atiende, de manera que se garantiza el derecho a la maternidad libremente decidida. Como se establece en el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, “*El legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina «autodeterminación consciente», dado que la intervención*

determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución”. *Roe* y también la opinión disidente de *Dobbs*, hacen un razonamiento similar. El punto aquí es que el primer trimestre, siguiendo criterios científicos, se ha considerado un plazo en el que, ya no solo la salud y la vida de la mujer embarazada, sino su libertad, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la autodeterminación, prevalecen sobre el derecho a la vida del feto.

En lo relativo al **segundo trimestre**, en *Roe* se estableció que los Estados, si así lo elegían, podían ejercer su interés de proteger la vida de la madre, por lo que un ejemplo de regulación que podrían adoptar es el artículo 15.b) de la LO 2/2010, que permite abortar en este período en caso de riesgo para la vida o la salud de la embarazada. Asimismo, en este período la ley española añade la posibilidad de abortar en caso de graves anomalías del feto. ¿Por qué razón la ley española establece como límite para abortar en estos dos supuestos las 22 semanas, aproximadamente el inicio del segundo trimestre? Tal y como dice el preámbulo de la LO 2/2010, porque es entorno a la vigésimo segunda semana de gestación que se sitúa “[E]l **umbral de viabilidad** [...], en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología”. Como ya he comentado, la STC 53/1985 también mencionó la “especial trascendencia” del “momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre”⁸¹. Por lo tanto, la legislación española utiliza el mismo criterio que ya definió *Roe* en 1973. *Roe* estableció el momento de la viabilidad sin especificar el número de semanas entorno a las cuales se encontraba ese momento y precisamente *Dobbs* critica esta falta de concreción⁸². Pero, al decir esto, los jueces de la opinión mayoritaria de *Dobbs*, parecen olvidar que *Roe* es jurisprudencia y quiénes tenían el deber de concretarla y establecer un marco más concreto eran los Estados mediante su legislación; los Estados podían concretar el número de semanas a partir del cual el feto devenía viable.

En el **tercer trimestre**, pasado el punto de la viabilidad, los Estados, según *Roe* pueden ejercer, si así lo desean, su interés de proteger la vida potencial. Esto es así también en el caso de España, porque el único supuesto en el que se permite el aborto a estas alturas del embarazo es en caso

⁸¹ STC 53/1985, FJ 5.

⁸² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, (2022) pp. 51 – 53.

de anomalías fetales incompatibles con la vida y de enfermedad extremadamente grave e incurable del feto, en cuyos casos decae la protección de la vida prenatal.

Por todo ello, se puede afirmar que los sistemas de ambos países son muy similares, principalmente porque se basan en la evidencia científica y hacen una ponderación de derechos con muchos puntos en común, como se ha expuesto. *Roe* fue pionera estableciendo este sistema en 1973 y, desgraciadamente *Dobbs* ha provocado un retroceso de medio siglo en Estados Unidos. Se podría decir, a modo de conclusión, que en España se ha ido hacia delante en términos de derechos reproductivos, pero en Estados Unidos se ha sufrido un grave retroceso.

5.4. Comparación de las leyes estatales que rechazó la Corte Suprema tras *Roe* con los cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/2023

Por último, para poner más énfasis en lo avanzada a su tiempo que fue *Roe*, en comparación con la situación en otros países, ahora concretamente respecto a España, me gustaría comparar algunos ejemplos de leyes estatales que fueron rechazadas por la Corte Suprema tras la decisión de *Roe*, con algunos de los cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En primer lugar, la sentencia *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U. S. 52, 74 (1976), declaró inconstitucional una ley que requería consentimiento parental en caso de menores. La LO 1/2023, elimina de nuevo el requerimiento para las menores de 16 y 17 años de abortar con consentimiento de sus padres o tutores legales, después de que el Gobierno del PP lo añadiera a la LO 2/2010 en el año 2015.

Como segundo ejemplo, la sentencia *Akron v. Akron center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U. S. 416 (1983), declaró inconstitucional una ley que establecía que la mujer debía dar consentimiento por escrito después de ser informada del estado de desarrollo de la vida prenatal y de los riesgos del aborto. Esta misma ley también establecía un período de reflexión de 24 horas antes de abortar. Estos dos elementos se pueden relacionar directamente con dos de las modificaciones más relevantes de la LO 1/2023: la eliminación de la obligación de informar a la mujer sobre las prestaciones y ayudas de apoyo a la maternidad y del plazo de reflexión de tres días.

6. Conclusiones

Después de realizar este análisis evolutivo y comparativo del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el tema del aborto es una cuestión que inevitablemente queda marcada por la convicción personal de cada uno e incluso los jueces, que se supone que deben resolver las cuestiones que se les plantean de manera imparcial, terminan decidiendo en base a sus creencias.

Por un lado, en España, en 2010 se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2010 y no ha sido hasta 13 años más tarde que el Tribunal Constitucional lo ha desestimado. Ha sido el recurso de inconstitucionalidad que más ha tardado en resolverse. ¿El motivo? La profunda división que genera la cuestión y el miedo a la reacción de un lado y del otro. Ha sido ahora que han pasado los años, que ha crecido el consenso en torno a la cuestión, incluso entre los sectores conservadores, y que hay mayoría progresista en el tribunal, que por fin ha habido una respuesta.

Por otro lado, en Estados Unidos dos veces confirmó la Corte Suprema que el derecho al aborto estaba protegido por la Constitución, en 1973 con *Roe* y en 1992 con *Casey*. Y ha sido al haber un cambio en la composición de la Corte Suprema, deviniendo más conservadora, que se ha desmontado toda esa construcción constitucional con la sentencia de *Dobbs* (2022).

En segundo lugar, tras haber realizado el análisis comparativo, se puede afirmar que el sistema que estableció *Roe* en 1973 tiene muchos elementos en común con el sistema de plazos que está vigente actualmente en España y al que el Tribunal Constitucional ha dado su visto bueno recientemente. Estos dos sistemas son fruto de la evidencia científica y de la ponderación de derechos constitucionales que se lleva a cabo siempre que hay un conflicto de este tipo. Se trata de regulaciones que garantizan que las mujeres puedan decidir cuándo quieren tener hijos y si los quieren tener. Por ello, son regulaciones que contribuyen a que las mujeres puedan participar en la sociedad en igualdad con los hombres.

Laurence Tribe escribió en 1991 que tal vez la resolución de *Roe* nunca se desestimaría de forma expresa (Tribe, 2013, p. 136). En contra de su previsión, *Dobbs* lo hizo en 2022, dejando en manos de los ciudadanos de los Estados la decisión que había pertenecido durante medio siglo, desde *Roe*, a las mujeres. En contraste, casi un año más tarde de que esto sucediera, el Tribunal Constitucional español ha confirmado que las mujeres en España gozan del derecho a

interrumpir de forma voluntaria su embarazo, no solo cuando haya una causa grave que lo justifique. Por lo tanto, en España y en Estados Unidos el derecho constitucional al aborto ha recorrido más o menos el mismo camino, pero en direcciones opuestas, con las graves consecuencias psicológicas, físicas, económicas y sociales que ello puede llegar a suponer para las mujeres americanas.

7. Bibliografía

7.1. Bibliografía relacionada con España

Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo. (2014). *Investigación ACAI: mujeres de 16 y 17 años que no han podido comunicar a sus padres o tutores la interrupción de su embarazo*. <https://www.acaive.com/pdf/Investigacion-ACAI-menores-16-y-17-anos-noviembre-2014.pdf>.

Constitución Española.

Datos estadísticos de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Ministerio de Sanidad (2022). https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm.

“El tren de la libertad” se manifiesta en Madrid contra la reforma del aborto. (2014, 1 de febrero). *Cadena Ser*. https://cadenaser.com/ser/2014/02/01/espana/1391215817_850215.html

Informe sobre el anteproyecto de Ley de Protección de vida del concebido. (2013). <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/201213enlaceaborto.aspx/>.

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

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

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

López Guerra, L., Espin, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P., & Satrústegui, M. (2018). *Derecho constitucional: Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*. Tirant Lo Blanch.

Martín Plaza, A. (2023, 19 de enero). El aborto en España, en cifras: una interrupción voluntaria del embarazo por cada 100 mujeres al año. *RTVE*. <https://www.rtve.es/noticias/20230119/aborto-espana-cifras/2348202.shtml>

Nota informativa Nº 9/2023 del Tribunal Constitucional. (2023, 9 de febrero).

Nota informativa N° 32/2023 del Tribunal Constitucional. (2023, 9 de mayo).

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010. (2022, 12 de septiembre). Congreso de los Diputados.

Rajoy confirma la retirada de la ley del aborto por falta de consenso. (2014, 23 de septiembre). *El País*.
https://elpais.com/politica/2014/09/23/actualidad/1411473129_685551.html

Recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 53/1985, de 11 de abril.

7.2. Bibliografía relacionada con Estados Unidos

Akron v. Akron center for Reproductive Health, Inc., 462 U. S. 416 (1983)

Bradley, C. A., & Young, E. A. (2021). Unpacking third-party standing. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3763430>.

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

Carey v. Population Services Int'l, 431 U.S. 678 (1977).

Children's Bureau. Child Welfare Information Getaway. (2023). *Infant Safe Haven Laws*. <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/safehaven.pdf>.

Constitution of the United States.

Diamant, J., & Mohamed, B. (2023, 11 de enero). *What the data says about abortion in the U.S.* Pew Research Center. <https://www.pewresearch.org/short-reads/2023/01/11/what-the-data-says-about-abortion-in-the-u-s-2/>.

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ____ (2022).

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

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

Jones, R. K., Kirstein, M., & Philbin, J. (2022). Abortion incidence and service availability in the United States, 2020. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 54(4), 128–141. <https://doi.org/10.1363/psrh.12215>.

Marks v. United States, 430 U.S. 188 (1977).

Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U. S. 52, 74 (1976),

Planned Parenthood of South-eastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

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

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Stare decisis. (s/f). Cornell Law School. Legal Information Institute.
https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis

Tribe, L. H. (2013). *El Aborto: Guerra de Absolutos*. Fondo de Cultura Económica, INACIPE.

Undue burden. (s/f). Cornell Law School. Legal Information Institute.
https://www.law.cornell.edu/wex/undue_burden.

US states have enacted 1,381 abortion restrictions since Roe v. Wade was decided in 1973. (2022, 28 de junio). Guttmacher Institute. <https://www.guttmacher.org/infographic/2022/us-states-have-enacted-1381>.