

Ian Shapiro
Pablo de Lora Deltoro
Carmen Tomás-Valiente

*La Suprema Corte de Estados
Unidos y el aborto*



Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

*La Suprema Corte de Estados
Unidos y el aborto*

Ian Shapiro
Pablo de Lora
Carmen Tomás-Valiente

*La Suprema Corte de Estados
Unidos y el aborto*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Ian Shapiro, Pablo de Lora y Carmen Tomás-Valiente

I.S.B.N. : 978-84-613-5881-6

Depósito Legal: M-45279-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ABORTO EN ESTADOS UNIDOS: UNA IN- TRODUCCIÓN (<i>Ian Shapiro</i>).....	11
Historia del derecho constitucional al aborto	17
El aborto: examen de la jurisprudencia	54
El futuro del derecho constitucional al aborto	67
LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA SOBRE EL ABORTO (<i>Carmen Tomás-Valiente</i>	87
I. Diferencias de enfoque entre la jurisprudencia constitucional norteamericana y la española	88

1. El marco del debate en Estados Unidos: la polémica sobre la <i>privacy</i> y el “descubrimiento” de derechos no explícitamente consagrados en el <i>Bill of Rights</i>	88
2. El enfoque de la jurisprudencia española hasta el momento	94
II. Algunos extremos controvertidos desde el punto de vista constitucional. La admisibilidad constitucional del sistema de plazo	103
1. Planteamiento del problema La influencia en el debate de la jurisprudencia constitucional alemana sobre el aborto ...	103
2. El problema de las “obligaciones de penalización” como constitucionalmente impuestas	111
3. Concepción gradualista de la vida humana y sistema de plazos	117
4. El bien constitucional vida prenatal y la libertad de la mujer embarazada	119

5. Conclusión	123
ABORTO, DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL (A PROPÓSITO DE “EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL ABORTO EN LOS ESTADOS UNIDOS: UNA INTRODUCCIÓN” DE IAN SHAPIRO) <i>(Pablo de Lora)</i>	127
1. Introducción	127
2. Intencionalismo	137
3. Minimalismo	143
4. Coherentismo.....	153

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ABORTO EN ESTADOS UNIDOS: UNA INTRODUCCIÓN¹

Ian SHAPIRO

El debate estadounidense sobre el aborto es a un tiempo apasionado e inagotable. Enraizado en creencias hondamente sentidas, parece oponer visiones del mundo irreconciliables entre sí. Las convicciones religiosas según las cuales el feto es una persona, y por lo tanto el aborto un homicidio, colisionan frontalmente con la afirmación categórica de que la vida humana comienza con el nacimiento. Aquellos que consideran que la pobreza global, el cambio climático y la explosión demográfica son los problemas más difíciles a los que la humanidad se enfrenta se muestran incrédulos ante líderes espirituales que recorren el mundo condenando el aborto e incluso la contracepción. Las políticas gubernamentales encaminadas a limitar la tasa de natalidad mediante el aborto y la planificación familiar son

¹ Traducción de Victoria Roca.

estimadas por algunos como ilustradas y necesarias; para otros en cambio equivalen a una deliberada e injustificada intromisión en derechos humanos inviolables. Las convicciones fuertemente arraigadas acerca de que las mujeres tienen derecho al control soberano de sus cuerpos colisionan con creencias igualmente firmes de que el embarazo acarrea con él la responsabilidad –aun si no es bienvenida– de llevarlo a término. Hasta el homicidio ha sido visto por algunos como justificado si se ejecutaba con el fin de prevenir que se practicara un aborto. “Ninguna decisión judicial en nuestros días”, escribe Ronald Dworkin en referencia a la decisión que la Corte Suprema adoptó en 1973 en *Roe vs. Wade*, que estableció que las mujeres poseían un derecho constitucionalmente protegido al aborto en los estadios tempranos de embarazo, “ha suscitado tanta indignación, pasión y violencia física por parte del público, o tan inmoderada por parte de los profesionales”.²

Alasdair MacIntyre va más allá cuando afirma que *el* rasgo más llamativo del debate moderno acerca del aborto es su carácter interminable. Las concepciones en él confrontadas son “conceptualmente inconmensurables” en la medida en que, si bien resultan

² Dworkin, “The Great Abortion Case”, *New York Review of Books* (29 de Junio de 1989), pág. 49.

internamente coherentes, cada una se apoya sobre premisas rivales “de un tipo tal que no poseemos modo racional alguno para evaluar las pretensiones de una frente a las de la otra”.³ Las ambivalencias profundas y las emociones en conflicto que la gente experimenta en relación con el aborto quedaron bien reflejadas en una encuesta de opinión que a nivel nacional realizó en 1989 el periódico *Los Angeles Times*. La encuesta reveló que aunque el 61% de los estadounidenses piensa que el aborto es moralmente incorrecto y el 57% piensa que es un homicidio, el 74% cree no obstante que “la decisión de abortar o no corresponde exclusivamente a cada mujer por sí misma”⁴.

A pesar de todas estas tendencias contradictorias –o acaso en realidad debido en parte a ellas–, parece que la gente confía también en poder resolver el debate acerca del aborto. El tema es discutido en la literatura, en las distintas asambleas legislativas y en los medios de comunicación. Los unos discrepan del razonamiento de los otros e invocan datos estadísticos que consideran decisivos en rela-

³ MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1984, 2ª ed., págs. 6-8.

⁴ Citado en Dworkin, “The Great Abortion Case”, pág. 49.

ción con un aspecto u otro del asunto. Incluso cuando tiene la impresión, quizás, de que es imposible zanjar definitivamente la controversia acerca del aborto, en algún nivel de reflexión mucha gente se resiste a aceptar esto. *Debe* haber una solución razonable de la controversia, parecen pensar. El problema es cómo llegar a ella.

Durante más de tres décadas, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha estado involucrada en una auténtica batalla en torno al problema del aborto. La decisión de 1973 en el caso *Roe vs. Wade*, apoyada por una mayoría de siete a dos en la Corte Suprema en aquel momento, tenía visos de ser una resolución concluyente de la controversia. Sin embargo, quienes confiaban en que esta decisión resolvería el asunto, al apartar la cuestión del aborto de las tensiones del debate político, se vieron enseguida defraudados, y es que parece que si algo hizo el caso *Roe* fue intensificar y polarizar todavía más el debate público. Tampoco hubo en los años que sucedieron a la sentencia del caso *Roe*, una línea estable de opinión sobre el aborto en la Corte Suprema. Aunque en junio de 1992 la Corte reafirmó por mayoría simple el derecho reconocido en esa sentencia con ocasión del *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*⁵ tanto el contenido del derecho en cuestión como la base jurisprudencial sobre la

que se sustentaba se han modificado sustancialmente a lo largo de varias decisiones de la Corte dictadas durante las dos décadas que separan ambas sentencias. En realidad, como podrá verse con claridad más adelante, el razonamiento sobre el que se fundó la decisión original del caso *Roe* ha sido en gran medida abandonado por la Corte Suprema.

Parte del cambio en la forma de entender el derecho al aborto por parte de la Corte Suprema es reflejo de los cambios en la composición de la propia Corte. En 1973, los magistrados William Rehnquist y Byron White fueron los únicos disidentes del voto mayoritario cuya redacción correspondió al magistrado Harry A. Blackmun. Durante dos décadas, Rehnquist fue Presidente de la Corte Suprema y gran parte de los componentes de la mayoría que en su momento había adoptado la decisión original del caso *Roe* se habían ido del Tribunal. William Douglas, Potter Stewart, Warren Burger, Lewis Powell, William Brennan, Thurgood Marshall y Blackmun se habían jubilado (al igual que el otro magistrado disidente en el caso *Roe*, el juez White) y fueron sustituidos por los magistrados John Paul Stevens, Antonin Scalia, Sandra Day O'Connor, Anthony Kennedy, David Souter,

⁵ 505 U.S. 833 (1992).

Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer. Todos los sustitutos, a excepción de Ginsburg y Breyer (propuestos por el Presidente Bill Clinton en 1993 y 1994), fueron nombrados por el partido republicano y todos ellos estaban, aunque en diversos grados, insatisfechos con el razonamiento del caso *Roe*, con su resultado, o con ambas cosas. De hecho, se sabía que hasta Ginsburg estaba descontenta con ciertos aspectos del razonamiento (véase *infra*). Este grupo de magistrados continuó desempeñando sus funciones conjuntamente durante más de una década, hasta el verano del 2005, cuando la magistrada O'Connor anunció su jubilación y el Presidente de la Corte, Rehnquist, falleció. El Presidente George W. Bush cubrió estas nuevas vacantes con el magistrado Samuel A. Alito y el Presidente John Roberts.

Pero, aparte del cambio de rostros en la magistratura, otros factores han determinado la evolución del derecho al aborto desde *Roe*. Es posible vislumbrar en esta evolución intentos por parte de varios miembros de la Corte Suprema orientados a reconciliar lo aparentemente irreconciliable, a hallar un punto medio que pudiese satisfacer al menos a algunas de las partes que, enfrentadas en la controversia, buscaban influir en el tratamiento que el tribunal había de dar al tema del aborto. Diferentes magistrados se han esforzado de-

nodadamente al respecto. Cuán exitosos hayan sido esos esfuerzos es algo que veremos más adelante. Antes de llegar a ello, comenzaré con un bosquejo de la evolución histórica del derecho que nos ocupa y con un análisis de las cuestiones jurídicas que están en juego en la controversia sobre el aborto.

Historia del derecho constitucional al aborto

Hay un aspecto importante en el cual el debate en la Corte Suprema acerca de la protección constitucional del derecho de aborto está desvinculado del debate público sobre el aborto. Las consignas y pancartas en las manifestaciones frente a las clínicas que practican abortos, en las reuniones a favor o en contra de *Roe* y en gran parte de la discusión en los medios de comunicación podrían razonablemente llevar a alguien a suponer que el problema central en el que radica la discusión es el de si el feto es una persona o no. Muy probablemente, Kristin Luker está en lo cierto cuando señala que el debate público acerca del aborto es fundamentalmente “un debate acerca de en qué consiste ser persona [*personhood*]”⁶. En realidad ningún juez de la Corte Suprema ha estado jamás comprometido

⁶ Kristin Luker, *Abortion and the Politics of Motherhood*, Los Angeles: University of California Press, 1984, pág. 5.

do con la posición según la cual la Constitución debería considerar al feto como una persona. Y, si la Corte Suprema llegase alguna vez a adoptar tal posición, las implicaciones que de ella se derivarían serían mucho más radicales de lo que hasta los más fervientes opositores a *Roe* parecen captar.⁷ A decir verdad, ambas partes de la controversia en

⁷ Es célebre la argumentación de Judith Jarvis Thompson en contra de la percepción común según la cual estar o no a favor del aborto depende de que se crea que el feto es o no una persona. La autora argumenta que si una mujer un día despertase y descubriese que un brillante violinista enfermo ha sido conectado mediante tubos a sus riñones y que la conexión debe ser mantenida durante nueve meses para que el violinista no muera, dicha mujer no tendría ninguna obligación moral de mantener la conexión en contra de su voluntad. “A Defense of Abortion”, *Philosophy and Public Affairs*, 1/1 (1971), págs. 47-66. Ronald Dworkin puntualiza que el argumento de Thompson, aunque influyente entre los filósofos, no permite zanjar la cuestión en el ámbito jurídico porque “el aborto generalmente comporta un ataque físico contra el feto, no sólo dejar de auxiliarlo y, en cualquier caso, los padres inevitablemente se encuentran exceptuados de la doctrina general [que sostiene que uno en general no tiene un deber jurídico positivo de salvar a extraños] ya que ellos sí tienen un deber jurídico de cuidar de sus hijos”, *Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New Cork: Knopf, 1993, pág. 111. [Vers. espág. de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994]. Para una discusión más elaborada de las implicaciones jurídicas del argumento de Thompson, véase Donald Regan, “Rewriting *Roe vs. Wade*”, *Michigan Law Review*, 77/7 (1979), págs. 1569-646.

torno al aborto han evitado proponer el argumento de que los métodos abortivos que vayan a ser utilizados han de ser aquellos que minimicen cualquier dolor experimentado por el feto. Los partidarios pro-elección temen, quizás, iniciar una pendiente resbaladiza que lleve hacia la concesión de que el feto es una persona. Esto no es necesariamente verdadero, como indica el hecho de que aceptemos leyes que prescriban un modo humanitario de sacrificar animales, sin por ello concederles a éstos derechos legales. Por lo que se refiere a la otra parte, no está claro que los métodos abortivos que los partidarios pro-vida encuentran más objetables –tales como el aborto por nacimiento parcial– provoquen más dolor que otros métodos abortivos alternativos.

Si la Corte Suprema llegara a dictaminar que un feto es una persona jurídica como parte del significado de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, esto bien podría implicar la obligación de *prohibir* el aborto como una cuestión de Derecho constitucional federal, al menos en una amplia gama de circunstancias. Los jueces y analistas jurídicos que argumentan que la decisión en *Roe* es inconstitucional y que debería ser revocada, con todo no son partida-

rios de esa opinión⁸. Más bien abogan por restaurar el *status quo* anterior a la sentencia del caso *Roe*, cuando la regulación del aborto recibía un trato diferente según los diferentes Estados (a veces establecida por los legisladores estatales y otras considerada como una cuestión de Derecho constitucional estatal). Este *status quo ante* había sido muy diverso, variando desde Estados liberales como Nueva York, que permitía el aborto, hasta Estados como Texas, que mantenía una prohibición absoluta, pasando por diferentes regímenes regulativos intermedios⁹. La oposición a *Roe* por parte de jueces como Rehnquist, White, Scalia y Thomas no es, en consecuencia, necesariamente equivalente a una oposición al

⁸ Véase, por ejemplo, el voto disidente del Juez Rehnquist en el caso *Roe*, donde concede que tiene “pocas dudas” respecto a que si se aprobaran leyes que prohibieran el aborto bajo cualquier circunstancia las mismas no superarían el control de constitucionalidad. 410 U.S. 113, pág. 173 (1973).

⁹ Es necesario subrayar que antes de *Roe* ningún Estado había considerado al feto como una persona en sentido jurídico. Tal como puntualiza Ronald Dworkin, ni siquiera en aquellos Estados que contaban con las más restrictivas leyes anti-aborto se castigaba el aborto tan severamente como el homicidio, algo que debería haber sucedido si hubieran pensado que el feto era considerado por la Constitución como una persona, así como tampoco se intentaba impedir que las mujeres acudieran a abortar a jurisdicciones donde el aborto era legal. Dworkin, “The Great Abortion Case”, pág. 50.

derecho de aborto como tal. Más bien es una oposición a federalizar el problema del derecho de aborto como si se tratara de una cuestión de Derecho constitucional¹⁰.

Que el gobierno deba someter a regulación o limitar el acceso de las mujeres al aborto a fin de proteger de esta forma al feto es una idea relativamente reciente en el Derecho y en la política estadounidenses. Parece que, históricamente hablando, su aparición ha estado ligada al incremento del número de abortos de mujeres blancas, protestantes, casadas, de clase media y alta (en contraste con los de las mujeres de otras razas, de bajos ingresos y solteras) en la segunda mitad del siglo XIX, y a la amenaza que podían implicar estos nuevos acontecimientos para el orden social exis-

¹⁰ Esto deja abierta la pregunta respecto a qué podrían hacer otros poderes del gobierno federal. El planteamiento consistente en dejar la legislación sobre el aborto en manos de los distintos Estados fue en cierta manera socavado por la *Ley de Prohibición del Aborto por Nacimiento Parcial* promulgada por el Presidente George W. Bush en Noviembre del 2003 y discutida más adelante en el texto. Pero nada en esta legislación, ni en la defensa que en 2007 hizo de ella la Corte en *Gonzales v. Carhart* 127 S.Ct. 1610 (2007), plantea cuestión alguna vinculada con la Cláusula de Supremacía, más allá de la prohibición de este, por lo demás, poco común procedimiento abortivo.

tente¹¹. Antes de que esto sucediese, el aborto había sido objeto de regulación, aunque la razón esgrimida para ello fue que contribuía a proteger la salud de la madre. El aborto por entonces era percibido como un procedimiento peligroso que con frecuencia conducía a infecciones y a la muerte. Sin embargo, como el Juez Blackmun observó en su voto mayoritario en el caso *Roe*, en 1973 los adelantos médicos eran ya tales que, en términos estadísticos, una mujer corría mayor riesgo médico si proseguía con el embarazo hasta el nacimiento del niño que si tenía un aborto temprano.¹²

Esta nueva realidad estableció el contexto para el análisis que del derecho al aborto hizo la Corte Suprema en *Roe*, en el cual fue declarada inconstitucional una ley de Texas que convertía en delito “practicar un aborto” a menos que estuviese en peligro la vida de la madre si se continuase el embarazo. Por razones que serán exploradas más adelante, se sostuvo que tales leyes violaban la Cláusula del Debido Proceso [*Due Process Clause*] recogida en la Decimocuarta Enmienda¹³. Aclaremos en primer lugar la *ratio decidendi*

¹¹ Véase James Mohr, *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy*, Oxford: Oxford University Press, 1978, especialmente los capítulos 3 y 4.

¹² 410 U.S. 113 (1973), pág. 149.

[*holding*]* de la sentencia. El voto mayoritario del Juez Blackmun trata de modo diferente el aborto según sea practicado en un momento u otro de los tres trimestres de un embarazo normal:

(a) Durante el estadio anterior a aproximadamente el final del primer trimestre, la decisión y la práctica de un aborto debe dejarse al criterio del médico generalista que atiende a la mujer embarazada.

(b) Durante el estadio siguiente a aproximadamente el final del primer trimestre, el Estado, en el cuidado y promoción de su interés por la salud de la madre, puede, si así lo elige, regular el procedimiento abortivo de manera tal que tenga en cuenta razonablemente la salud de la madre.

(c) Durante el estadio siguiente a la viabilidad, el Estado, en el cuidado y promoción de su interés por la vida humana potencial, puede, si así lo elige, regular e incluso prohibir el aborto excepto cuando éste sea

¹³ La Cláusula del Debido Proceso establece: “Ningún Estado [...] privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”.

* [El término *holding*, común en el lenguaje jurídico del Derecho anglosajón, alude a los elementos o consideraciones esenciales de la decisión jurídica que fundamentan lo resuelto (proviene de “we hold that”, sostenemos que...). La noción de *ratio decidendi* del caso es seguramente la equivalencia más aproximada al término inglés en nuestra cultura jurídica. *N. de la T.*]

necesario, de acuerdo con el apropiado criterio médico, para preservar la vida o la salud de la madre.¹⁴

Este test basado en la división en trimestres limitó enormemente la facultad de los Estados para regular el aborto. Antes de la finalización del primer trimestre, el aborto no podía ya ser regulado en absoluto. Antes del momento de la viabilidad, podía ser regulado sólo en beneficio de la salud de la madre. Y aun después de la viabilidad, si un Estado opta por regular o prohibir el aborto actuando en promoción de su interés “por la vida humana en potencia”, podría llegar a ver derrotado tal interés si el médico generalista de la madre emitiera el “apropiado” juicio señalando que en ese caso es necesario proceder a practicar un aborto para salvaguardar la “vida o la salud” de la misma.

En el caso *Roe*, la Corte Suprema reconoció el interés que el Estado tiene en la defensa de la vida humana potencial, pero limitó ese derecho y, de hecho, lo subordinó al derecho de la mujer a abortar, incluso después del momento de la viabilidad (siempre que se cumplieran determinadas condiciones). En los años que sucedieron a *Roe*, la cambiante mayoría de la Corte Suprema fue introduciendo

¹⁴ 410 U.S. 113 (1973), págs.164-5.

do modificaciones al derecho constitucional creado en aquella decisión.

En bastantes aspectos, el derecho reconocido en *Roe* fue protegido y ampliado. En el caso *Doe vs. Bolton*¹⁵, también resuelto en 1973, la Corte Suprema dejó sin efecto las restricciones acerca de qué lugares podían ser utilizados para practicar abortos, abriendo así paso a las modernas clínicas de aborto. Tres años más tarde, en el asunto *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*¹⁶, la Corte Suprema denegó a los Estados la facultad para conceder a los maridos poder de veto sobre la decisión de sus esposas de poner fin al embarazo, y también sostuvo que a los padres de niñas menores solteras no se les podía conceder un veto absoluto sobre la decisión de éstas de abortar. En 1979, en *Colautti vs. Franklin*¹⁷, la Corte declaró su intención de conceder a los médicos amplia discreción para determinar cuándo el feto puede vivir fuera del claustro materno. Los magistrados sostuvieron que si bien un Estado puede proponerse como fin la protección de un feto viable, la determinación de tal viabilidad debe ser dejada a los médicos. En 1983, la Corte Suprema estableció límites adiciona-

¹⁵ 410 U.S. 179 (1973).

¹⁶ 428 U.S. 476 (1976).

¹⁷ 439 U.S. 379 (1979).

les a los tipos de regulaciones que los Estados podían establecer en materia de aborto. En una tríada de decisiones, *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health*,¹⁸ *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri vs. Ashcroft*,¹⁹ y *Simopoulos vs. Virginia*,²⁰ por una mayoría de seis contra tres, la Corte Suprema negó a los Estados y a las comunidades locales la facultad de exigir que las mujeres con más de tres meses de embarazo abortaran en un hospital y dejó sin efecto aquellas disposiciones que, entre otras cosas, imponían un período de espera de veinticuatro horas entre la firma del formulario de consentimiento para el aborto y el procedimiento médico. Tres años más tarde (esta vez por una votación de cinco contra cuatro, que reflejaba el giro conservador en la Corte que para entonces ya se había iniciado claramente), una mayoría simple dejó sin efecto la regulación de Pennsylvania que exigía a los facultativos informar a las mujeres que desean abortar sobre los riesgos potenciales existentes y sobre las facilidades disponibles tanto para el cuidado prenatal como para el parto²¹. En 1987, los magistrados se divi-

¹⁸ 462 U.S. 416 (1983).

¹⁹ 462 U.S. 476 (1983).

²⁰ 462 U.S. 506 (1983).

²¹ *Thornburgh v. American Collage of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

dieron cuatro contra cuatro en el caso *Hartigan vs. Zbaraz*,²² dejando en consecuencia en pie una decisión de un tribunal inferior que invalidaba una ley de Illinois que restringía la posibilidad de que ciertas adolescentes abortaran.

A pesar de que estas decisiones conllevaron un desarrollo y una profundización del derecho constitucional de la mujer a abortar, la Corte Suprema había comenzado también a limitar este derecho de diversos modos, y mucho antes de que la mayoría que había sustentado la decisión de *Roe* comenzara a erosionarse. Un área importante en la que se introdujeron restricciones fue la referida a la financiación de los abortos. En 1977, la Corte Suprema estableció, en *Maher vs. Roe*,²³ que los Estados no tenían una obligación constitucional de costear los abortos “no-terapéuticos”, y tres años más tarde una mayoría de cinco contra cuatro sostuvo, en *Harris vs. McRae*²⁴ que, aun cuando se tratara de abortos terapéuticos, necesarios por tanto para el propio bienestar de las mujeres, ni los Estados ni el gobierno federal están constitucionalmente obligados a proveer financiación pública. En 1979, en la primera de la que iba

²² 484 U.S. 171 (1987).

²³ 432 U.S. 464 (1977).

²⁴ 448 U.S. 297 (1980).

a resultar una serie de decisiones reguladoras del derecho al aborto de menores que están bajo la custodia de sus padres, una mayoría de ocho contra uno en la Corte sostuvo en *Belloti vs. Baird*²⁵ que los Estados pueden exigir a la embarazada menor de edad y soltera el consentimiento previo de sus padres para abortar siempre y cuando el Estado establezca un procedimiento alternativo, como permitir a la menor requerir la autorización de un juez en lugar del consentimiento paterno. En 1981, una mayoría de seis contra tres sostuvo, en *H. L. vs. Matheson*,²⁶ que los Estados pueden exigir a los médicos que hayan sido consultados por chicas todavía bajo la custodia de sus padres y demasiado “inmaduras” para decidir cuestiones como éstas por sí mismas, que traten de informar a los padres antes de practicarles un aborto. Dos decisiones de 1990, *Hodgson vs. Minnesota*²⁷ y *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health*,²⁸ desarrollaron las normas de notificación a los padres. En el caso Ohio, una mayoría de seis contra tres respaldó la constitucionalidad de una ley estatal que requería la notificación a cuando menos uno de los padres en la medida en que tal ley establecía también una vía

²⁵ 428 U.S. 132 (1979).

²⁶ 430 U.S. 398 (1981).

²⁷ 497 U.S. 417 (1990).

²⁸ 497 U.S. 502 (1990).

alternativa judicial, mientras que en el caso Minnesota una mayoría de cinco contra cuatro dejó claro que las leyes que exigían que ambos padres fueran informados antes de que una menor pudiera abortar no sobrevivirían en el futuro.

Para cuando recayeron estas decisiones de los años noventa ya buena parte del razonamiento subyacente a *Roe* había sido puesto en peligro por la crucial decisión del caso *Webster vs. Reproductive Health Services*²⁹, adoptada once meses antes por una Corte Suprema dividida en varios frentes. Con esta decisión, el apoyo mayoritario que *Roe* había recibido en la Corte Suprema parecía finalmente haberse evaporado, tal y como reconocía el Juez Blackmun en un amargo voto disidente. La opinión mayoritaria de la Corte Suprema en el caso *Webster* respaldó la constitucionalidad de una ley de Missouri que exigía que antes de que un médico practicase un aborto a una mujer de quien tenía razones para creer que estaba embarazada de veinte o más semanas debía determinar si el feto era o no viable. Más importante que esta nueva y comparativamente menor restricción al derecho de una mujer al aborto fue que la opinión mayoritaria lanzó un ataque frontal sobre el marco de análisis basado en la división en trimestres de

²⁹ 492 U.S. 490 (1989).

Roe, que había sido parte integrante del Derecho durante la década y media precedente.

La observación arrojada por el juez Blackmun en la sentencia *Roe* de que el Estado tenía un interés en la vida humana había vuelto para atormentarlo. En manos del juez Rehnquist, presidente de la Corte Suprema, se transformó en una suerte de estaca que parecía estar dispuesto a clavar en el mismísimo corazón de *Roe*. En un voto firmado también por los jueces Kennedy y White, Rehnquist rechazaba de plano el “rígido” marco de *Roe* por considerarlo “difícilmente consistente con la idea de una Constitución como la nuestra, configurada a base de términos generales y que habitualmente se expresa mediante principios generales”. Rehnquist continuaba diciendo que la mayoría del tribunal “no veía por qué el interés del Estado en proteger la vida potencial humana debía existir solamente a partir del momento de la viabilidad, estableciendo una rígida divisoria que permite la regulación estatal después de la viabilidad pero la prohíbe antes”.³⁰

La jueza O'Connor había anunciado su oposición al esquema trimestral de *Roe* mucho antes ya, en 1985,³¹ y la única objeción del juez Scalia a la opinión mayoritaria en

³⁰ 492 U.S. 490 (1989), págs. 518-519.

Webster fue que debió haber ido más lejos y hacer explícito lo que –insistía– esa mayoría había hecho implícitamente, esto es, revocar *Roe*. Todo esto parecía indicar que ahora existían cinco votos a favor de la revocación de *Roe*, aunque los cinco magistrados en cuestión no estaban todavía del todo preparados para llegar a tal extremo, y adujeron que la ley de Missouri bajo examen no pretendía en realidad regular los abortos practicados antes del momento de viabilidad. El principio había sido admitido, de forma que lo que Scalia descalificaba como “súbito ataque de sobriedad sufrido” por la Corte Suprema significaba en realidad que “la mansión del Derecho constitucional en materia de aborto, apresuradamente construida en *Roe vs. Wade*, debía ser desmantelada parte por parte”³². El Juez Blackmun, no más convencido que Scalia con lo que consideraba “una fingida autocontención” por parte de la mayoría, declaraba en su voto disidente (suscrito también por Brennan y Marshall) que la decisión mayoritaria “implícitamente invita a cualquier legislador estatal a dictar más y más regulaciones restrictivas del aborto para provocar más y más casos que sienten jurisprudencia”.

³¹ Véase su opinión disidente en *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1985), pág. 828.

³² 492 U.S. 490, pág. 537.

dencia, con la esperanza de que alguna vez, al final, la Corte Suprema haga que el Derecho en materia de libertad de procreación regrese a las limitaciones estrictas que imperaban en general en este país antes del 22 de Junio de 1973”. De este modo, “no con un estallido sino con un lamento”*, concluía Blackmun, “la mayoría se deshace de un hito jurisprudencial de la generación anterior, ensombreciendo con ello las esperanzas y anhelos de todas las mujeres de este país que habían llegado a creer que la Constitución garantizaba su derecho a ejercer algún control sobre su capacidad única de engendrar hijos”.³³

Que algunas de las aseveraciones del mismo Blackmun en *Roe* pudieran ser utilizadas para minar su efecto en *Webster* es algo característico de la manera fortuita en que a menudo evoluciona la interpretación constitucional a lo largo del tiempo. Quizás este mismo hecho debería haber puesto a Blackmun sobre aviso de que no todo estaba perdido desde el punto de vista que él pretendía defender. Aunque el esquema trimestral de *Roe*

* [Cita final del poema *The Hollow Men* (1925) de T. S. Elliot: “This is the way the world ends /

Not with a bang but a whimper” (“Así es como el mundo se acaba / No con un estallido sino con un lamento”). *N. de la T.*].

³³ *Ibid.*, págs. 538, 557.

había sido arrojado por la borda y una mayoría en la Corte Suprema abrazaba la idea de que el Estado puede hacer valer un interés en proteger la vida humana “en potencia” incluso antes del momento en el que el feto fuera viable, esto no significaba necesariamente que la protección constitucional del derecho de la mujer al aborto hubiera de acabar arrojada enseguida, junto con el planteamiento trimestral, a los anales de la historia constitucional. El problema giraba ahora en torno a cuál había de ser la naturaleza de ese interés del Estado en la vida potencial. Hasta que esto no fuese establecido no podía conocerse exactamente cuál era el impacto de *Webster* sobre el derecho constitucionalmente protegido de la mujer al aborto. Y ello permaneció sin aclarar durante casi tres años.

Una mirada retrospectiva nos permite decir que ya había claves al respecto desde la década de los años 70. En *Maher vs. Roe* (1977), la Corte Suprema había declarado que el derecho reconocido en *Roe* “protege a la mujer de interferencias indebidamente gravosas en su libertad para decidir si interrumpe su embarazo”.³⁴ Esta noción de que la interferencia del Estado en el derecho de la mujer al aborto no debe ser “indebidamente gravosa” había aparecido primero en 1976 en el caso

³⁴ *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, págs. 473-4 (1977).

Belloti vs. Baird, en donde la Corte Suprema había sostenido que los Estados no pueden “imponer cargas indebidas sobre una menor capaz de prestar un consentimiento informado”.³⁵ Desde entonces, varios miembros de la Corte, incluso varias mayorías, habían sostenido que ningún Estado puede “imponer cargas indebidas sobre el derecho de una mujer a que se le practique un aborto”;³⁶ que el derecho constitucional afirmado en *Roe* “protege a la mujer de interferencias indebidamente gravosas en su libertad para decidir si interrumpe su embarazo”;³⁷ que las exigencias de consentimiento informado para los abortos practicados durante el primer trimestre serán mantenidas si no “gravan indebidamente el derecho de una mujer a que se le practique un aborto”³⁸; y que el interés del Estado en la protección de la vida humana “no resulta lo suficientemente apremiante, al menos hasta el tercer trimestre, como para justificar una interferencia estatal indebidamente gravosa...”.³⁹ En 1983, la jueza O’Connor dejó claro en su voto disidente del caso *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health* que, al menos para ella, la cuestión del

³⁵ *Belloti v. Baird I*, 482 U.S. 132, 147 (1976).

³⁶ *Belloti v. Baird II*, 433 U.S. 622, 640 (1979).

³⁷ *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, págs. 473-4 (1977).

³⁸ *Belloti v. Baird*, 428 U.S. 132, 147 (1976).

³⁹ *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438-46 (1977).

aborto giraba en torno a la posibilidad de determinar restricciones que no “infrinjan sustancialmente” ni impongan interferencias “indebidamente gravosas” sobre el derecho de la mujer al aborto,⁴⁰ una opinión que ella misma reafirmó en *Hodgson vs. Minnesota* (1990) como parte del argumento de que solamente cuando la regulación estatal impone una “carga indebida” sobre la capacidad de una mujer para tomar la decisión de abortar, el poder del Estado afecta al núcleo mismo de la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso⁴¹.

A la vista de todas estas declaraciones, no debió de resultar sorprendente, tal vez, que los jueces O’Connor y Kennedy –que habían declinado la invitación del juez Scalia para revocar *Roe* en *Webster*– formasen parte de un bloque de centro en la Corte Suprema (el otro miembro era Souter) comprometido con la reformulación del derecho constitucional al aborto mediante la referencia a un estándar de “cargas indebidas” enraizado en la Cláusula del Debido Proceso, tal y como es establecida por la Enmienda Decimocuarta. Éste fue el paso dado en la sentencia del caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, dictada en junio de 1992, en la cual

⁴⁰ 462 U.S. 416, págs. 461-2 (1983).

⁴¹ 497 U.S. 417, págs. 458-9 (1990).

una Corte Suprema una vez más dividida en múltiples frentes reafirmó la *ratio decidendi* fundamental de *Roe* al tiempo que la separaba del esquema trimestral de Blackmun, ahora ya en desuso, para vincularla en su lugar a la noción de cargas indebidas.⁴² La sentencia de *Casey* dejó muchas cuestiones sin resolver. De hecho, creó nuevas áreas de incertidumbre en la normativa constitucional sobre el aborto, como más adelante veremos. Con todo, dos cuestiones fundamentales sobre las que *Webster* había generado una considerable confusión quedaban a partir de ahora aclaradas. La primera era que “la *ratio decidendi* esencial de *Roe v. Wade* debía ser mantenida y reafirmada una vez más”.⁴³ Esto no sólo significa que la Constitución garantiza a las mujeres un derecho a abortar que resulta indestructible para legislador alguno, sino también que la Corte Suprema decidió no rechazar completamente el razonamiento original de Blackmun que había vinculado la protección constitucional en cuestión a un derecho a la intimidad que se entendía contenido en la Cláusula del Proceso Debido. Éste fue un desarrollo importante, porque el razonamiento de Blackmun había sido muy criticado en la literatura académica y porque muchos de los más recientemente nombrados

⁴² 112 S.Ct 2791 (1992).

⁴³ *Ibid.* pág. 2796.

miembros de la Corte Suprema –por no mencionar al Presidente, el juez Rehnquist– habían manifestado expresamente no estar nada convencidos con el mismo. Ésta fue quizás la razón principal por la que muchos vieron en *Webster* el principio del fin de *Roe*, impulsando entonces la introducción de nueva legislación para revertir *Webster* en el Congreso y convirtiendo el aborto en una cuestión política que atrajera sobre sí toda la atención en la carrera para las elecciones presidenciales de 1992.

Lo relevante es que, al declarar que “la libertad no encuentra protección en una jurisprudencia errática”,⁴⁴ la mayoría simple invocaba la doctrina del *stare decisis*. Esta doctrina descansa en la idea de que “ningún sistema judicial puede cumplir su rol social si considera *ex novo* la misma cuestión en todos los casos en que se suscita”, de forma que, consecuentemente, una vez que una decisión pasa a formar parte del Derecho sobre el que la gente ha depositado su confianza no debe ser revocada a la ligera. El *stare decisis* no es sin embargo un “mandato inexorable” que lleve a confirmar todo precedente. En efecto, éste puede ser razonablemente ignorado cuando resulta que una regla “demuestra ser intolérable sencillamente porque pone en entredicho

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 2803.

cho su propia viabilidad práctica”, cuando sobre ella descansa “una suerte de confianza que confiere un carácter especialmente gravoso a las consecuencias que implicaría su revocación y añade además un quebranto de la igualdad a los costes que comporta su rechazo”, o en fin cuando “los hechos han cambiado tanto o llegan a ser vistos de modo tan diferente que la aplicación de la antigua regla deja de tener relevancia o carece ya de justificación”.⁴⁵ Pero la mayoría simple sostuvo que ninguna de estas consideraciones se aplicaban en el caso *Roe*, de manera que la decisión debía ser confirmada, aunque “no hace falta decir que cada uno de nosotros, de haber sido miembros de la Corte Suprema cuando fue presentada ante ella la cuestión acerca del interés del Estado [en proteger la vida potencial], hubiéramos concluido, como la Corte Suprema de *Roe* hizo, que el peso de ese interés es insuficiente para justificar la prohibición de los abortos antes de la viabilidad incluso cuando tal prohibición estuviera sujeta a ciertas excepciones”.⁴⁶ Apelando a este razonamiento, la mayoría simple en *Casey* sostuvo que toda mujer tiene un derecho protegido constitucionalmente a que se le practique un aborto hasta el momento de la viabilidad, y que más allá de ese momento los

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 2808-9.

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 2817.

diferentes Estados tienen el poder de “restringir la práctica de abortos”, siempre y cuando sus leyes contengan “excepciones para aquellos embarazos que impliquen un peligro para la vida o la salud de la mujer”.⁴⁷

La segunda cuestión resuelta por la decisión adoptada en *Casey* era que el interés del Estado en proteger la vida potencial debía ser considerado como subordinado al derecho constitucionalmente protegido de la mujer al aborto. Los términos de la discusión por parte de la mayoría sobre este punto no supusieron una dilucidación definitiva del *status* del interés del Estado o del interés de la mujer. Sin embargo, sí vinieron a fijar algunos límites sobre lo que pueden hacer los Estados a la hora de regular el aborto. Superado el momento de la viabilidad, el riesgo para la vida o la salud de la mujer puede triunfar sobre las legítimas restricciones al aborto derivadas del interés del Estado en proteger la vida potencial. En efecto, dependiendo de cuán ampliamente sea entendido el concepto de “salud” (en particular, si incluye el bienestar psicológico) y teniendo en cuenta que generalmente será un médico elegido por la paciente quien decida si la salud de la mujer se encuentra o no amenazada, el Estado podría encontrarse aquí con un límite sustancial en relación con su

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 2791.

interés incluso más allá del momento de la viabilidad.

La decisión de *Casey* significaba un rechazo a la lógica subyacente a *Roe*, no sólo porque fue explícitamente abandonado el planteamiento trimestral, sino también porque se sostuvo de manera inequívoca que el interés del Estado en la vida potencial comienza antes del momento en que el feto es viable. El interés estatal es concebido como un interés que va fortaleciéndose a medida que el feto se desarrolla, justificando así el incremento gradual de la interferencia del Estado en los derechos constitucionalmente protegidos de las mujeres embarazadas a lo largo del curso de sus embarazos. Antes del momento de la viabilidad, el test de la “carga indebida” de la Corte Suprema excluye “todas aquellas normas sanitarias [in]necesarias que tienen como objetivo o como efecto constituir un obstáculo sustancial a la voluntad de una mujer de que se le practique un aborto [...]”.⁴⁸ Pero esto no significa que el Estado no tenga poder para tratar de influir en la decisión de abortar de una mujer durante los estadios tempranos del embarazo. “Lo que está en juego”, insistía la opinión mayoritaria en *Casey*, “es el derecho de la mujer a tomar la última decisión, no un derecho a aislarse de todos los demás al

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 2821.

adoptarla”.⁴⁹ Desde el comienzo del embarazo, el Estado “puede promulgar leyes y decretos diseñados para alentar [a la mujer] a informarse de los argumentos sociales y filosóficos de gran peso que pueden aducirse en apoyo de la continuación del embarazo”.⁵⁰ Siempre y cuando las regulaciones en cuestión no tengan el propósito ni el efecto de colocar una “carga indebida” sobre las mujeres imponiéndoles un “obstáculo sustancial” a su voluntad de abortar, el Estado puede intentar que las mujeres reflexionen sobre esa decisión y alentarlas a considerar otras alternativas.⁵¹

Precisamente qué habría de considerarse en cada caso particular como una carga indebida era algo que no estaba en modo alguno claro y venía abocado a provocar nuevas disputas judiciales, tal y como los disidentes en *Casey* se apresuraron a advertir. En la propia sentencia de *Casey*, la Corte Suprema sostuvo que una ley de Pennsylvania colocaba una carga indebida sobre las mujeres al exigir a una mujer casada que había decidido abortar el firmar una declaración de haberlo notificado a su esposo, pero también que otras disposiciones de esa misma ley podrían sin embar-

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 2818.

⁵¹ *Ibid.*

go superar el test. Entre éstas se incluían disposiciones pensadas para garantizar que el consentimiento dado por la mujer al procedimiento era un consentimiento informado, exigiendo que ésta recibiera determinada información como mínimo veinticuatro horas antes de someterse al procedimiento abortivo; que en el caso de que se tratara de una menor prestase consentimiento informado al menos uno de los progenitores en un plazo mínimo de veinticuatro horas antes del procedimiento (con la alternativa abierta de que el consentimiento fuera otorgado por un juez); y, por último, que las clínicas donde se practicasen abortos pudieran ser obligadas a cumplir con diversas exigencias de información. La exigencia de notificación al esposo fue vista, sin embargo, como diferente de las demás, pues si bien era de esperar que la mayoría de las mujeres informasen de forma voluntaria a sus esposos acerca de sus intenciones, cuando se trataba de mujeres víctimas de abuso físico y psicológico por parte de éstos, era razonable pensar que “podrían tener muy buenas razones para no desear informar a sus esposos de su decisión de abortar”.⁵² Si bien la Corte Suprema fue clara a la hora de afirmar que esto inclinaba la balanza de las cargas indebidas, mientras que el periodo de espera de veinticuatro horas no lo hacía, el razonamien-

⁵² *Ibid.*, pág. 2828.

to que había detrás de dicha distinción no era, sin embargo, todo lo lúcido que cabría esperar. En particular, la Corte Suprema parecía haber combinado conjuntamente preocupaciones muy diferentes: tratar de garantizar que la mujer tome una decisión bien meditada (en el sentido de que no sea una decisión de la cual *ella* pudiera más tarde llegar a arrepentirse) y el derecho del Estado a defender *su* interés en la vida potencial regulando la decisión de abortar de la mujer. Por estas y otras razones, *Casey* planteaba tantas nuevas preguntas como respuestas brindaba, algo que las disputas subsiguientes comenzaron muy pronto a revelar.⁵³

Durante los siguientes ocho años, la Corte Suprema se mantuvo en silencio sobre el problema del aborto, aparentemente satisfecha con esperar a que bajo la nueva regulación los litigios se agotasen en las instancias inferiores. Más tarde, los jueces de la Corte Suprema volvieron sobre el asunto en *Stenberg v. Carhart*, centrándose en un procedimiento que estaba siendo intensamente cuestionado y al que sus críticos habían denominado “aborto por nacimiento parcial”. Este procedimiento, relativamente inusual, fue definido por la ley

⁵³ Véase *Fargo Women's Health Organization v. Schafer*, 113 S.Ct. 1668 (1993) y *Planned Parenthood v. Casey II*, 114 S.Ct. 909 (1994).

de Nebraska, que lo prohibía, como “la extracción intencional por vía vaginal de un niño vivo no nacido, o una porción sustancial del mismo, con el propósito de realizar un procedimiento que [el abortista] sabe que matará al [...] niño y que de hecho [...] lo mata”.⁵⁴ Se habían promulgado leyes similares en treinta legislaturas estatales. La cuestionada ley de Nebraska convirtió en delito practicar un aborto por nacimiento parcial a menos que fuera necesario para salvar la vida de la madre. La condena llevaría al revocamiento instantáneo de la licencia del médico para ejercer su profesión. La Corte de Apelaciones del Octavo Distrito había confirmado la conclusión de la Corte de Distrito respecto a la inconstitucionalidad de la ley y la Corte Suprema reafirmó este resultado tras una disputada votación de cinco contra cuatro.

El juez Kennedy, que había sido parte de la mayoría en *Casey*, votó ahora con los disidentes.⁵⁵ La jueza O’Connor, que había sido la diseñadora principal del test de la carga indebida de *Casey*, dejó claro que aunque votaba para declarar inconstitucional la ley de

⁵⁴ 192 F.3d 1142.

⁵⁵ Esto no afectó el resultado porque Byron White, que había emitido un voto disidente en *Casey*, había sido reemplazado en el ínterin por Ruth Bader Ginsburg, la cual refrendó la aplicación de *Casey* en *Stenberg*.

Nebraska impugnada, lo hacía porque su alcance era excesivamente amplio y carecía de una excepción por razón de la afectación de la salud (además de la vida) de la madre. De lo contrario se habría declarado a favor de su constitucionalidad, lo cual, dada la posición de Kennedy, sugería que la mayoría de cinco contra cuatro en la Corte Suprema podría estar dispuesta a respaldar una ley del aborto por nacimiento parcial más restrictiva y que incluyera una excepción por razón de la salud de la madre. Mucho dependía, por lo tanto, de cuál era la razón por la que la mayoría entendía que la ley de Nebraska tenía un campo de aplicación excesivamente amplio, y de qué exactamente sería necesario para asegurar la protección de la salud de la madre.

Son dos cuestiones distintas. En *Casey* se había sostenido que antes del momento de la viabilidad las regulaciones del aborto no debían imponer cargas indebidas sobre el derecho de la mujer a abortar. La ley impugnada podía ser interpretada de modo que incluyera procedimientos de “dilatación y evacuación” (D&E), comúnmente usados en abortos previos a la viabilidad durante el segundo trimestre, así como también el inusual método de “dilatación y extracción” (D&X), usado por lo general después de la semana decimosexta y que era aquel cuya prohibición perseguía

Nebraska.⁵⁶ Por lo tanto, la Corte Suprema aplicó a la ley el test de la carga indebida de *Casey* y la encontró deficiente porque el método D&E es considerado como un método más seguro que las alternativas disponibles para abortos practicados antes de la viabilidad entre las doce y veinte semanas de gestación. Ésta es la parte menos controvertida de la decisión, pues Nebraska nunca trató de proscribir el procedimiento D&E. La cuestión que dividía a la mayoría del grupo de disidentes era si la Corte Suprema debía haber reconstituido la ley de un modo más restringido para tornarla constitucional o bien dejarla sin efecto y, en consecuencia, exigirle a Nebraska que promulgara una ley diseñada en términos más estrictos.

Los riesgos comparativos de los diferentes procedimientos para practicar un aborto se hallan también en el fondo de la parte más controvertida de la decisión: esto es, la referente al procedimiento D&X. Este se refiere a ciertos abortos tardíos en los que el procedimiento D&E ya no es efectivo debido al mayor desarrollo del embarazo y a los casos de presentación podálica del feto. El médico tira del cuerpo del feto a través del cuello del

⁵⁶ El procedimiento D&X es a veces denominado procedimiento “D&E Indemne” aunque yo usaré aquí D&X.

útero (de ahí el término “nacimiento parcial”), destruye el cráneo y extrae el feto a través del cuello del útero. Se alegó en el juicio que este procedimiento era más seguro que otras alternativas para el caso de mujeres portadoras de fetos no viables, de mujeres con cicatrices uterinas anteriores, o de aquellas para quienes el parto inducido sería especialmente peligroso. Atendiendo a todo esto, la opinión mayoritaria entendió que la falta de una excepción por afectación de la salud de la madre convertía a la ley de Nebraska en inconstitucional.

La opinión mayoritaria y la disidente discutían la naturaleza de la prueba según la cual el procedimiento D&X es el método más seguro disponible en determinadas circunstancias y, por lo tanto, debe ser cubierto bajo una excepción que privilegie la salud de la madre. En *Roe* se había insistido en la inclusión de tal excepción en la regulación que los Estados hicieran de los procedimientos abortivos; y en *Casey* se había afirmado que deben existir excepciones cuando el aborto es “necesario, según el apropiado juicio médico, para la preservación de la vida o de la salud de la madre”.⁵⁷ Pero ¿qué constituye un juicio médico apropiado? La decisión de *Roe* había sido criticada durante largo tiempo diciendo

⁵⁷ *Casey*, 505 U.S. 883, pág. 879 (1992).

que esta cláusula de escape en realidad creaba un aborto a petición. “Apropiado juicio médico” había sido interpretado como el juicio del médico generalista, y siempre habría un médico dispuesto a decir que llevar un embarazo a término sería de algún modo dañino para la salud física o psicológica de la mujer. Parte de la oposición a *Casey* provenía del límite que imponía a esta cláusula de escape al sostener que los Estados pueden regular el aborto mientras no impongan una carga indebida sobre las mujeres. Los disidentes en *Stenberg* discrepaban entre sí en torno a si la regla de *Casey* debió haber sido adoptada o no. Coincidían, sin embargo, al insistir en que *Stenberg* privaría de sentido a la regla de *Casey* ya que la interpretación de “apropiado juicio médico” parecía ser lo suficientemente amplia para posibilitar una suerte de aborto a petición, al otorgar al médico generalista un veto sobre cualquier regulación del aborto.

La objeción aquí no era contra la proposición de que parte de la noción de carga indebida incluye la idea de que una mujer no debería ser obligada a padecer un procedimiento menos seguro cuando uno más seguro está disponible. Cualquiera que fuera su significado restante, la noción de carga indebida habría de incluir tal idea. La objeción se dirigía más bien hacia este interrogante: ¿quién debe decidir qué es seguro? El juez disidente

Kennedy objetó que la opinión mayoritaria había dejado este punto en manos del médico generalista, posibilitando el aborto a petición y desproveyendo de sentido a la modificación que de *Roe* había hecho *Casey*. La jueza Thomas agregó que la mayoría no fundamentó su afirmación según la cual un “conjunto importante” de opiniones médicas respaldaba la creencia de que el procedimiento D&X es, en cualquier circunstancia, más seguro que los procedimientos alternativos. ¿Bajo qué lógica o en nombre de qué autoridad –preguntó la jueza– debía la Corte Suprema descartar el criterio del legislador del Estado de Nebraska en esta cuestión fáctica para cambiarlo por otro? Y en una típica actitud de “ya te lo dije”, el Juez Scalia insistió en que “aquellos que creen que sobre un asunto de política una votación de 5 contra 4 entre juristas no electos no debería prevalecer sobre el criterio de treinta legislaturas estatales tiene un problema, no con la *aplicación* de *Casey*, sino con su *existencia* misma. *Casey* debe ser revocado”.⁵⁸

En 1994, los republicanos habían tomado el control de ambas cámaras del Congreso por primera vez en una generación. Esto condujo a abrir un nuevo frente en la batalla sobre el

⁵⁸ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, pág. 955 (2000), subrayado en el original.

derecho al aborto en la política nacional. Se habían librado pequeñas batallas incluso antes de que fuera dictada la sentencia del caso *Stenberg*, pero esta decisión impulsó a las fuerzas pro-vida a elaborar un proyecto de prohibición a nivel nacional del aborto por nacimiento parcial que la Corte Suprema pudiera aceptar. Ambas cámaras habían aprobado prohibiciones del aborto por nacimiento parcial en 1996 y en 1997, pero éstas fueron vetadas por el Presidente Clinton. Cuando George W. Bush asumió el cargo en enero del 2001, se produjo la alineación de estrellas adecuada para promulgar una prohibición a nivel nacional. Esto sucedió el 5 de Noviembre de 2003, cuando Bush firmó la *Ley de Prohibición del Aborto por Nacimiento Parcial*, previamente aprobada como tal por las dos cámaras del Congreso.

La nueva ley federal se hacía cargo de algunas de las debilidades que la Corte Suprema había identificado en la ley de Nebraska declarada inconstitucional en *Stenberg*. El Congreso respondió al problema de la excesiva amplitud de la prohibición excluyendo de manera explícita tanto los abortos D&E como también las extracciones D&X accidentales (en las cuales el médico terminaba realizando de forma no intencional un aborto por nacimiento parcial). Los políticos respondieron a la cuestión de la excepción por la salud de la

mujer atendiendo a la opinión de expertos manifestada ante el Congreso en torno a la seguridad del procedimiento D&X y declarando en la ley que “existe consenso moral, médico y ético” respecto a que el aborto por nacimiento parcial “constituye un procedimiento atroz e inhumano que nunca es médicamente necesario y que debería ser prohibido”.⁵⁹

En las disputas judiciales que inevitablemente sucedieron a la aprobación de la ley, los tribunales federales inferiores revelaron que no estaban convencidos de lo anterior. La *Ley de Prohibición del Aborto por Nacimiento Parcial* fue declarada inconstitucional por los tribunales de distrito de California y Nebraska. Sus decisiones fueron confirmadas por los tribunales de apelación de los Circuitos Octavo y Noveno en 2005 y 2006. Pero la Corte Suprema concedió el *certiorari**, y en abril de 2007 adoptó una nueva decisión declarando la constitucionalidad de la *Ley federal de Prohibición del Aborto por Nacimiento Parcial*,

⁵⁹ 18 U.S.C. §1531 (2000 ed., Supágs. IV), pág. 767.

* [Tipo de revisión judicial que se inicia mediante la solicitud presentada directamente ante la Corte Suprema para que requiera a un tribunal inferior el envío de la sentencia dictada a fin de proceder al posterior examen de su constitucionalidad. La Corte Suprema tiene facultades discrecionales para aceptar o denegar la petición. *N. de la T.*]

revocando la decisión de los tribunales inferiores: todo ello sin revertir su propio precedente establecido siete años atrás en *Stenberg*.

La nueva decisión, *Gonzales vs. Carhart*, reflejó parcialmente los cambios en la composición de la Corte Suprema.⁶⁰ Sandra Day O'Connor había anunciado su jubilación durante el verano del 2005 y William Rehnquist falleció ese otoño. Esto abrió las puertas al Presidente Bush para sustituirlos por un nuevo Presidente, John Roberts, y por el juez Samuel Alito. Ambos habían sido habilidosamente imprecisos a la hora de exponer sus opiniones acerca de la constitucionalidad del aborto durante sus respectivas audiencias de confirmación en el Senado, pero era conocida su filiación conservadora católica. Pocos observadores de la Corte se sorprendieron, pues, cuando la mayoría de cinco contra cuatro que había sostenido la constitucionalidad del procedimiento D&X en *Stenberg* fue reemplazada, en *Gonzales*, por una mayoría de cinco contra cuatro que asumió la posición opuesta.

La sustitución del Presidente Rehnquist por John Roberts había dejado intacta la aritmética de la Corte Suprema en materia de aborto, pero Sandra Day O'Connor había sido

⁶⁰ *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007).

la autora tanto del test de la carga indebida de *Casey* como del voto decisivo en su aplicación al caso *Stenberg*. El juez Alito se unió ahora a una opinión mayoritaria redactada por el juez Kennedy, en la que la Corte sostuvo que el Congreso había resuelto realmente el problema de la excesiva amplitud al exceptuar el procedimiento D&E y dejando indemnes a los médicos que realizaban accidentalmente procedimientos D&X. Más aún, sostuvo que la falta de una excepción por razón de la salud de la madre había quedado subsanada por el pronunciamiento en materia fáctica del Congreso [*congressional finding*] en el sentido de que el procedimiento D&X nunca es médicamente necesario.

No eran del todo claros los fundamentos en los que se apoyaba la Corte Suprema para aceptar el pronunciamiento fáctico del Congreso. Como señaló la jueza Ginsburg en un mordaz disenso, los registros del Congreso estaban repletos de testimonios que contradecían el pronunciamiento en materia fáctica recogido por la ley según el cual el procedimiento D&X nunca era más seguro que las alternativas (por no mencionar pruebas procedentes de otras fuentes profesionales como el *American College of Obstetricians and Gynecologists*). La Ley afirma erróneamente que ninguna facultad de medicina enseña el procedimiento D&X, cuando de hecho mu-

chas de las más importantes sí lo hacen. Más aún, para subrayar el carácter superficial y sesgado de las intervenciones de los especialistas ante el Congreso, baste decir que ninguno de los médicos que afirmaron que el procedimiento D&X en ningún caso está médicamente indicado lo había practicado de hecho.⁶¹ Es largo el historial de pronunciamientos judiciales en los que los tribunales federales se niegan a aceptar las apreciaciones fácticas realizadas en sede legislativa [*legislative findings*] que sean manifiestamente implausibles. Los tribunales inferiores siguieron dicho precedente en este caso. Pero la nueva mayoría de la Corte Suprema no lo hizo, sosteniendo en cambio que frente al desacuerdo entre los profesionales sobre los méritos clínicos del procedimiento en cuestión, el Congreso era libre de tomar la posición que tomó.

El aborto: examen de la jurisprudencia

Gran parte de las pasiones que suscita la controversia del aborto provienen del papel simbólico que ésta tiene en la política estadounidense. Los polémicos debates que enfrentan la “vida” contra la “decisión de la mujer” operan como caja de resonancia de los con-

⁶¹ 127 S.Ct. 1610, pág. 1643 (2007).

flictos que suscita el rol de las mujeres en la sociedad estadounidense, el controvertido *status* de los valores “tradicionales” y “familiares”, y el lugar de la religión en la política de EEUU.⁶² Sin embargo, parte de este apasionamiento ha sido también generado internamente, como resultado de la manera en que *Roe* fue decidido y del argumento de la intimidad sobre el cual tal decisión se basó. El problema surge, en parte, del carácter radical de la *ratio decidendi* [holding] de *Roe* y, en parte, del hecho de que el derecho a la intimidad, en el que el juez Blackmun fundó su argumento, no está explícitamente mencionado en la Constitución.

Las discusiones acerca de la intimidad y la libertad reproductiva hunden sus raíces en la decisión que la Corte Suprema adoptó en 1965 para resolver el caso *Griswold vs. Connecticut*.⁶³ El asunto *Griswold* fue la culminación de una batalla de cincuenta años dirigida a organizar una oposición formal frente a las leyes de control de la natalidad.⁶⁴ Por una mayoría de siete contra dos, la Corte

⁶² Un excelente tratamiento del asunto puede verse en Luker, *Abortion and the Politics of Motherhood*, especialmente los capítulos 3-7.

⁶³ 381 U.S. 479 (1965).

⁶⁴ Para un relato de esta historia, véase David J. Garrow, *The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*, New York: Lisa Drew Books, 1993.

Suprema invalidó una ley de 1879 que había declarado ilegal “el uso de cualquier droga o producto para evitar la concepción”, sosteniendo que la relación marital está incluida en una esfera de intimidad que prevalece sobre cualquier interés legítimo del Estado por evitar la inmoralidad en materia sexual.⁶⁵ Esta decisión suministró parte de la fundamentación lógica del razonamiento del juez Blackmun en *Roe*, donde sostuvo que esa esfera de intimidad comprende también las decisiones relativas al aborto, además de las relativas a la contracepción. Ahora bien, *Griswold* se aplicaba solamente a las parejas casadas y de esto, por sí solo, no podía extraerse el derecho a la intimidad individual sobre el que *Roe* se basaba. El argumento que sirvió como puente lo proporcionó en 1972 el caso *Eisenstadt vs. Baird*, donde el juez Brennan, transcribiendo la opinión de la mayoría, afirmó que en los casos de contracepción “si el derecho a la intimidad ha de tener algún significado, ése es precisamente el derecho del *individuo*, soltero o casado, a no sufrir la intromisión del Gobierno en asuntos que afectan tan esencialmente a una persona como la decisión de engendrar o tener un hijo”.⁶⁶

⁶⁵ 381 U.S. 479-84 (1965).

⁶⁶ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 453 (1972), subrayado en el original.

El resultado de *Griswold* ha sido a menudo criticado diciendo que se trata de una mediocre pieza de jurisprudencia constitucional, y la extensión que Blackmun hizo de ella a *Roe* nunca ha sido sólida. La acusación más importante con la que sus defensores han tenido que lidiar es que *Griswold* constituye un caso claro de “legislación judicial” y que al dictar esa sentencia la Corte Suprema se erigió en una especie de poder superlegislativo. Quienes apoyan el resultado de *Roe* tienen dos posibles respuestas a esta línea de crítica. Una es insistir en que lo hecho por la Corte Suprema en *Griswold* no es inusual. Todas y cada una de las cláusulas del *Bill of Rights* tienen que ser interpretadas a la luz de supuestos filosóficos fundamentales.⁶⁷ Y no sólo eso –prosigue esta línea argumentativa–, sino que pocos críticos de *Griswold* querrían convivir con todas las consecuencias que se derivan de abandonar la idea de que hay un derecho a la intimidad constitucionalmente protegido. De hecho, incluso críticos de *Roe*, como el Subsecretario de Justicia del Presidente Ronald Reagan, Charles Fried, se oponen en general a que *Griswold* sea revocado.⁶⁸ Como ha

⁶⁷ Vid. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, págs. 14-80. [Vers. espág. de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989].

⁶⁸ Así lo mantuvo Fried en un debate oral frente a la Corte en *Webster* en 1990. La excepción es Robert Bork,

destacado Ronald Dworkin –tal vez el autor que formula la mejor defensa de *Griswold* y de su extensión a *Roe*–, es difícil vislumbrar argumento alguno basado en principios capaces de fundamentar esta posición. Una vez que *Griswold* se acepta, parece inevitable que nos conduzca a *Roe*, de una parte porque las técnicas de la contracepción y del aborto se superponen (y quizás lo hagan cada vez más con el paso del tiempo),⁶⁹ y de otra porque resulta difícil articular razones convincentes que lleven a establecer una diferencia relevante entre los dos casos.

El razonamiento de la Corte Suprema en *Griswold* era que las decisiones que afectan al matrimonio y la maternidad son de un carácter tan íntimo y personal que se les debe dejar libertad a los individuos para tomar esas decisiones por sí mismos. Como advierte Dworkin, las decisiones en materia de aborto

quien en su audiencia de confirmación para la Corte Suprema argumentó que tanto *Roe* como *Griswold* debían ser revocados. Esta concepción tiene el mérito de ser internamente coherente, pero está tan alejada de la corriente principal de la opinión jurisprudencial, incluso de la conservadora, que llevó a muchos demócratas y republicanos conservadores a oponerse a su candidatura en el Senado.

⁶⁹ Algunos dispositivos intrauterinos y muchas de las píldoras generalizadas de control de natalidad destruyen el óvulo fertilizado si no consiguen evitar la fertilización.

son cuando menos tan privadas como aquellas referidas a la contracepción. En realidad, en un sentido son más privadas dado que la decisión de abortar “involucra el control de la mujer no sólo sobre sus relaciones sexuales sino también sobre las transformaciones que se producen en el interior de su propio cuerpo, y la Corte Suprema ha reconocido de diversos modos la importancia de la integridad física”.⁷⁰ En consecuencia, Dworkin defiende tanto *Griswold* como *Roe*, así como la reelaboración que la Corte Suprema hizo de la doctrina de *Roe* en *Casey* a través del estándar de la “carga indebida” que, a medida que el embarazo avanza, coloca cargas gradualmente más severas en las mujeres que desean abortar, cargas diseñadas para lograr que reflexionen sobre la firmeza de su decisión de abortar y para hacer valer el interés del Estado en la protección de la vida humana en potencia.⁷¹

Defender *Roe* argumentando que no mantiene ninguna diferencia relevante con *Griswold* desde una perspectiva de principios

⁷⁰ Dworkin, *Life's Dominion*, pág. 107.

⁷¹ Si bien Dworkin quisiera aplicar el estándar de un modo más permisivo de lo que lo hace la Corte Suprema. Por ejemplo, su opinión es que ésta debió haber invalidado los períodos de espera obligatorios que fueron sin embargo confirmados en *Casey*. Dworkin, *Life's Dominion*, págs. 172-4.

es recurrir en última instancia a un argumento *ad hoc*, como los conservadores del tipo de Robert Bork están prontos a señalar. Desde la izquierda, la doctrina *Griswold* ha sido también rechazada por las feministas radicales como una ideología machista que contribuye a la subyugación de las mujeres.⁷² De hecho, en otros contextos –tales como en la discusión sobre la promulgación de leyes sobre violación dentro del matrimonio– las feministas han tratado de debilitar la presunción del *common law* según la cual en el plano de la relación conyugal los comportamientos “de carácter íntimo” quedan ocultos al Derecho penal⁷³. Debido en parte a estas razones, los

⁷² Véase Catherine McKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1987, págs. 93-102 y Robin West, “Jurisprudence and Gender”, *University of Chicago Law Review*, 55/1 (1988), págs. 67-70.

⁷³ Sobre la cambiante legislación estadounidense en materia de violación en el ámbito del matrimonio, véase Michael Freeman, “If you Can’t Rape Your Wife, Who[m] can You Rape? The Marital Rape Exception Re-examined”, *Family Law Quarterly*, 15/1 (1981), págs. 1-29; Debora Rodhe, *Justice and Gender* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989), págs. 249-51; Rene I. Agustine, “Marriage: The Safe Heaven for Rapists”, *Journal of Family Law*, 29/3 (1990-91), págs. 559-90; y Sandra Ryder y Sheryl Kuzmenka, “Legal Rape: The Marital Exception”, *John Marshall Law Review*, 24 (1991), págs. 393-421. Sobre la evolución en Inglaterra de la excepción, ver PÁG. M. Bromley y N. V. Lowe, *Family Law*, London: Butterworths, 1987, 7^a ed., págs. 109-12.

defensores del derecho al aborto han propuesto una línea alternativa de respuesta ante la debilidad que perciben en *Griswold* y *Roe*. Esta línea abandona completamente el argumento de la intimidad para apoyarse en su lugar en el principio constitucional de igualdad ante la ley [*equal protection of the laws*], explícito en la Decimocuarta Enmienda e implícito en la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda.

El argumento de la igualdad gira en torno a la afirmación de que las restricciones en relación con el aborto discriminan a las mujeres en la medida en que imponen límites a su libertad que los hombres no tienen, sin embargo, que soportar. Ésta fue la posición sostenida por la entonces jueza de la Corte Federal de Apelaciones, Ruth Bader Ginsburg en su *Madison Lecture* dictada en 1993 en la Universidad de New York. Posición que provocó un exhaustivo interrogatorio en su audiencia de confirmación para la Corte Suprema, al revelar su insatisfacción en relación con la doctrina de la intimidad de *Roe*⁷⁴. A juicio de

⁷⁴ Ruth Bader Ginsburg, “Speaking in a Judicial Voice”, *Madison Lecture*, New York University Law School, 9 de Marzo de 1993, *mimeo*. Para las audiencias, véase “Nomination of Ruth Bader Ginsburg to be an Associate Justice of the United States Supreme Court: Report Together with Additional Views”, Exec. Report 103-6-93-1 United States Senate, págs. 17-19.

Ginsburg, las regulaciones sobre el aborto afectan “al control autónomo de una mujer sobre todo el curso de su vida, a su capacidad para situarse en relación con el hombre, la sociedad y el Estado como una ciudadana independiente y autosuficiente”.⁷⁵ Según su punto de vista, la Corte Suprema de *Roe* debió haberse “concentrado de un modo más preciso en la dimensión del problema tocante a la igualdad de la mujeres”, algo que le hubiera permitido sostener que “el trato desventajoso a una mujer por razón de su embarazo y por razón de su capacidad de elegir en materia de reproducción representa un caso paradigmático de discriminación por razón de sexo”.⁷⁶ Es cierto que los argumentos basados en la igualdad han sido de una efectividad decreciente en las Cortes Supremas de Burger y Rehnquist, pero Ginsburg señala que justo en el mismo período en que *Roe* fue dictada la Corte Suprema tenía un caso en su agenda que pudo haberle servido como puente, “vinculando la elección reproductiva con el trato desfavorable a las mujeres por razón de sexo”.⁷⁷ Si-

⁷⁵ “Nomination of Ruth Bader Ginsburg”, pág. 17.

⁷⁶ Ginsburg, *Madison Lecture*, págs. 24, 28. Para una defensa más elaborada del punto de vista basado en la igualdad, véase Sylvia A. Law, “Rethinking Sex and the Constitution”, *University of Pennsylvania Law Review*, 132/2 (1983-4), págs. 1002-13.

⁷⁷ Ginsburg, *Madison Lecture*, pág. 24. El caso, *Struck vs. Secretary of Defense*, 409 U.S. 947 (1973), fue

guiendo este orden de ideas, entendió que la decisión de optar por la línea de razonamiento de *Griswold* en *Roe* había supuesto desperdiciar una oportunidad para situar el derecho al aborto sobre bases conceptuales y constitucionales más firmes.⁷⁸

Cualesquiera que sean los fundamentos jurisprudenciales del derecho al aborto, puede afirmarse que fue la manera en que el caso *Roe* se resolvió –así como el contenido mismo de la decisión– lo que iba a poner en entredicho su legitimidad. Después de todo, en *Roe* la Corte Suprema había hecho mucho más que declarar inconstitucional una ley de Texas en materia de aborto. La opinión mayoritaria diseñó un elaborado test para determinar las condiciones bajo las cuales era esperable que cualquier ley en materia de aborto pudiera ser aceptada. En realidad, lo que hizo el juez Blackmun fue crear su propia ley federal sobre el aborto. Ginsburg defiende enérgicamente la idea de que decisiones de este tipo llevan a socavar la legitimidad de la Corte

devuelto por no ser pertinente ya el debate judicial al respecto.

⁷⁸ Por supuesto que es posible que Blackmun hiciera campaña a favor de esta posibilidad y que no encontrara apoyo entre sus compañeros de la Corte, aunque, dado que –la hiciera o no– nunca llegó a mencionarlo, parece más probable que, al igual que Ronald Dworkin, Blackmun simplemente pensara que *Griswold* era concluyente.

Suprema. Cree que, si bien en ocasiones es necesario que la Corte Suprema dé un paso “adelante” en relación con el proceso político a fin de lograr reformas exigidas por la Constitución, cuando ese paso adelante avanza demasiado puede producir una reacción negativa y provocar la acusación de que la Corte está extralimitándose en el papel que le corresponde dentro de un orden constitucional democrático.⁷⁹

Esta línea de razonamiento acerca del papel de la Corte Suprema ha sido desarrollada en forma más completa por Robert Burt.⁸⁰ Éste establece una comparación entre el tratamiento que la Corte Suprema hace del problema del aborto y el modo como abordó los casos de segregación racial escolar de la década de los 50. En *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), los magistrados declararon que la doctrina de “separados pero iguales” era una violación del principio constitucional de igualdad [*Equal Protection Clause*]⁸¹, pero no dieron cuenta de cuáles habían de ser las condiciones de escolaridad aceptables. En vez de ello, devolvieron el

⁷⁹ Ginsburg, *Madison Lecture*, págs. 30-38.

⁸⁰ Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992, págs. 344-52.

⁸¹ *Brown v. Board of Education I*, 347 U.S. 483 (1954).

problema a las asambleas legislativas de los Estados sureños, al exigirles que ellas mismas diseñaran las medidas que consideraran adecuadas (y con ello las causas válidas de recurso [*remedies*])⁸². Tales medidas llegaron efectivamente ante la Corte Suprema como resultado de posteriores litigios judiciales en vía de recurso, donde fueron examinadas y con frecuencia consideradas deficientes.⁸³ Pero la Corte Suprema evitó diseñar ella misma la medida en cuestión, y con ello la acusación de estar usurpando la función legislativa. En *Roe*, en cambio, como señala Ginsburg, la Corte Suprema “no invitó al legislador a diálogo alguno. En lugar de ello, más bien pareció sacar el balón completamente fuera del campo del legislador” al destruir casi toda forma de regulación del aborto existente por entonces.⁸⁴

Desde la perspectiva de Ginsburg-Burt, el radicalismo de la *ratio decidendi* de *Roe* menoscababa la legitimidad democrática de la Corte Suprema al tiempo que ponía fin a diversos planteamientos puestos en marcha en diferentes Estados para liberalizar las leyes sobre el aborto. Entre 1967 y 1973 en dieci-

⁸² *Brown v. Board of Education II*, 349 U.S. 294 (1955).

⁸³ Burt, *Constitution in Conflict*, pág. 348.

⁸⁴ Ginsburg, *Madison Lecture*, pág. 32.

nueve Estados fueron aprobadas leyes que ampliaban los motivos que permitían el aborto. Muchas feministas estaban descontentas con el ritmo y el alcance de esta reforma y lanzaron la campaña que contribuyó a producir el resultado de *Roe*. Burt admite que en 1973 estaba “poco claro si las leyes estatales recién promulgadas implicaban el comienzo de una tendencia nacional hacia la derogación de cualquier restricción en relación con el aborto o incluso si en los llamados Estados liberales las nuevas medidas legislativas facilitarían significativamente el acceso al aborto por parte de cualquiera que lo deseara”. Sin embargo, insiste en que “el aborto era un problema discutido abierta e intensamente en una importante cantidad de foros públicos y, a diferencia de lo que sucedía en el régimen jurídico vigente en una fecha tan reciente como 1967, dejaba de estar claro quién iba ganando la batalla”.⁸⁵ Siguiendo el modelo de *Brown*, la Corte Suprema podría haber declarado inconstitucional la ley de Texas sobre el aborto en *Roe* (ya fuera apelando al argumento de la intimidad defendido por Blackmun o al argumento de la igualdad avanzado por Ginsburg y otros) sin proceder a desarrollar y aplicar el esquema trimestral de Blackmun. Esto habría sentado algunos límites en relación con el margen de acción de las asambleas

⁸⁵ Burt, *Constitution in Conflict*, pág. 348.

legislativas en materia de regulación del aborto pero sin involucrar a la Corte Suprema directamente en el diseño de esa regulación. De acuerdo con el punto de vista de Ginsburg-Burt, de haber procedido así, la Corte Suprema habría dejado espacio para la resolución democrática del conflicto, lo que hubiera asegurado la supervivencia del derecho al aborto al tiempo que preservaría la legitimidad del papel de la propia Corte en un orden constitucional democrático.⁸⁶

El futuro del derecho constitucional al aborto

Tal vez sea irónico que aunque *Casey* se decidiera antes del ascenso de Ruth Bader Ginsburg a la Corte Suprema, fue con esa decisión como la Corte aproximó su posición al punto de vista de Ginsburg-Burt acerca de la manera en que la Corte debía abordar el problema del aborto. Al afirmar la existencia de un derecho constitucional fundamental de la mujer al aborto, al reconocer la legitimidad del interés del Estado en la vida potencial, y al insistir en que los Estados no pueden instar la promoción de este interés mediante vías que impliquen cargas indebidas sobre las mujeres, la Corte Suprema estableció algunos parámetros básicos en el marco de los cuales

⁸⁶ *Ibid.*, págs. 349-52.

las asambleas legislativas debían diseñar a partir de entonces la regulación del aborto. Los disidentes en *Casey* tenían razón al señalar que existiría cierto grado de imprevisibilidad y confusión por cuanto serían promulgados distintos regímenes normativos según los distintos Estados, regímenes que a su vez serían examinados por los respectivos tribunales.⁸⁷ Dada, particularmente, la dimensión progresiva que el test posee –al permitir regulaciones que incorporen cargas cada vez más fuertes conforme avanza el embarazo– esto resulta inevitable. Para aque-

⁸⁷ En su voto parcialmente disidente, Rehnquist –a quien se unieron White y Scalia– dijo a propósito de la opinión dominante en *Casey*: “El resultado final de los himnos para mayor gloria de la legitimidad que ha entonado la opinión conjunta es la formulación de un estándar completamente nuevo para evaluar las regulaciones estatales sobre el derecho de la mujer al aborto: el estándar de la ‘carga indebida’ [...] *Roe v. Wade* adoptó un estándar de ‘derecho fundamental’ según el cual las regulaciones estatales sólo podían salir airosas si satisfacían el requisito del ‘escrutinio estricto’. Aunque estemos en desacuerdo con ese estándar, éste al menos tenía un fundamento reconocido en el Derecho constitucional en la época en que *Roe* fue resuelto. No puede decirse lo mismo del estándar de la ‘carga indebida’, que ha sido enteramente creado por los autores de la opinión conjunta. Es un estándar que aún hoy no dispone del apoyo mayoritario de esta Corte. Y creemos que no será una cuestión de “mera puesta en marcha”, fácilmente aplicable, tal como la opinión conjunta auspicia”. 112 S. Ct. 2791, en pág. 2866 (1992).

llas concepciones que en relación con la aplicación del Derecho [*adjudication*] valoren la eficiencia y la claridad por encima de cualquier otra cosa, algo así podría ser visto como una censurable invitación a que se entablen más y más litigios judiciales.⁸⁸ Sin embargo, desde el punto de vista de Ginsburg-Burt, que *Casey* provoque más litigios puede ser visto como un coste que merece la pena asumir. Al igual que *Brown*, coloca sobre las asambleas legislativas democráticamente elegidas la responsabilidad de proponer modos de regular el aborto que no graven indebidamente a las mujeres, y las constriñe a hacer esto bajo la advertencia de que las leyes que promulguen serán examinadas por los tribunales e invalidadas si se juzgan deficientes. Esto supone un incentivo para que los legisladores, cuando pretenden defender los intereses legítimos del Estado en la protección de la vida potencial humana, diseñen sistemas de reglas que minimicen las cargas impuestas sobre las mujeres. También adjudica a los tribunales

⁸⁸ Véanse los comentarios de Rehnquist inmediatamente posteriores a los citados en la nota precedente. Para una defensa más general de la eficiencia en la aplicación del Derecho por los tribunales federales de apelación, véase Richard Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, págs. 169-315. Para una crítica a la tesis de Posner, véase mi "Richard Posner's Praxis", *Ohio State Law Review*, 48/4 (1987), págs. 1009-26.

federales un papel legítimo en el marco de una democracia constitucional. “Sin dar pasos de gigante y, por tanto, sin arriesgar una reacción negativa cuya fuerza acaso no pudiera ser contenida, la Corte Suprema, a través del ejercicio del control de constitucionalidad, puede reforzar o dar luz verde al cambio social”.⁸⁹

Cabe sostener que, al adoptar el planteamiento de Ginsburg-Burt sobre el modo en que han de ser enfocadas las regulaciones del aborto, la Corte Suprema ha comenzado a desmentir la afirmación de Alasdair MacIntyre, mencionada al comienzo de este trabajo, según la cual los diferentes contendientes en la controversia sobre el aborto operan desde cosmovisiones inconmensurables entre las cuales resulta imposible decidir en términos racionales. Por el contrario, una vez que el debate ha sido trasladado desde imponderables metafísicos –respecto de cuándo comienza la vida y si el feto es o no una persona– hasta consideraciones relativas a qué constituye una carga indebida en relación con los derechos constitucionalmente protegidos de la mujer, ha podido verse que existe un amplio espacio para la argumentación racional sobre el aborto como derecho jurídicamente reconocido. Que el aborto *pueda* ser un

⁸⁹ Ginsburg, *Madison Lecture*, pág. 36.

asunto políticamente polarizado no significa que *tenga* que serlo. Y es ciertamente una ventaja del planteamiento de *Casey* que haya apartado el debate de problemas que no pueden ser resueltos en una cultura pluralista para situarlo en áreas en las que la solución negociada y el acuerdo quizá sean posibles.

Dejando a un lado las cuestiones de planteamiento, el contenido del estándar de la “carga indebida” ofrece posibilidades a la hora de limitar las regulaciones del aborto que acaso sean más contundentes de lo que los críticos de *Casey* han podido apreciar. Parece ciertamente una estrategia interpretativa plausible la propuesta por Ronald Dworkin. Según éste, a raíz de *Casey* cualquier regulación de las decisiones sobre el aborto debe ser considerada como innecesariamente coercitiva, y por tanto “indebida”, si resulta que el mismo “efecto positivo en la responsabilidad de las decisiones en materia de aborto puede alcanzarse por alguna vía diferente que entrañe consecuencias menos coercitivas”.⁹⁰ Esta línea de razonamiento sugiere que si los demandantes pueden mostrar que regulaciones menos restrictivas que las vigentes pueden alcanzar los objetivos estatales perseguidos al regular el aborto, entonces las regulaciones vigentes tendrán que ser declaradas inconsti-

⁹⁰ Dworkin, *Life's Dominion*, pág. 173.

tucionales. A la vista de esto, las asambleas legislativas que contemplan la posibilidad de aprobar leyes sobre el aborto tendrán un incentivo para no adoptar regulaciones más rigurosas que aquellas que puedan ser justificadas como necesarias.

Sin embargo, el aspecto tal vez más importante y menos tenido en cuenta del estándar de la “carga indebida”, sobre el cual ha venido a girar la normativa constitucional en materia de aborto desde *Casey*, es su capacidad para infundir nuevo vigor a las consideraciones igualitaristas que Blackmun soslayó cuando recurrió a la doctrina de la intimidad de *Griswold* como el fundamento para su opinión en *Roe*. La razón es que muy probablemente forjar una jurisprudencia de las cargas debidas e indebidas es algo que se revela sumamente difícil si no se acude a consideraciones igualitaristas. Un indicio de ello lo encontramos en los votos de *Casey*. Los disidentes en este caso señalaron que es difícil construir un fundamento basado en principios para sostener, como hizo la Corte, que, por un lado, el requisito de la notificación conyugal impone cargas indebidas sobre las mujeres dado que algunas mujeres pueden enfrentarse a maridos violentos, y por otro lado, que el requisito de consentimiento paterno no impone tales cargas ni siquiera cuando es de suponer que algunas adolescentes embarazadas se enfren-

tarán a padres violentos.⁹¹ Dworkin amplía esta crítica señalando que no es menos difícil hallar un fundamento basado en principios para el rechazo que la Corte Suprema hizo de la pretensión de que un período de espera de veinticuatro horas no supera el test de la carga indebida, siendo así que la Corte reconoció que ese periodo de espera implica una carga comparativamente pesada cuando se trata de mujeres pobres. En opinión de Dworkin, una restricción que no convierte el aborto en imposible prácticamente para nadie pero que “lo convierte en suficientemente más caro o difícil para algunas mujeres como para disuadirles de la decisión de abortar que, reflexivamente, habían adoptado”, no debería superar el test de la carga indebida.⁹² La lógica de Dworkin es difícil de resistir una vez que la Corte Suprema ha secundado la idea de que una regulación que pueda imponer costes severos sobre *algunas* mujeres no es, por esa razón, constitucionalmente aceptable. Aunque este argumento no es explícitamente igualitarista, sí lo es implícitamente en la medida en que sugiere que, para salir airosas, las regulaciones del aborto no pueden imponer cargas sobre las mujeres pobres simplemente por el hecho de ser pobres.

⁹¹ 120. L. Ed. 2d 674, en págs. 774-97 (1992).

⁹² Dworkin, *Life's Dominion*, pág. 173.

El razonamiento de Dworkin arranca del hecho de que es difícil –quizás imposible– dar sentido a la idea de “lo debido” [*dueness*] sin hacer referencia a la idea de igualdad. Seguramente en ningún sitio queda esto mejor ilustrado que en la evolución del concepto de “debido proceso” en el procedimiento penal estadounidense. Y podría ser esclarecedor mencionar aquí algunos posibles paralelismos entre esa historia y el porvenir del estándar de la carga indebida en la normativa constitucional sobre el aborto.

El célebre caso de 1963 *Gideon vs. Wainwright* se centraba en la cuestión de si los Estados debían proveer de asesoramiento legal costado por el gobierno a los criminales indigentes acusados por delitos castigados con la pena de muerte.⁹³ La Corte Suprema sostuvo que sí debían hacerlo, apoyándose en parte en el argumento de que los acusados adinerados están generalmente en posición de contratar asesoramiento jurídico.⁹⁴ En las décadas siguientes a *Gideon*, la idea de que las personas pobres no deben soportar cargas en el ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos, que las personas ricas no hayan también de soportar, pasó a formar

⁹³ Para un excelente relato, véase Anthony Lewis, “*Gideon’s Trumpet*”, New York: Vintage, 1966.

⁹⁴ 372 U.S. 335 (1963).

parte de la propia noción de debido proceso penal. Como resultado de ello, durante las décadas de los años 60 y 70 se incorporaron a la legislación del procedimiento penal fuertes medidas de protección de los acusados. Dichas medidas eran relativas al derecho de asesoramiento de éstos, tanto en apelación como en primera instancia, en juicios por delitos no castigados con la pena capital en los que el acusado es encarcelado si se prueba su culpabilidad, así como en otros ámbitos relacionados.⁹⁵ Es verdad que las interpretaciones igualitaristas de la Cláusula del Proceso Debido en el ámbito penal se vieron posteriormente recortadas por las Cortes presididas por Burger y Rehnquist.⁹⁶ Esto enfatiza el hecho de que el Derecho no siempre evoluciona en una sola dirección. En modo alguno puede darse por descontado que interpretaciones vigorosamente igualitaristas de la idea de “lo debido” hayan de prevalecer siempre en este ámbito o en cualquier otro. Sin embargo, las consideraciones de tipo igualitarista nunca han sido completamente abandonadas por la Corte Suprema en este ámbito, y a veces

⁹⁵ Para ejemplos véase *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963) y *Argesinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

⁹⁶ Véase *Ross v. Muffitt*, 417 U.S. 600 (1974); *Scout v. Illinois*, 440 U.S. 367 (1979); *United States v. Cronin*, 466 U.S. 648 (1984); y *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

incluso cortes conservadoras las han desarrollado, como sucedió en 1985 cuando se sentó el criterio de que a un acusado indigente que alega enfermedad mental se le debe conceder su propio psiquiatra designado por la corte a cargo del gobierno.⁹⁷ Una vez más la idea de “lo debido” de la Cláusula del Debido Proceso fue desentrañada por referencia a la igualdad.

No hace falta una gran dosis de imaginación para darse cuenta de las posibilidades creativas que esto tendría para un razonamiento análogo en el Derecho constitucional sobre el aborto en el momento en que los tribunales federales tengan que desentrañar el significado de “carga indebida”. La idea de que una carga no puede considerarse debida si impone costes considerables sobre *algunas* mujeres encuentra asidero en el lenguaje utilizado por la opinión dominante en *Casey*, como hemos visto. Aunque, como sucedió en el asunto del debido proceso en el procedimiento penal, la Corte Suprema ha emitido opiniones contradictorias sobre las consecuencias a extraer de aquí que todavía tienen que ser, pues, clarificadas por entero. Un ámbito inmediato que podría ser explorado en esta dirección es el de la financiación del aborto. Así como se sostuvo que el derecho

⁹⁷ *Ake v. Oklahoma*, 470 U.S. 68 (1985).

constitucional a ser asesorado de Clarence Earl Gideon exigía que el gobierno designara asistentes jurídicos a cargo del Estado para los acusados indigentes que se encontraran en ciertas circunstancias, uno puede imaginar argumentos análogos a explorar en el contexto del aborto. Es difícil saber por anticipado cuáles resultarán ser las clases semejantes de circunstancias pertinentes en el ámbito que nos ocupa, pero los casos de violación –en donde no cabe presunción alguna de responsabilidad de la mujer por su embarazo– constituyen un claro punto de partida. Desde el punto de vista de las feministas radicales, de conseguirse, podría parecer una victoria muy pequeña, habida cuenta de todo lo que se ha perdido desde *Webster* y *Casey*. Pero si tenemos en cuenta que en el pasado la Corte Suprema nunca ha sido demasiado favorable a apoyar la pretensión de quienes demandan financiación para abortar, un logro potencial en este ámbito no debería ser tenido, tampoco desde el punto de vista de las feministas, como un logro insignificante.

Las posibilidades del planteamiento igualitarista no se agotan en extraer las consecuencias que se siguen de la idea de que aquellas regulaciones que imponen cargas considerables sobre *algunas* mujeres no saldrían incólumes del test de la “carga indebida”. *Casey* identifica dos posibles fuentes del

interés del Estado al regular el aborto: asegurar que la mujer ha dado su consentimiento debidamente informado al procedimiento abortivo y defender su interés en la protección de la vida potencial humana. El primero de estos intereses tiene en cuenta al individuo en el sentido de que el Estado puede promover que la mujer que está pensando en abortar reflexione sobre la gravedad del curso de acción que se propone emprender y considere alternativas al mismo, en tanto ello no suponga la imposición innecesaria de una carga sobre su decisión. El interés del Estado reside aquí en la calidad de la decisión de la mujer: ésta debe ser genuina e informada. Como he señalado, las consideraciones igualitaristas implícitamente afectan a la evaluación de las regulaciones diseñadas para alcanzar este objetivo, puesto que las mismas regulaciones que no resultan gravosas para las mujeres adineradas pueden sin embargo significar costes considerables para las mujeres de bajos ingresos.

Sin embargo, un tipo diferente de análisis igualitarista –de implicaciones más potentes– surge cuando reflexionamos sobre la regulación del aborto por parte del Estado orientada a defender el interés que éste tiene en la vida humana futura. Esto abre la posibilidad de recuperar las consideraciones sobre igualdad ante la ley que Ginsburg, MacKinnon, West y otros creyeron perdidas cuando Blackmun

decidió basar *Roe* en la doctrina de la intimidad de *Griswold*. En efecto, cabe preguntar (y se hará) por qué razón debería permitirse a los Estados defender *este* interés de cualquier modo que imponga desproporcionadamente los costes que tal defensa implica sobre algunas mujeres o, de hecho, sobre las mujeres en vez de los hombres. Las posibilidades que ofrece esta línea de pensamiento son difíciles de percibir en abstracto. Es claro que la Corte Suprema en las décadas de 1990 y de 2000 se mantuvo poco receptiva a la tesis feminista de que prácticamente toda regulación del aborto supone una discriminación de las mujeres y de que por esta razón debe ser rechazada.⁹⁸ Pero la oportunidad para un argumento basado en la igualdad merodea en la lógica de *Casey*, si no en su lenguaje, y parece al menos posible que esta lógica pueda originar en el futuro importantes restricciones a las regulaciones del aborto.

Ocho años después de *Casey* había indicios de que las consideraciones igualitaristas estaban moldeando la jurisprudencia sobre el aborto de la Corte Suprema. El párrafo inicial de la sentencia de la Corte, redactada por el juez Stephen Breyer, sobre el polémico asunto del aborto por nacimiento parcial, *Stenberg vs. Carhart* (2000), señala que millones de

⁹⁸ Véase *supra* nota 71.

personas “temen que una ley que prohibiera el aborto condenaría a muchas mujeres estadounidenses a una vida carente de dignidad, privándoles de *igual libertad* y llevando a las más desfavorecidas a someterse a abortos ilegales con los riesgos concomitantes de muerte y sufrimiento”.⁹⁹ La decisión en *Gonzales vs. Carhart* (2007), que revirtió el resultado de *Stenberg*, no rechazaba esta lógica igualitarista. Es cierto que determinados aspectos del voto mayoritario redactado por el juez Kennedy podían ser interpretados como paternalistas en relación con las mujeres –si no condescendientes–, como por ejemplo la afirmación de que aquellas mujeres que no comprenden muy bien todo lo que comporta el procedimiento D&X podrían quedar traumatizadas si después de haberse sometido a él llegaran a saberlo. Como la jueza Ginsburg observó en su voto disidente, esto difícilmente puede constituir un fundamento para distinguir el procedimiento D&X del D&E y, además, supone que las mujeres están de algún modo incapacitadas para tomar decisiones en su propio interés.¹⁰⁰ Pero la opinión mayoritaria no puso en entredicho la idea de que el criterio de la carga indebida exige que todas las mujeres tengan acceso al procedimiento abortivo más seguro disponible, y de este

⁹⁹ 192 F. 3d 1142, subrayado añadido.

¹⁰⁰ 127 S.Ct. 1610, pág. 1648-9 (2007).

modo afirmó, al menos implícitamente, un compromiso con la igualdad de las mujeres.

El debate versaba acerca de si el procedimiento D&X es realmente más seguro en ciertas circunstancias. En *Stenberg* los tribunales inferiores habían declarado que existe de hecho un conjunto importante de opiniones médicas favorables a que sea el juicio del médico generalista el que determine si en ciertas circunstancias el procedimiento D&X es el más seguro disponible. Esto fue cuestionado por los jueces disidentes Kennedy, Rehnquist, Thomas y Scalia. Mejor que ponerse a debatir las opiniones en conflicto sobre cuestiones científicas con los disidentes, la mayoría debió adoptar la posición de que, en la medida en que era una cuestión de hecho controvertida, debía ser dirimida por el tribunal de instancia [*trial court*]. Si la legislatura de Nebraska había tenido en cuenta las pruebas acerca de la seguridad comparativa de los distintos procedimientos, el momento oportuno para decidir acerca de este punto era el juicio. Y si el Dr. Carhart cuestionaba el fundamento científico sobre el que se basaba su pronunciamiento, también él habría tenido que persuadir al tribunal de instancia. Quizás lo que sucedió es que la legislatura de Nebraska no consideró la cuestión en absoluto, en cuyo caso la idea de que está en mejor posición que un tribunal de apelación para establecer esa

determinación, tal como sostenían los disidentes, no venía al caso.

Los tribunales de apelación no admiten testimonios ni declaraciones de expertos. De manera que no se espera de ellos, por lo general, que revisen las apreciaciones sobre las cuestiones de hecho que hizo el tribunal inferior. Esas apreciaciones fácticas del órgano inferior han de ser en general tenidas por establecidas a menos que el sumario contenga piezas de prueba abrumadoras que las vuelvan implausibles. Incluso cuando existan razones para dudar de ellas, el procedimiento adecuado es remitir de nuevo el caso al tribunal de instancia para un nuevo examen de la causa, y no llevar a cabo una nueva determinación de los hechos del caso en el proceso de apelación. Desde esta perspectiva son, pues, los disidentes en *Stenberg*, y no la mayoría, quienes de forma inadecuada confiaron en su propia (falta de) habilidad para la resolución de cuestiones de hecho controvertidas.

El Congreso subió la apuesta en reacción a *Stenberg* al entrar en juego con un pronunciamiento expreso en materia fáctica según el cual el procedimiento D&X nunca es médicamente necesario e incorporar este pronunciamiento a su *Ley de Prohibición del Aborto por Nacimiento Parcial*. Pero los tribunales federales nunca han estado inclinados

a acatar absolutamente las apreciaciones fácticas de carácter legislativo. Tal como lo expresó el juez Thomas cuando ejercía en el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia antes de su ascenso a la Corte Suprema: “Si un legislador pudiera hacer constitucional una ley simplemente por ‘determinar’ que lo negro es blanco o que la libertad es esclavitud, la revisión de las decisiones judiciales sería una elaborada farsa. Al menos desde *Marbury vs. Madison* (1803) [...] esto no es lo que el Derecho dice”.¹⁰¹ A la vista de las afirmaciones infundadas, los errores fácticos y los testigos escasamente competentes que acompañaron a ese pronunciamiento del Congreso, sorprende poco que los tribunales inferiores no hayan resultado convencidos por él. De hecho, el voto mayoritario del juez Kennedy en *Gonzales* no defiende que el Congreso se pronuncie sobre cuestiones de hecho. Más bien asume la perspectiva de que, por un lado, hay “incertidumbre médica” respecto de la cuestión de si el procedimiento D&X es más seguro para la mujer en ciertas circunstancias y, por otro, que esta incertidumbre “no excluye el ejercicio del poder legislativo”.¹⁰² Tal vez no lo excluye, pero tampoco comporta que los tribunales hayan de

¹⁰¹ *Lamprecht v. FCC*, 958 F. 2d, 382, 392 (DC Circuit 1992).

¹⁰² 127 S.Ct. 1610, págs. 1618 (2007).

mostrar deferencia hacia ese poder cuando se basa en apreciaciones fácticas manifiestamente implausibles.

No queda claro si el resultado de *Gonzales* vino a suponer un paso más en el abandono por parte de la Corte Suprema del derecho constitucionalmente protegido de la mujer al aborto tal y como había sido reafirmado en *Casey*. El voto disidente de Ginsburg parece indicar que sí. Por otra parte, los comentarios de académicos pro-decisión tales como Ronald Dworkin no dejan demasiado lugar para el optimismo.¹⁰³ Como era de esperar, dadas sus opiniones previas, la jueza Thomas escribió un lacónico voto concurrente reiterando su postura de “que la jurisprudencia sobre el aborto de la Corte Suprema, incluyendo *Casey* y *Roe vs. Wade* no tiene fundamento en la Constitución”.¹⁰⁴ El juez Scalia se unió al voto concurrente de Thomas. Esto, de nuevo, tampoco fue una sorpresa. Pero mientras en el pasado el nombre de Rehnquist habría estado allí también, ninguno de los dos nuevos jueces –Roberts y Alito– decidieron adherirse a la opinión de Thomas-Scalia. Esto podría apuntar a un acuerdo de estos últimos con Kennedy

¹⁰³ Dworkin, “The Court and Abortion: Worse Than you Think”, *New York Review of Books*, 54/9 (May 31, 2007), págs. 20-21.

¹⁰⁴ 127 S. Ct. 1610, págs. 1639-40 (2007).

en que la garantía que del derecho al aborto hizo *Casey* permanece intacta, aun cuando el test de la carga indebida no resultaba superado, a su juicio, en el caso en cuestión. Pero también puede haber significado que alguno de los nuevos jueces –o ambos– se encontraba indeciso sobre el problema en su conjunto o, si bien decidido, estaba poco dispuesto a poner sus cartas sobre la mesa por el momento. Sólo el tiempo lo dirá.

LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA
SOBRE EL ABORTO

Carmen TOMÁS-VALIENTE

En lo que sigue me propongo realizar una comparación, a grades rasgos, entre la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre el aborto (que tan magistralmente nos ha dibujado el profesor Shapiro) y la elaborada por nuestro Tribunal Constitucional (lo que me servirá a su vez para exponer brevemente el núcleo de esta doctrina jurisprudencial, por lo demás ampliamente conocido). Por otra parte, creo que no tiene sentido omitir referirnos al nuevo texto que –antes del fin de esta legislatura, según todos los indicios– introducirá en nuestro ordenamiento un importantísimo cambio de regulación al instituir un sistema de plazos en combinación con uno de indicaciones. No es mi intención, en modo alguno, aventurarme a pronosticar el sentido de un eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de una norma y sobre la base de un recurso que aún no existen; pero teniendo en cuenta que el partido mayoritario en la oposición sí

ha anunciado ya expresamente su intención de recurrir la futura ley ante el Alto Tribunal, puede resultar interesante tratar al menos algunos de los puntos discutibles que parece probable que sean objeto de recurso y realizar algunas reflexiones al respecto. A ello se dedicará la segunda parte de esta intervención.

I. Diferencias de enfoque entre la jurisprudencia constitucional norteamericana y la española.

Lo primero que me gustaría destacar en relación a la presentación del profesor Shapiro son las profundas diferencias tanto de enfoque como de contenido y alcance entre la jurisprudencia constitucional norteamericana sobre el aborto y la elaborada por nuestro Tribunal Constitucional; diferencias que, como es lógico, se proyectan directamente sobre las cuestiones que la doctrina de cada país selecciona como objeto de su atención y la perspectiva desde la que aborda su análisis.

1. El marco del debate en Estados Unidos: la polémica sobre la privacy y el “descubrimiento” de derechos no explícitamente consagrados en el Bill of Rights.

Las diferencias de enfoque entre una y otra jurisprudencia resultan, en primer lugar, muy

evidentes. En efecto, ya en la misma sentencia *Roe v Wade*¹ y en todos los casos subsiguientes, el objeto de enjuiciamiento constitucional viene dado por normas estatales (o en alguna ocasión, federales) que de una u otra manera restringen las posibilidades de una mujer de interrumpir su embarazo; desde el momento en que se emite *Roe*, y una vez establecido que el aborto constituye un derecho fundamental de la mujer, lo que se dirime es, más en concreto, si las disposiciones limitadoras enjuiciadas vulneran dicho derecho fundamental, una valoración que desde *Casey*² se ha venido sirviendo, como muestra el profesor Shapiro, del parámetro de las “cargas indebidas”. A pesar de la enorme controversia que siempre ha rodeado la sentencia *Roe* y a pesar también de importantes cambios de perspectiva como el producido en *Casey*, a día de hoy el enfoque básico sigue siendo el mismo: un derecho fundamental de partida y enjuiciamiento constitucional de las disposiciones estatales tendentes a limitar su ejercicio.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional norteamericana sobre el aborto se enmarca –en lo que al fundamento último del derecho se refiere– en un contexto muy amplio: el del alcance de la libertad o autonomía

¹ 410 U.S. 113.

² *Planned Parenthood v Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

individuales en la adopción de determinadas decisiones que podríamos caracterizar de modo genérico como muy personales, y las posibilidades del poder estatal de restringirlas. Como es sabido, a través de la idea de la *privacy*, normalmente incardinada en la XIV Enmienda, la Corte Suprema ha dado cobijo constitucional, además de a la decisión de interrumpir el embarazo, a decisiones sobre el control de la reproducción³, el matrimonio⁴, la convivencia familiar⁵ o el uso de material pornográfico en la propia vivienda⁶. Pues bien, sin entrar ahora en las inconsistencias de la Corte –que en algunas ocasiones y de modo inexplicable no ha aplicado esta doctrina a decisiones absolutamente privadas como la de mantener ciertos tipos de relaciones sexuales libres y consentidas entre adultos⁷–, y dejando al mar-

³ Además de la todavía confusa *Griswold v Connecticut*, 381 US 479 (1965), avanzan en esta línea *Eisenstadt v Baird*, 405 U.S. 438 (1972) –la sentencia se sirve fundamentalmente de un razonamiento centrado en la cláusula de igualdad, pero también de referencias directas importantes a la privacidad–, o *Carey v Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977).

⁴ *Vid. Loving v Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) o *Zablocki v Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

⁵ *Moore v City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

⁶ *Stanley v Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

⁷ *Bowers v Hardwick* 478 U.S. 186 (1986). Otros fallos en este sentido son *Doe v Commonwealth Attorney*, 425 U.S. 901 (1976) y *Enslin v Bean*, 436 U.S. 912 (1978).

gen también las múltiples discrepancias doctrinales sobre su alcance más o menos amplio, lo cierto es que el concepto mismo de la *privacy* se ha encontrado desde siempre envuelto en una intensa polémica, de alcance general y muy ligada a las peculiaridades del sistema constitucional norteamericano: la cuestión relativa al papel de la Cláusula del Proceso Debido en su vertiente sustantiva (*Substantive Due Process of Law*) de la XIV Enmienda como fuente de derechos no expresamente declarados en el *Bill of Rights*. Una polémica cuya solución enfrenta, como es sabido, a los partidarios de interpretaciones originalistas o interpretativistas de la Constitución –contrarios a que la Corte “descubra” en la XIV Enmienda derechos no especificados en el documento constitucional– y a quienes, en sentido contrario, interpretan dicha cláusula como el hueco constitucional donde caben otros derechos, distintos de los estrictamente amparados por el incompleto texto constitucional, pero igualmente esenciales al concepto de la libertad humana⁸. Se trata de un debate, por cierto, que en los años noventa también se ha proyectado sobre un campo

⁸ En la literatura en castellano sobre el tema *vid.* de Pablo Lora del Toro: *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, CEPC/BOE, 1998, así como su contribución a este mismo volumen.

muy ligado al del aborto, como es el de la eutanasia y el suicidio⁹, al suscitarse ante los tribunales norteamericanos la cuestión de si las normas prohibitivas del suicidio médicamente asistido vulneraban el derecho a la *privacy*, el cual, según los defensores de la inconstitucionalidad de aquéllas, necesariamente debía comprender, además de esas otras decisiones fundamentales o muy personales sobre la propia existencia (el derecho a utilizar anticonceptivos declarado por *Griswold* o *Eisenstadt*, el derecho a abortar de la misma *Roe*, etc.), el derecho de la persona a decidir por sí misma sobre un aspecto tan central a su existencia como el modo en que se desea morir¹⁰.

⁹ Señala Ronald Dworkin: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, (trad. por Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres), Ariel, Barcelona, 1994, pág. 9, que “la controversia sobre una de estas elecciones nunca ha estado tan íntimamente relacionada con la controversia sobre la otra como ocurre en estos momentos en Estados Unidos y en Europa”.

¹⁰ Por todos, Dworkin//Nagel/Nozick/Rawls/Scanlon/Thomson, «Assisted Suicide: The Philosophers Brief», *The New York Review of Books*, marzo 1997, págs. 41 y ss., especialmente págs. 44-5. La cuestión fue definitivamente resuelta en sentido negativo por la Corte en las sentencias *Washington v Glucksberg*, 521 US 702 (1997), y *Vacco v Quill*, 521 US 793 (1997). Me permito remitir al lector interesado sobre esta polémica al capítulo II de mi obra *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC/BOE, Madrid, 1999, págs. 157

En cualquier caso, y volviendo al ámbito del aborto, lo que interesa recalcar ahora es que, como nos indica el profesor Shapiro, muchos de quienes dentro y fuera de la Corte Suprema se oponen o cuando menos critican *Roe* basan su disenso (en el marco del debate al que acabo de referirme) en la idea de que no corresponde al Tribunal declarar este derecho fundamental no expresamente contemplado en el *Bill of Rights* anulando así varias decenas de normas emitidas por los legisladores democráticos estatales, como tampoco construir –tal y como se hizo en *Roe*– una verdadera regulación positiva del aborto a través del sistema de los trimestres, usurpando de este modo –y desde un poder federal– las atribuciones exclusivas de los legisladores estatales. En cierto sentido, es este aspecto el verdaderamente central en torno a *Roe* y las sentencias posteriores que han validado su fundamento, y no, por ejemplo, el de si el concebido debe ser considerado jurídicamente como persona –a pesar, por cierto, de que este extremo sí constituye uno de los puntos esenciales del debate social sobre el aborto en Estados Unidos–.

y ss., donde también se analiza la evolución del propio concepto de *privacy* en la jurisprudencia norteamericana y sus distintas interpretaciones en la doctrina.

2. *El enfoque de la jurisprudencia española hasta el momento.*

En el caso español, por el contrario, las cosas se han planteado de un modo radicalmente distinto, de tal forma que nuestra jurisprudencia constitucional sobre el aborto se ha enmarcado, por así decirlo, en un contexto más limitado. Para empezar, el foco del análisis constitucional se ha dirigido –y puede presumirse que así volverá a suceder– sobre las reformas despenalizadoras de la interrupción del embarazo, y no sobre las normas previas que lo criminalizan, que en sí mismas nunca han sido recurridas ante el Tribunal (el cual, por su parte, nunca las ha puesto bajo su punto de mira a través de la autocuestión de inconstitucionalidad, a pesar de haber existido en su seno propuestas explícitas en tal sentido¹¹). En todo caso, una pretensión de este tipo (la de la inconstitucionalidad de las normas prohibitivas del aborto) hubiera tenido muy escasas probabilidades de éxito de haber pretendido formularse sobre bases similares a las de la sentencia *Roe*; y es que,

¹¹ Así expresamente el Magistrado Francisco Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 70/1985, de 31 de mayo, donde sostenía la inconstitucionalidad sobrevenida de la tipificación del delito de aborto contenida en el art. 411 del Código penal de 1973 (en su versión de prohibición total del aborto previa a la adopción del sistema de las indicaciones).

aunque en nuestro país no haya existido un tratamiento del tema ni de lejos tan profundo como el habido en Estados Unidos, sí puede afirmarse que, a diferencia de la Corte Suprema norteamericana en su interpretación de la Cláusula del Proceso Debido Sustantivo de la XIV Enmienda, el Tribunal no admite la existencia de un derecho fundamental a la autodeterminación o a la libertad del que pudieran derivarse concretos derechos del mismo rango distintos de los expresamente protegidos en el catálogo de derechos fundamentales. Según el Tribunal, fuera del ámbito de estos últimos lo que existen son las concretas y múltiples manifestaciones de lo que ha denominado la libertad “a secas”¹², que en alguna ocasión ha reconducido al valor superior libertad del art. 1.1 CE¹³, pero que no goza del rango de derecho fundamental por no encontrarse cobijada ni en el libre desarrollo de la personalidad del art. 10¹⁴, ni en las

¹² STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2, relativa a las visitas *vis a vis* a un preso.

¹³ STC 120/90, de 27 de junio, FJ 11, relativa a la huelga de hambre penitenciaria. Sobre el art. 1.1 CE como ubicación más idónea del principio general de libertad *vid.* Francisco Díaz Revorio: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, 1997, págs. 510-28 y 544-5.

¹⁴ Sin embargo, en la STC 215/1994, de 14 de julio, relativa a la esterilización de deficientes psíquicos gra-

libertades ideológica o religiosa del art. 16¹⁵, ni en la libertad personal del art. 17¹⁶, ni en la intimidad personal y familiar del art. 18. Desde este punto de vista, puede decirse que la postura de nuestro Tribunal sobre la protección constitucional de la autonomía o la libertad general de actuar es más restrictiva no sólo que la norteamericana, sino también que la del *Bundesverfassungsgericht* o Tribunal Constitucional alemán (que sí ubica una libertad general de actuación en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del art. 2.I LF de Bonn, aunque desde luego no lo proyecta al campo del aborto) o que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que ha interpretado la consagración del derecho a la vida privada personal y familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en un sentido más similar al de la *privacy* estadounidense, incluyendo en prin-

ves, se incluye en este precepto, que operaría así como continente de una libertad más específica, la “libertad de procreación” (esto es, la de tener hijos).

¹⁵ Cfr. en cambio, pág. ej. Luis Prieto Sanchís: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 162-3. En el ámbito norteamericano, es de todos conocida la propuesta de Ronald Dworkin: *El dominio...*, cit. nota 9, *passim*.

¹⁶ Dicha opción es en cambio defendida pág. ej. por Alfonso Ruiz Miguel: «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm. 14 (Enero-abril 1993), págs. 135 y ss., págs. 144-51.

cipio en este precepto la discusión sobre el suicidio asistido o, en algunas sentencias, también sobre el aborto)¹⁷.

Quizás por esta falta de reconocimiento expreso en nuestra tradición constitucional de un derecho fundamental a la libertad o a la autonomía, quienes han sustentado la inconstitucionalidad de los preceptos criminalizadores del aborto no suelen fundamentar su postura en la consideración de la libertad para interrumpir el embarazo como un derecho fundamental *per se*, sino más bien en la vulneración de otros derechos de la mujer, sí expresamente consagrados como tales, que una maternidad estatalmente impuesta implicaría (derecho a la dignidad, al libre desarrollo de su personalidad, a la vida y salud, o a la intimidad). En cualquier caso creo que puede afirmarse que lo que aquí debatimos es, en puridad, una cuestión (salvo en los casos de la indicación terapéutica, en donde se implican más directamente los derechos a la vida y la salud)

¹⁷ *Pretty contra Reino Unido*, TEDH (secc. 4^a), sentencia de 29 de abril de 2002, TEDH\2002\23. Una acerada crítica a esta postura restrictiva de nuestro Tribunal Constitucional puede encontrarse en la obra de Ruiz Miguel citada en nota anterior, págs. 145 y ss.

esencialmente de libertad de la mujer para decidir sobre algo que afectará a su vida de modo particularmente intenso; ciertamente el recurso a la idea de dignidad incorpora al debate la noción de no instrumentalización que le es inherente (en el sentido de que imponer a la mujer ser madre en contra de su voluntad supondría convertirla en una especie de “instrumento de reproducción”), pero, a la postre, de lo que se trata fundamentalmente es de si el Estado ha de reconocer o no a la mujer un margen de libertad (otra cosa es dentro de qué límites) para adoptar una de las decisiones más trascendentales de su vida. Acudir aquí a la idea de intimidad no añade a mi juicio matices propios (a no ser que se esté utilizando la idea de intimidad en el sentido del concepto amplio de la *privacy* norteamericana), mientras que las alusiones al libre desarrollo de la personalidad sí pretenden conectar más directamente con la idea general de “libertad”, al igual que las que enmarcan la cuestión en la libertad como valor superior en un sentido “fuerte” (más intenso, p. ej., que el que se le concedía en sentencias como la 120/1990)¹⁸.

Con todo, lo cierto es que en nuestro país la opción mayoritaria de los partidarios de posibilitar a las mujeres el someterse a un aborto si así lo desean no ha pasado tanto por afirmar la inconstitucionalidad de la criminalización de esta práctica como por instar al legislador a su reconocimiento legal (ya fuera a través del sistema de indicaciones o el de plazo), lo que no quiere

¹⁸ Decía el Magistrado Francisco Tomás y Valiente en su voto particular a la sentencia 53/85, que «frente a tan abstractas consideraciones de la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, se deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada». Recurre tanto a la libertad valor superior como al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, de modo contundente, Tomás Vives Antón: “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, *Revista Española Derecho Constitucional*, año 5, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, págs. 121 y ss., pág. 152, quien deduce de ello que “la única restricción constitucionalmente legítima a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo es la representada por un sistema de plazos razonablemente articulado”, que permita a la mujer obrar en virtud de sus propias razones a la hora de decidir sobre una opción que afectará su vida de modo tan decisivo. En la misma línea, María Luisa Cuerda Arnau: “Aborto y estado de necesidad: reflexiones a partir de la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 1990”, *Poder Judicial*, nº 22, 1991, págs. 215 y ss., pág. 229 y ss.

decir que en esta segunda pretensión no se hayan utilizado lo que podríamos denominar argumentos de “conveniencia constitucional”, según los cuales la opción liberalizadora es la que mejor respeta derechos fundamentales de la mujer tales como la dignidad, el libre desarrollo de su personalidad o la intimidad.

Pues bien, como es sobradamente conocido, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en muy pocas ocasiones sobre el tema del aborto¹⁹; y en la sentencia fundamental referida al tema, la 53/1985, de 23 de abril, lo que se enjuicia, como ya he apuntado, es

¹⁹ Antes de la STC 53/1985, la STC 75/1984, de 27 de junio, enjuició la constitucionalidad de una condena por delito de aborto en un caso en el que la conducta había sido realizada fuera de España. Si bien el núcleo del recurso y el motivo por el que se concede el amparo estriba en la vulneración del principio de legalidad del art. 25 CE, la sentencia contiene ya una pincelada de lo que después se asentaría en la 53/1985, en la medida en que ya se apunta que la vida prenatal constituye un «bien que constitucionalmente merece protección» a la luz del art. 15 CE (FJ 6). Por otra parte, lo escaso de la jurisprudencia española sobre el tema contrasta con la gran riqueza de la norteamericana, que se ha ocupado de un abanico muy amplio de cuestiones: lugares, condiciones y procedimientos de realización de los abortos, obligaciones de notificación a terceras personas, períodos de espera, el papel de la financiación pública, la situación de las menores, etc.

una norma de características inversas a las leyes estatales abordadas por la Corte Suprema estadounidense: en nuestro caso, no se trata de contrastar la constitucionalidad de normas que limitan las posibilidades de abortar de las mujeres, sino de valorar una ley (todavía un proyecto en el momento de ser enjuiciada, en virtud del hoy desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad) que partiendo de una prohibición total de la interrupción del embarazo (si bien en la doctrina penal era comúnmente admitido que los supuestos de peligro para la vida de la madre configuraban una situación de estado de necesidad en el que devenía perfectamente aplicable dicha causa genérica de justificación), la despenalizaba en los concretos supuestos de las indicaciones, lo que según los recurrentes vulneraba el derecho a la vida del no nacido. De este modo, el núcleo central de la sentencia (o el menos un aspecto esencial de la misma) sí estriba, de modo muy diferente a lo que acabamos de señalar respecto del sistema norteamericano, en si desde el punto de vista jurídico el *nasciturus* ostenta la consideración de persona y por tanto de titular del derecho fundamental a la vida, lo que, como se sabe, es negado por la sentencia y por otras dos resoluciones posteriores que adoptan este mismo punto de partida (la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que aborda el recurso planteado contra la Ley 42/1988, de Donación y

Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos; y la STC 116/1999, de 17 de junio, que valora la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida). Ahora bien, en la medida en que la vida en cuanto realidad biológica, germen de la futura persona, se encuentra presente ya desde el inicio del embarazo, es merecedora también en esta fase de protección constitucional; en concreto entiende la sentencia que nos encontramos ante un bien constitucional o bien jurídico constitucionalmente protegido, que debe ser eficazmente protegido por el Estado²⁰. Se parte así de una concepción gradual sobre la vida humana, sobre la que luego he de volver, que, casi huelga decirlo, resulta absolutamente decisiva: entender que lo que se confronta con determinados bienes y derechos de la embarazada es la vida de otro –al que se considera persona– con el rango de derecho fundamental, difícilmente hubiera permitido ninguna modulación de su protección en los supuestos de conflicto, salvo en el caso de que el

²⁰ Muy crítico con la construcción de la vida prenatal como bien constitucional y con la aplicación al mismo de un deber de protección estatal que estima referible únicamente a los derechos fundamentales (y que en el caso del feto sólo podría alcanzar por tanto a los ya viables), Tomás Vives Antón: “Valoraciones...”, *cit.* nota 18, págs. 145-6.

embarazo supusiera un grave peligro para la vida de la madre; en cambio, partir de que la vida prenatal merece protección como bien constitucional, pero no en cuanto derecho fundamental, posibilita una ponderación más flexible entre su preservación y la de los derechos de la embarazada en los casos conflictivos recogidos por las indicaciones, así como en el contexto de la reproducción asistida y la investigación con embriones humanos²¹.

II. *Algunos extremos controvertidos desde el punto de vista constitucional. La admisibilidad constitucional del sistema de plazo.*

1. *Planteamiento del problema. La influencia en el debate de la jurisprudencia constitucional alemana sobre el aborto.*

Daríamos la espalda a la realidad si no incluyéramos en estas reflexiones sobre aborto y jurisprudencia constitucional lo que sin

²¹ Enrique Peñaranda Ramos: “Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio”, en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, págs. 1673 y ss., págs. 1673-1675 y 1701-1704.

duda va a suponer en un futuro próximo una modificación esencial de la normativa jurídica española sobre la interrupción del embarazo: aunque en el momento de redactarse estas páginas no exista todavía un texto oficial en forma de anteproyecto o proyecto de ley, la aprobación de unas conclusiones sobre lo que deberían ser las líneas maestras de la futura norma en la subcomisión parlamentaria creada a tal efecto (fruto del acuerdo entre varios grupos parlamentarios comprometidos con sacar adelante el texto de modo definitivo)²², así como la publicación de las conclusiones del comité de expertos que asesora al Gobierno en la redacción del Anteproyecto²³, permite vislumbrar con cierto grado de certeza lo que será su contenido esencial; del mismo modo, el texto del voto particular del grupo parlamentario popular a dichas conclusiones bien podría ser interpretado –especialmente a la luz de sus prolijas referencias a la jurisprudencia constitucional– como una suerte de

²² “Conclusiones de la Subcomisión sobre la reforma de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de una nueva norma sobre derechos y salud sexual y reproductiva”, *BOCG, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie D, de 2 de marzo de 2009, núm. 156.

²³ “Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva Regulación”, disponible en www.migualdad.es/noticias/pdf/informecomite050309.pdf.

embrión de un futuro recurso de inconstitucionalidad cuya presentación –una vez promulgada la nueva ley– ya ha sido anunciada. Para quienes no gusten de referirse a una norma y un recurso que todavía no han visto la luz, ha de advertirse, en cualquier caso, que con independencia de la existencia o no de proyectos normativos concretos, se trata de cuestiones que de una u otra forma ya vienen siendo objeto de polémica doctrinal en sí mismas desde hace tiempo.

Aunque existen desde luego otros extremos de la regulación del aborto que pueden resultar polémicos desde el punto de vista constitucional, como el ejercicio de la objeción de conciencia del personal sanitario²⁴, o el complejo problema de las menores de edad y la necesidad de contar o no con el conocimiento y/o el consentimiento de sus representantes legales²⁵, en lo que sigue centraré estas

²⁴ Sobre este tema puede verse, pág. ej., Patricia Laurenzo Copello: “El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”, Documento de trabajo 68/2005, Fundación Alternativas, 2005 (disponible en www.falternativas.org/laboratorio/documentos), págs. 59-64, o Alfonso Ruiz Miguel: *El aborto: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 105 y ss.

²⁵ *Vid* sobre ello, entre otros, Sergio Romeo Malanda: “Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad”, en *Tema del mes on line*, Revista electrónica de la Fundación

reflexiones en la cuestión de alcance más general de todas las planteadas: la discusión en torno a la compatibilidad con la jurisprudencia constitucional de una eventual despenalización que optara por el sistema de plazos. El debate en torno a este punto no resulta en modo alguno novedoso, pues de hecho se suscitó al poco de conocerse la STC 53/85; lo cierto es, en realidad, que había perdido actualidad en los últimos años, en los que el centro de la polémica sobre la protección constitucional de la vida prenatal se ha desplazado hasta situarse en la cuestión del estatuto del embrión preimplantatorio o *in vitro* y en la problemática generada por ciertas técnicas propias de la Medicina reproductiva como las que implican selección de pre-embryones. No obstante, en el momento en el que comienza a gestarse una futura ley despenalizadora favorable al sistema de plazos, resulta inevitable que la cuestión vuelva a salir a la palestra: de hecho, creo que puede afirmarse que la sombra de esta fundamental sentencia de nuestro Tribunal Constitucional (e incluso la de la jurisprudencia del BVerfG sobre las normas despenalizadoras en Alemania) ha planeado sobre los diversos intentos de regulación habidos desde su publicación hasta hoy.

Medicina y Humanidades Médicas, núm. 28
(www.fundacionmhm.org).

Pues bien, el núcleo del debate actual sobre la constitucionalidad de una ley de plazos no estriba ya en el problema de la atribución o no al *nasciturus* del derecho fundamental a la vida, zanjado en su momento por el Tribunal; la cuestión clave reside ahora en lo que podríamos llamar el estándar de la “protección suficiente” o “prohibición de infra-protección”, esto es, en dilucidar hasta qué punto una ley de plazos dejaría la vida prenatal por debajo del umbral del deber positivo de protección que la STC 53/85, influida en este punto por la primera sentencia del BVerfG, asignaba al Estado en relación con este bien constitucional²⁶. Según los partidarios de la inconstitucionalidad de la ley de plazos (por

²⁶ El Estado tiene respecto del *nasciturus* el deber positivo de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma, y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales” (SCT 53/1985, FJ 7). Es precisamente esta obligación de protección la que sirve de base a la sentencia para examinar las medidas de garantía establecidas por la norma cuestionada (pues deben ser las “necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto” –FJ 12–), y para, a partir de su consideración como insuficientes, indicar al legislador algunas garantías adicionales que la norma debería contemplar para ser constitucional; paso este último que como es sobradamente conocido valió al Constitucional el reproche, ya formulado en todos los votos particulares, de haberse erigido indebidamente el legislador positivo.

cierto en clara minoría en nuestra doctrina, aunque en el ámbito penal contara en su día con valedores tan autorizados como Rodríguez Mourullo o Cerezo Mir), tal deber es vulnerado en la medida en que el reconocimiento de un plazo de tiempo durante el cual la mujer pudiera someterse al aborto simplemente por ser esa su decisión supone relegar al embrión durante esas semanas a una total desprotección²⁷.

La cuestión ha revestido una importancia capital en la jurisprudencia constitucional alemana sobre la interrupción del embarazo, que quizás puede ser interesante sintetizar de modo breve en la medida en que algunas voces alertan de la influencia que la misma pudiera ejercer sobre nuestro propio Tribunal. En su primera sentencia sobre el aborto, de 1975, en la que se consideraba al legislador obligado a recurrir al Derecho penal para proteger la vida prenatal cuando la protección no se consigna de ninguna otra manera²⁸, el BVerfG

²⁷ Gonzalo Rodríguez Mourullo: “La sentencia del Tribunal Constitucional español desde las perspectivas constitucional y penal”, en López Pina (ed.), *División de poderes e interpretación, Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 186 y ss., pág. 192. Asume esta misma argumentación, si bien sólo con respecto a un sistema de plazos “puro”, Patricia Laurenzo Copello: “El aborto...”, *cit.* nota 24, págs. 41-43.

se valió precisamente de este argumento (la total desprotección en la que queda el feto durante las semanas en que se reconoce la libertad de elección de la mujer) para declarar inconstitucional la ley de plazos sometida a su consideración. La misma idea se retoma, si bien de modo más matizado como *Unterma*²⁸, *verbot* o prohibición de infraprotección, en la segunda sentencia de 1993²⁹, que la adopta como premisa de su argumentación más importante: el Estado debe proteger al *nasciturus* de los ataques de la propia embarazada, de suerte que el aborto debe encontrarse *prima facie* prohibido y fortalecerse su consideración como disvalioso en la conciencia jurídica de la población. De ahí que, fuera de los casos específicos cubiertos por las indicaciones (que sí pueden considerarse lícitos), en el resto de los supuestos el aborto deba seguir siendo calificado de antijurídico, aunque, y esto es fundamental, el Estado se encuentre constitucionalmente habilitado para, a pesar de ello, no sancionar penalmente ni a la mujer ni a los médicos cuando lo lleven a cabo dentro de un determinado plazo, dado por bueno por la sentencia, opción esta que la ley enjuiciada justificaba con el razonable argumento de que la protección penal en contra de la voluntad de la mujer embarazada se ha demostrado abso-

²⁸ BVerfGE 39, 1, pág. 47.

²⁹ BVerfG 88, 203.

lutamente ineficaz. Ahora bien, para evitar incurrir en esa protección insuficiente constitucionalmente prohibida, esta renuncia a la sanción penal ha de “compensarse” con otras formas de protección, como el asesoramiento obligatorio de la embarazada previsto en la norma, que según el BVerfG no podía responder al enfoque neutral que ésta inicialmente le confería, sino que debía necesariamente orientarse, por imperativo de ese deber estatal de protección, a lograr la continuación del embarazo. Sobre estas bases, la sentencia entiende que la financiación con fondos públicos de los abortos acogidos al plazo (esto es, de los que continúan siendo antijurídicos aunque se renuncie a sancionarlos penalmente) vulneraría el deber estatal de protección de la vida prenatal, si bien se admite que se ayude con fondos públicos a las mujeres necesitadas económicamente y decididas a abortar, como única forma de evitar el recurso al aborto clandestino³⁰.

³⁰ La influencia de la jurisprudencia del BVerfG se deja notar especialmente en el frustrado Proyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo de 1995 (*BOCG V* Legislatura, Serie A, de 25 de julio de 1995), que expresamente se refiere a ella en su Exposición de Motivos; el Proyecto proponía, de hecho, un modelo prácticamente idéntico al adoptado en Alemania después de la sentencia del BVerfG de 1993. Sobre todo ello, ampliamente, Silvina Bacigalupo Saguesse, /Helmut Gropengieer: “La reciente reforma de

Volviendo a la situación española, al argumento de la inconstitucionalidad del sistema del plazo que acaba de referirse podrían oponérsele varias consideraciones, que expongo en los epígrafes que siguen.

2. *El problema de las “obligaciones de penalización” como constitucionalmente impuestas.*

Para empezar por las observaciones de carácter más general, desde mi punto de vista no resulta compartible una concepción del Derecho penal –y de Derecho penal estamos hablando– según la cual los bienes o valores constitucionalmente protegidos de modo explícito o implícito *deban* ser necesariamente objeto de tutela *penal*, de suerte que la Constitución viniera a considerarse fuente de una obligación positiva de incriminación para el legislador con la consiguiente reducción de su libertad para configurar la política criminal que estime más conveniente³¹.

la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 59, 1996, págs. 527 y ss., *passim*.

³¹ En el sentido del texto, *vid.* pág. ej. Francisco Javier Álvarez García: «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, num. 43, 1991, págs. 5 y ss., págs. 28-9; Franco Briccola: «Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela», en De Acutis/

Es verdad que este rechazo a que la consagración constitucional de un determinado valor o bien implique *per se* su obligada protección penal podría quizás suscitar alguna reserva en lo que a la tutela de los derechos fundamentales se refiere, argumentación ésta que podría desarrollarse *ad absurdum* imaginando una ley que en un determinado momento viniera a derogar los tipos relativos a los delitos contra la vida humana independiente, privando así a esta última de toda protección penal. Entiendo, sin embargo, que tal rechazo sigue siendo correcto incluso con respecto a los derechos fundamentales *si a éstos se los considera como un bloque unitario*: pues creo perfectamente factible sostener, por ejemplo, la plena constitucionalidad de una protección meramente civil del derecho al honor. El enfoque más correcto de la cuestión de las llamadas «obligaciones constitucionales de penalización» no pasaría entonces, a mi modo de ver, ni por la imposición al legislador del deber de tutelar penalmente todo derecho fundamental (como muestra el caso del derecho al honor) ni por rechazar de plano cualquier obligación estatal en este sentido (como

Palombarini, *Funzioni e limiti del Diritto penale*, Padua, CEDAM, 1984, págs. 3 y ss., 9 y ss.; Juan Carlos Carbonell Mateu: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 217.

se deduce del ejemplo relativo a la desprotección penal de la vida independiente), sino más bien por una atenta consideración de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad como rectores de la actividad punitiva del Estado; así, si la efectiva protección de un derecho fundamental (del valor subyacente a éste) no pudiera lograrse más que mediante el uso de la rama punitiva del ordenamiento, sí parecería más factible estimar la inconstitucionalidad de la supresión del o los tipos a través de los cuales venía otorgándosele tutela penal, y, a la inversa, tal cosa resultaría perfectamente legítima en tanto los instrumentos propios de otras ramas del ordenamiento se revelaran suficientes en orden a la adecuada protección del derecho³².

³² En esta línea ya Heinz Müller-Dietz: «Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsbote», en *FS Dreher*, Berlin, 1977, págs. 97 y ss., págs. 108-9, con indicaciones bibliográficas, muchas de ellas referidas precisamente a la primera sentencia sobre el aborto del BVerfG. Sobre «las dificultades que encierra transformar automáticamente un derecho fundamental (...) en un bien jurídico penalmente protegible», lo que ilustra con el ejemplo de la tutela del derecho a la integridad moral (art. 15 CE) arbitrada por primera vez por el Código penal de 1995, Francisco Muñoz Conde: «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 561 y ss., págs. 561-7 (la cita procede de la pág. 567). En esa misma obra puede consultarse igual-

Regresando al ámbito concreto del aborto y a la STC 53/1985, es cierto que en la sentencia se hacía referencia al deber del Estado de tutelar la vida prenatal, pero en modo alguno puede deducirse de ella que la única forma constitucionalmente válida de hacerlo fuera limitando el aborto legal exclusivamente a los casos cubiertos por las indicaciones y penalizando el resto de supuestos. Ya en las sentencias subsiguientes a la de 1985 matiza el Tribunal la necesidad de conferir a la protección de la vida un carácter *necesaria-*

mente Dulce-María Santana Vega: «Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente», págs. 865 y ss., espág. págs. 866-76, trabajo relativo a lo que en ocasiones se denomina las «obligaciones constitucionales expresas de castigar penalmente» de los arts. 45.3 y 46 CE. Naturalmente, lo apuntado en el texto ofrece tan sólo una orientación general que en absoluto agota las múltiples vertientes del problema, entre las que se cuenta, por ejemplo, la conceptualización de los propios derechos fundamentales dentro del sistema; a este respecto, cuanto más se favorezca un entendimiento de aquéllos como meros derechos de defensa frente a las intervenciones del Estado, más contrario se será a utilizarlos como fundamento precisamente de una obligación estatal de intervención tan intensa como la punitiva. Dicha línea de argumentación es seguida entre nosotros, pág. ej., por Francisco Caamaño Domínguez: *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 52 y ss.; *vid.* especialmente pág. 60, donde las limitaciones impuestas por el BVerfG para los supuestos del plazo (asesoramiento obligatorio, obligación de correr con los gastos) se interpretan como formas indirectas de penalización de la embarazada.

mente penal³³; por otra parte, tampoco puede desconocerse seriamente, creo, que la protección penal de la vida prenatal en sus primeras fases de desarrollo se ha revelado como totalmente ineficaz si pretende imponerse en contra de la voluntad de la embarazada (idea que constituía la base de la última despenalización alemana), lo que a mi entender ofrece ya una buena razón desde el punto de vista constitucional para renunciar a ella: y es que a la postre, cuando se mantiene de modo casi simbólico la prohibición de conductas percibidas socialmente como legítimas (al menos por un importante sector del cuerpo social), se termina constatando una persecución penal ocasional y enormemente arbitraria, lo que desemboca en una situación de clara desigualdad en perjuicio de los pocos ciudadanos que se ven encausados³⁴. Pues bien, en este contexto en que la protección *penal* de la vida prenatal en contra de la voluntad de la embarazada no puede considerarse ni constitucionalmente impuesta ni tampoco mínimamente eficaz, resulta perfectamente admisible renunciar a ella: el establecimiento de periodos de reflexión obligatorios

³³ STC 212/1996, FJ 10, y STC 116/1999, FJ 16.

³⁴ Resalta este aspecto Julia Roperó Carrasco: “La insuficiencia del sistema de las indicaciones en el delito de aborto”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 56, 2003, págs. 211 y ss., 217 y ss.

–tan problemáticos en la jurisprudencia norteamericana- o el de un asesoramiento a la embarazada para informarle de las medidas públicas de apoyo a la maternidad, o la propia existencia de tales medidas en sí mismas, podrían perfilarse –como a la postre viene a reconocer el BVerfG en Alemania, y eso a pesar de que partía de una obligación estatal de protección configurada de modo más intenso que en la sentencia del Tribunal Constitucional español– como mecanismos suficientes para articular la obligación estatal de protección de la vida prenatal (que por lo demás se manifiesta en muchos otros contextos, p. ej. sancionando el aborto no consentido por la embarazada, sea doloso o imprudente).

Una vez examinada esta cuestión relativa al alcance del deber estatal de protección, estimo que nada hay en el resto de la sentencia 53/1985 que permita alcanzar la conclusión opuesta a la constitucionalidad de una ley sobre la interrupción del embarazo que opte por el sistema del plazo. Precisamente al contrario, creo que de la propia lógica interna de esta resolución pueden extraerse argumentos que abundarían en la perfecta adecuación constitucional de este modelo despenalizador (opinión por cierto absolutamente mayoritaria en la doctrina). Veámoslos.

3. *Concepción gradualista de la vida humana y sistema de plazos.*

Un primer argumento lo ofrece tanto la sentencia de 1985 sobre el aborto como las posteriores de 1996 y 1999, en la medida en que en ellas se acoge un concepto de la vida humana como un proceso, «sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico y privado del sujeto vital», con el nacimiento como momento sustancial de cambio (STC 53/1985, FJ 5), al que en el caso de los procedimientos de reproducción asistida se añade el de la transferencia al útero de la mujer («los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno», STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 12). Pues bien, de modo coherente con esta concepción gradualista de la vida humana y con el reconocimiento de una trascendencia jurídica a los cambios cualitativos por los que atraviesa, nada excluye que el legislador tome en consideración, a la hora de articular la protección de la vida prenatal, otros momentos de cambio que sin duda alguna son percibidos como significativos por una gran parte de nuestra sociedad, lo que nos conduce –a grandes rasgos– a un esquema de protección gradualmente intensificada como el adoptado por primera vez en *Roe*. Como ha sido señalado

con frecuencia, dos son los momentos fundamentales de cambio a lo largo de una gestación: el primero el que se produce aproximadamente transcurrido el primer trimestre del embarazo, cuando el feto comienza a adquirir determinadas características y forma corporal, algo que entiendo que es valorado como significativo por un sector muy amplio de la sociedad, que –al igual que nunca ha percibido como equivalente la vida del nacido y la del feto, y de ahí la diferencia de pena entre delito de homicidio y el de aborto– no percibe como equivalente un embrión de 7 semanas y un feto de por ejemplo 20 o más semanas. Y todavía puede considerarse otro umbral relevante en el transcurso del embarazo, marcado por la viabilidad del feto, cuya fijación aproximada, como es lógico, se ha ido adelantando enormemente al paso de los progresos científicos en el cuidado de los llamados “grandes prematuros”, lo que hace que en la actualidad no coincida exactamente con el comienzo del tercer trimestre del embarazo, como se fijaba en *Roe*, sino con un momento anterior, que últimamente viene fijándose aproximadamente en las 22 semanas; y es precisamente este momento el que la futura ley española podría adoptar (si sigue la recomendación del comité de expertos) como límite a partir del cual no cabe el aborto ni siquiera para proteger la salud o la vida de la madre, pues se considera que en tal caso ya estamos ante un parto

provocado. Por supuesto que existen muchos puntos discutibles sobre ulteriores concreciones de este modelo (especialmente el referido a los fetos con malformaciones graves que no se detectan hasta después de haberse atravesado el umbral de la viabilidad); pero lo que en este momento me interesa señalar es que, en la medida en que se basa en una protección gradual de la vida, el establecimiento por la ley de un plazo de 12 o 14 semanas como frontera del aborto libre (que a partir de ese momento y hasta la frontera de la viabilidad sólo se realizaría sobre la base de una indicación terapéutica o la embriopática) resulta compatible con la jurisprudencia constitucional sobre la vida prenatal.

4. El bien constitucional vida prenatal y la libertad de la mujer embarazada.

La construcción de un último argumento a favor de la constitucionalidad de un sistema de plazos exige detenernos previamente en la poderación realizada por la STC 53/85 entre el interés estatal en tutelar la vida prenatal y los derechos de la mujer que pueden entrar en conflicto con la misma en las tres situaciones que allí se analizaron. Para empezar ha de llamarse la atención sobre la parquedad de la argumentación de la sentencia a este respecto; al margen de la alusión a los derechos a la vida y a la salud de la embarazada en el supuesto de

la indicación terapéutica, en las otras dos indicaciones los derechos objeto de ponderación son básicamente la dignidad de la mujer en la indicación ética (aunque de modo indirecto se mencione también el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, el honor, la propia imagen y la intimidad personal, todos ellos en cuanto gravísimamente lesionados por el acto sexual violento origen del embarazo), y unas alusiones poco claras en el caso de la indicación embriopática (en la que más que a derechos fundamentales de la madre la sentencia se refiere a la situación excepcional y angustiada en que la colocaría el nacimiento de un niño con graves taras físicas o psíquicas)³⁵. La sentencia no va más allá, y, ciertamente, no tenía por qué hacerlo.

La pregunta relevante reside entonces en si de tal breve ponderación en sede de las indicaciones puede inferirse alguna idea que –en caso de que el legislador sí decida ir “más allá” con la aprobación de una ley de plazos– pudiera bloquear la constitucionalidad de normas más ampliamente despenalizadoras; y la respuesta a este interrogante, como se ha señalado con frecuencia, no puede ser sino negativa. De hecho, como con todo acierto ha

³⁵ STC 53/85, FJ 11.

apuntado Ruiz Miguel³⁶, la argumentación esgrimida por la sentencia para dar primacía a los derechos de la mujer en los supuestos cubiertos por la indicación ética (donde el respeto a su dignidad se vincula estrechamente a la noción de autonomía)³⁷, bien podría utilizarse para afirmar la constitucionalidad de una ley de plazos, en la medida en que el conflicto entre estos dos derechos y la vida prenatal se plantea *per se* siempre que una mujer no desea continuar con un embarazo. En este sentido, la sentencia no se limita a destacar la lesión de la dignidad que de por sí implica la imposición violenta del acto sexual mismo origen del embarazo, sino que expresamente menciona que “el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar la vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos”, afirmación ésta que comprende a la maternidad en general, aun cuando el acto sexual origen del embarazo haya sido consentido por la mujer³⁸.

³⁶ Alfonso Ruiz Miguel: *El aborto...*, cit. nota 24, págs. 94-5, 101.

³⁷ Especialmente en el FJ 11.b).

³⁸ Considera que la indicación ética resulta distorsionadora si la lesión de la dignidad de la mujer se vincula únicamente al origen del embarazo en un acto

En definitiva, aunque es cierto que en las situaciones de las indicaciones el conflicto se presenta de modo especialmente acuciante, no puede desconocerse que en *toda* embarazo no deseado se plantea ya un conflicto muy intenso, en la medida en que *toda* maternidad (no sólo la de un hijo gravemente disminuido) determina en grado sumo la vida futura de una mujer, comportando para ella una enorme carga durante y después de la gestación. Lo que sí es cierto, en todo caso, es que si nuestro legislador llega finalmente a adoptar el sistema del plazo y la norma es objeto de recurso, de alguna manera se obligaría al Tribunal Constitucional a “revisitar” su doctrina sobre la libertad y a determinar de modo más claro el rango constitucional del derecho a adoptar por uno mismo –en este caso, por una misma– decisiones que van a conformar de modo muy intenso nuestras existencias (y con ello volvemos a donde empezamos: a la idea básica del derecho a la *privacy* en la jurisprudencia constitucional norteamericana): como decíamos más arriba, de lo que aquí se trata es, en definitiva, del grado en el que el Estado reconoce a la mujer la libertad para decidir sobre algo de tan fundamental importancia en su vida: ¿juego de la libertad como valor superior del ordenamiento del art. 1.1 CE,

sexual no consentido, Julia Roper Carrasco: “La insuficiencia...”, *cit.* nota 34, pág. 235.

dignidad, libre desarrollo de la personalidad del art. 10?³⁹.

5. *Conclusión.*

Como consecuencia de todo lo anterior, estimo que nada se opone, desde el punto de vista constitucional, a una despenalización de la interrupción del embarazo a través del sistema de plazo, como tampoco a que la

³⁹ Quizás pueda resultar interesante recordar, por otra parte, que el legislador penal ya ha reconocido un importante grado de preeminencia a la libertad de la embarazada en un contexto en el que esta colide con la protección penal de la vida prenatal, como es la impunidad (*ex art. 146 Cp*) del aborto imprudente cuando es causado por la propia mujer (incluso cuando la imprudencia fuera grave e incluso sin tener en cuenta el momento más o menos avanzado de la gestación). Y ello no ha suscitado reparos de constitucionalidad a pesar de que la libertad de la mujer a la que en este contexto se da prevalencia reviste, por así decirlo, un peso menor que la que está en juego cuando se trata de la obligación de continuar un embarazo no deseado: la renuncia a sancionar a la mujer que causa su aborto imprudentemente obedece a que no se considera admisible que el Estado limite su libertad de elección sobre qué actividades realizar y cómo comportarse durante el embarazo –un periodo, a la postre, limitado de tiempo–, mientras que cuando se trata de reconocer a la mujer la libertad para interrumpir la gestación hablamos de una decisión que afectará no sólo a sobrellevar o no un embarazo y a pasar por un parto (lo que ya de por sí constituye una imposición importantísima cuando no es deseado), sino a toda su vida futura.

misma se configure legalmente como una prestación sanitaria financiada con fondos públicos, único modo, por cierto, de que las mujeres puedan acceder a ella en condiciones de igualdad –aspecto éste, como nos ha mostrado el prof Shapiro, que no se encuentra suficientemente cubierto por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana–. A este respecto resulta llamativo que el BVerfG haya tomado en cuenta estas consideraciones de igualdad –aunque solo sea para *permitir* al Estado cubrir los gastos del aborto de las mujeres económicamente desfavorecidas, puesto que considerando su restrictivo punto de partida sobre la ilicitud del aborto no podía llegarse más lejos–, mientras que la Corte Suprema norteamericana, a pesar de partir del aborto como un derecho fundamental, no las ha llegado a aplicar de modo coherente (lo que de hacerse implicaría desde luego ir mucho más allá que el Tribunal de Karlsruhe, pues significaría *obligar* constitucionalmente a los Estados a financiar el aborto de las mujeres necesitadas económicamente).

Por otra parte, y para terminar, la opción por un sistema de plazos resultaría también plenamente conforme con textos internacionales como el CEDH. En ese sentido, tanto inicialmente la Comisión como posteriormente el TEDH han mantenido como constante, en su interpretación de normas estatales rela-

tivas al aborto (analizadas sobre todo a la luz del derecho a la vida del art. 2 del CEDH y puntualmente desde la perspectiva del derecho a la vida privada personal y familiar del art. 8), un criterio amplio que, en una cuestión que se califica como especialmente delicada y ligada a las culturas jurídicas de cada país, deja a los Estados un margen generoso de decisión sobre el nivel de protección del embrión y el feto. Desde este punto de partida, y de modo más o menos directo, los órganos del Convenio han estimado compatibles con el mismo sistemas de plazos como el noruego o el italiano⁴⁰; y por último conviene también recordar que por su parte el Consejo de Europa ha ido más allá llegando incluso en 2008 a recomendar a los Estados miembros la adopción de un sistema despenalizador de plazos⁴¹.

⁴⁰ *H contra Noruega*, CEDH, resolución de 19 de mayo de 1993; *Boso contra Italia*, TEDH, decisión n° 50490/1999, de 5 de septiembre de 2002; *Vo contra Francia*, TEDH (Gran Sala), sentencia de 8 de julio de 2004, TEDH\2004\52, y últimamente *Tysiac contra Polonia*, TEDH (secc. 4^a), sentencia de 20 de marzo de 2007, TEDH\2007\20.

⁴¹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1607 (2008).

ABORTO, DEMOCRACIA Y
JUSTICIA CONSTITUCIONAL (A
PROPÓSITO DE “EL DERECHO
CONSTITUCIONAL AL ABORTO
EN LOS ESTADOS UNIDOS: UNA
INTRODUCCIÓN” DE IAN SHAPIRO)

Pablo de LORA

1. *Introducción:*

¿Se han fijado ustedes en la extrañísima disposición de teclas que tienen las máquinas de escribir o los teclados de los ordenadores? No parece existir una razón concluyente para ello, sino que esa conformación fue el fruto de casualidades e incidentes técnicos menores en su creación¹. Sin embargo, una vez lanzados al mercado todo fueron ventajas para su consolidación, con independencia de que se haya comprobado fehacientemente que teclados alternativos (típicamente el DSK o *Dvorak Simplified Keyboard*) permiten teclear mucho más rápido. La tecnología QWERTY se con-

¹ Los detalles pueden verse en el artículo del historiador de la economía Paul A. David: “Clio and the Economics of QWERTY”, *The American Economic Review*, Vol. 75, nº 2, mayo 1985, págs. 332-337.

virtió así en una tecnología “locked-in”, y ya nada compensa un cambio a escala global hacia teclados mecánicamente más racionales o eficientes².

La lectura del texto de Shapiro me ha hecho pensar en este efecto y si no será muy predicable también de la justicia constitucional como institución, y de la jurisprudencia constitucional como manifestación de la misma³. En el siguiente sentido. Tengo para mí que el control judicial de constitucionalidad, en la forma en la que se desarrolla en los Estados Unidos, es difícilmente compatible con el ideal democrático, si por esto entendemos el procedimiento que mejor garantiza el derecho de todos a tomar parte en las decisiones que nos afectan. “El ciudadano cándido habrá de confesar –decía Lincoln en su discurso de primer nombramiento como presidente de los Estados Unidos en 1861– que si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan al conjunto de la población va a ser irrevocablemente determinada por las decisiones de la Corte Suprema... el pueblo habrá dejado de autogobernarse, habiendo en

² Scott E. Page, “An Essay on the Existence and Causes of Path Dependence”, *Quarterly Journal of Political Science*, 1, 2006, págs. 87-11, pág. 5.

³ La monarquía parlamentaria en España podría ser pensada en términos semejantes.

esa medida prácticamente puesto su gobierno en las manos de ese eminente tribunal”⁴.

Frente a lo que se suele pensar en algunos pagos, una concepción de la justicia basada en los derechos básicos no exige un diseño institucional que disponga de una Constitución escrita de difícil reforma y un poder judicial o tribunal menos representativo que el legislador que cuente con la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. El propio Dworkin, el más prominente defensor de la justicia constitucional al modo en que se practica en los Estados Unidos, lo señaló hace ya algunos años: “Si una comunidad le dice a un juez: “La Constitución es la norma suprema, y tu trabajo es decir lo que significa”, entonces, como he intentado argüir frecuentemente, ese mandato exigirá una considerable indagación en la ética política. Pero no tenemos que encomendar a los jueces esa tarea [la de interpretar la Constitución]. Es perfectamente inteligible insistir en que nuestros jueces no deben ser los encargados de interpretar de manera definitiva y vinculante la Constitución. Si teme que haya demasiado poder

⁴ A. Lincoln, “First Inaugural Address” (Mar. 4, 1861), reprinted in *Inaugural Addresses of the Presidents of the United States*, S. Doc. No. 101–10, pág. 139 (1989). La consulta la he realizado en <http://www.bartleby.com/124/pres31.html> (última visita 15 de marzo de 2009).

judicial entonces, esto es lo que debe afirmar⁵... Es perfectamente posible que una nación, cuya Constitución escrita limita el poder del legislador, asigne la responsabilidad final de la interpretación de esa Constitución a alguna institución distinta a un tribunal, incluyendo al propio legislador”⁶.

El hecho que, más allá de las propuestas de reforma institucional que han partido de las filas del constitucionalismo estadounidense en los últimos años en el sentido de “debilitar” la *judicial review* –sea en la forma de recuperar la institución del *Council of Revision* que figuró como una posibilidad en los debates constituyentes de Filadelfia⁷, o mediante

⁵ Ronald Dworkin, “In Praise of Theory», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer 1997, págs. 353-376, pág. 360 (ahora en *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Londres, 2006, del cual hay traducción al español de Marisa Iglesias: *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007).

⁶ Ronald Dworkin “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review*, Vol. 65, march 1997, págs. 1249-1268, pág. 1251 (ahora también en *Justice in Robes*).

⁷ Así se deja sintetizar la propuesta de Frank I. Michelman, de crear un órgano representativo con la competencia de revisar las interpretaciones constitucionales dadas por la Corte Suprema; véase “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, Austin Sarat & Thomas R. Kearns (eds.), Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1996, págs. 139-164.

la adopción del mecanismo de la cláusula no obstante de la Constitución canadiense⁸-, lo que nos debemos preguntar es qué cesto hacer con los mimbres del constitucionalismo fuerte con los que nos gobernamos en Estados Unidos y en España. ¿De qué modo ejercer la función del control judicial de constitucionalidad de forma tal que sean los menos los platos democráticos rotos?

Es aquí donde la apelación al efecto QWERTY puede tener sentido, no tanto porque, para cualesquiera condiciones sociales y políticas, el diseño institucional del constitucionalismo fuerte sea un mecanismo institucional “locked-in”, sino para insistir en que tenemos la máquina de escribir que tenemos, que resulta muy difícil cambiarla, y que, mientras tanto, la pregunta relevante es *qué escribimos*⁹. Y ese mismo efecto de arras-

⁸ Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1999, pág. 175.

⁹ “La historia y las tradiciones de los Estados Unidos se encuentran tan vinculadas con esta forma de gobierno [el constitucionalismo democrático]... que incluso si lo deseáramos, no podríamos ahora desmantelarlo sin, de hecho, volver al siglo dieciocho y empezar de nuevo”; véase Ronald Dworkin, *Life’s Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Knopf, New York, 1993, pág. 124 (hay traducción española de Víctor Ferreres y Ricardo Caracciolo, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto*,

tre o “path-dependence”, como dicen técnicamente los científicos sociales, cabría ser predicado de una de las manifestaciones quintaesenciadas de la *judicial review* que ha generado el constitucionalismo estadounidense, la que es objeto principal del análisis de Shapiro: la sentencia *Roe v. Wade*. Si yo he entendido bien el espíritu global de dicho estudio, la vida pública estadounidense no habría podido en estos 44 años desprenderse de una “decisión QWERTY”. Ni siquiera en la sentencia *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹⁰.

Lo segundo que me vino a la cabeza tras contemplar el dibujo que Ian Shapiro nos esboza sobre estos 44 años de jurisprudencia constitucional en torno al aborto en los Estados Unidos, fue el pasaje ya legendario en la teoría del Derecho en el que Herbert Hart señala los dos factores que hacen imposible regular de manera absolutamente determinada la conducta humana mediante el instrumento de la regla general: nuestra relativa ignorancia sobre los hechos y la relativa indeter-

la eutanasia y la libertad individual, Barcelona, Ariel, 1994).

¹⁰ 505 US 833 (1992). Un pormenorizado análisis de su gestación es el de Mark Tushnet, *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, Norton, Nueva York y Londres, 2005, págs. 204-219.

minación del propósito que perseguimos¹¹. Estas dos deficiencias son casi siempre pensadas a propósito de la tarea legislativa, y si algo nos descubre el trabajo de Shapiro es hasta qué punto hemos olvidado que la relativa ignorancia sobre los hechos y la indeterminación del propósito es predicable también de la actividad consistente en juzgar la constitucionalidad de la ley, es decir, de la jurisprudencia constitucional. Quizá porque esta misma sea, a la postre, una forma de actividad legislativa.

Una tercera impresión ha venido tras la relectura de algunas de las más importantes decisiones que jalonan esa historia constitucional. Si nos tomamos en serio la imagen que de lo que constituye la correcta aplicación del Derecho por parte de los jueces constitucionales ha hecho famosa Dworkin –la de la novela en cadena¹², sobre la que luego me detendré– lo que arroja esa colección de decisiones es, por momentos, la anamnesis de algunos brotes esquizofrénicos. La mayor evidencia de esta patología la proporciona la sentencia *Casey*, la que aparece hoy como la doctrina canónica acerca de la constitucionalidad del

¹¹ *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, págs. 125-126.

¹² “Law as Interpretation”, *Texas Law Review*, Vol. 60, 1982, págs. 527-550, págs. 540-541.

aborto en los Estados Unidos, y cuya defensa es otro de los *leit-motiv* de Shapiro. El lector profano debe saber que se trata de una decisión que cuenta con 6 partes, una de ellas subdividida en 5 epígrafes, y en la que se da la siguiente composición de juicio: los jueces O'Connor, Kennedy, y Souter, emiten la opinión del tribunal en relación a las partes I, II, III, V-A, V-C, y VI, a la que los jueces Blackmun y Stevens conjuntamente añaden una opinión con respecto a la parte V-E; a la que se ha de sumar la opinión del juez Stevens y la del juez Blackmun por separado, además de la opinión del magistrado Presidente Rehnquist concurrente parcialmente sobre el juicio de la mayoría, y disidente en parte, opinión a la que se suman los jueces Thomas, White y Scalia, y la opinión concurrente en parte del juicio y disidente en parte que añade el juez Scalia, opinión a la que se adhieren los jueces Rehnquist, Thomas y White.

Repárese, también, en que una de las jueces aludidas, la juez O'Connor, apela a la restricción judicial para no revisar Roe (una nueva ilustración de la "dependencia del camino hollado"), es decir, una sentencia que si es algo es "poco restricta". O'Connor es quien firma en *Casey* el "nuevo estándar" de la constitucionalidad del aborto, junto con Souter y Kennedy, un estándar que permite que los Estados restrinjan el derecho de la mujer al

aborto proclamado en Roe siempre y cuando no impongan “cargas indebidas” en su ejercicio. Y ello bajo la premisa de que “...la libertad no encuentra refugio en una jurisprudencia de dudas”¹³. ¿No es, sin embargo, a tener más dudas que certezas a lo que induce la dicha regla de las “cargas indebidas”¹⁴?

A mitad de “novela”, por último, ha aparecido un personaje, el juez Scalia, que, como Pepito Grillo, no ha dejado de insistir en que esta cuestión, la del aborto, como casi cualquier asunto constitucional sobre el que hay desacuerdo razonable, debe ser “devuelto” a los Estados, es decir, a los cauces de la decisión democrática. ¿Para qué aceptó él entonces su nombramiento en 1986 como miembro de un tribunal, que, se dice, actúa como una fuerza “contramayoritaria”? ¿No tiene su frecuente disidencia un cierto aire de familia con la recomendación paradójica, que, se cuenta, dio Franco a Sabino Alonso Fueyo, el director del diario falangista *Arriba*: “Fueyo,

¹³ 505 US 833 (1992).

¹⁴ Un exhaustivo análisis de cómo se fue forjando ese estándar desde *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989), y del grave enfrentamiento que se produjo en el seno de la Corte Suprema entre la juez O’connor y Scalia a propósito del mismo, es el de Mark Tushnet; véase *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2005, págs. 204-219.

usted haga como yo; no se meta en política...”?

Creo, sin embargo, que Scalia tiene razón como he señalado antes, que la justicia constitucional, en la forma en la que se desarrolla en los Estados Unidos, es difícilmente compatible con el ideal democrático. Así y todo, lo que Scalia nos propone escribir en la máquina son renglones torcidos.

El trabajo de Shapiro despierta el apetito en muchos frentes, ¿por qué es tan acerada la disputa sobre el aborto y no lo es en cambio el debate sobre la pena de muerte y su tratamiento por parte de la Corte Suprema en Estados Unidos? ¿Qué factores políticos y sociales impiden llegar a un compromiso político sobre ese asunto? ¿Es el peso de la religión, como sostienen algunos¹⁵, lo que explica las diferencias con Europa en el tratamiento político y jurídico del aborto? ¿De qué forma han influido los distintos nombramientos de jueces en la Corte Suprema en el devenir de la jurisprudencia constitucional acerca del abor-

¹⁵ Véase Ronald Dworkin, 1993, pág. 62 y de nuevo en *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2006, págs. 6-7 (hay traducción al español de Ernest Weiker, *La democracia posible: principios para un debate político*, Paidós, Barcelona, 2008).

to?- apetitos que yo, ni por competencia ni por escasez de tiempo, puedo saciar. Me cabe, en cambio, modestamente, mostrar un mapa con el que identificar tres grandes modelos que contestan a la anterior pregunta relativa al modo en el que debe ejercerse el control de constitucionalidad en las actuales circunstancias, modelos que resultan, en el fondo, de una concepción particular de la Constitución y de las razones de su legitimidad. Por economía semántica y fuerza connotativa, a esos tres paradigmas los llamaré: intencionalismo, minimalismo y coherentismo. En lo que se sigue, por tanto, analizaré las virtudes y defectos de tales modelos tomando como excusa el desafiante y complejo problema constitucional y moral que constituye el aborto. De los dos primeros diré mucho menos que del último, pues es el que me parece más prometedor y enjundioso.

2. Intencionalismo

¿Puede un legislador –concretamente el legislador de Connecticut– prohibir que los individuos usen métodos anticonceptivos, incluso a las personas casadas? La mayoría de la Corte Suprema consideró que no por aplicación de un “derecho a la privacidad”, un derecho “...más viejo que la Declaración de

Derechos misma”¹⁶. Así opinaba la mayoría de la Corte Suprema en una decisión que, de acuerdo con Shapiro y otros muchos, marcaría un cierto pecado original en el activismo judicial de la Corte Suprema que vino después, y cuyo hito se habría alcanzado con *Roe v. Wade*. Para la minoría en *Griswold* –los jueces Stewart y Black– la ley del Estado de Connecticut es “estúpida e inaplicable”. Desde el punto de vista filosófico, ético o religioso, la anticoncepción es una cuestión que debe ser dejada a la libertad individual, nos dicen. Como asunto político, todos los ciudadanos deberían disponer de un buen asesoramiento sobre métodos anticonceptivos... pero no obstante todo ello, los jueces disidentes no consideran que haya artículo alguno en la Constitución que impida específicamente una normativa como la ley del Estado de Connecticut. Para ellos, un juicio de constitucionalidad de la ley como el que practica la mayoría, basado en la razonabilidad, ausencia de capricho, coherencia, respeto a la justicia o equidad, o cosas semejantes, hace que la Corte Suprema se abrogue una competencia que corresponde al legislador¹⁷. Los límites al poder fueron

¹⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 486 (1965).

¹⁷ La opinión mayoritaria que declara la inconstitucionalidad de la ley, esgrime las muchas incongruencias y arbitrariedades de dicha norma: si el Estado

fijados por los constituyentes, y sus cambios –en la forma de enmiendas– se introducen de acuerdo con el procedimiento establecido por la Constitución misma¹⁸.

La antorcha de este planteamiento fue recogida en *Roe v. Wade* por el juez Rehnquist, para quien: “La decisión de dividir la gestación en tres tramos y esbozar las restricciones que en cada uno pueden implementar los Estados, es más característico de la legislación judicial que de la determinación de la pretensión de quienes redactaron la Enmienda Decimocuarta”¹⁹. No es difícil extraer en este pasaje cuál es según Rehnquist la actividad que legítimamente puede desempeñar la Corte

de Connecticut justifica la medida porque así se dificultan las relaciones extramaritales, ¿cómo es que sí permite el uso de anticonceptivos con el fin de prevenir las enfermedades? ¿es aquél un fin legítimo? ¿es necesario añadir la medida de la prohibición de la prescripción de los anticonceptivos a las ya existentes prohibiciones del adulterio y la fornicación si el fin es la evitación de las relaciones extramaritales?; *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), pág. 486.

¹⁸ *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) 510-513, 527 (opinión disidente del juez Stewart a la que se suma el juez Black). Evocando el viejo espiritual negro *Old Time Religion*, Stewart sentencia: “That method of change was good for our Fathers, and being somewhat oldfashioned I must add it is good enough for me”; *ibid.*, pág. 522.

¹⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 174 (opinión disidente del juez Rehnquist).

Suprema: desentrañar las pretensiones de los constituyentes.

Y de esa manera lo ha teorizado quien vino a reforzar posteriormente el sector más conservador de la institución, el aludido Scalia, para quien, así como el textualismo es la metodología insoslayable en el ámbito de la justicia ordinaria (la *statutory interpretation* y *adjudication*), el intencionalismo u originalismo debería ser la forma típica de la interpretación constitucional²⁰. La razón es simple: frente a los partidarios de ver en la Constitución un organismo vivo, Scalia atribuye a ella como misión la de prevenir el cambio: “Una sociedad que adopta una Declaración de Derechos es escéptica de que los “mutantes estándares de la decencia” siempre “supongan progreso” y que las sociedades siempre ‘maduren y no se pudran’ ”²¹. Cinco años antes de escribir esto, cinco años después de ser nominado, afirmaba en la sentencia *Casey* que la única cuestión constitucional

²⁰ Uno de los más ilustres representantes del originalismo, fue el juez Bork, cuya propuesta por parte del presidente Reagan para ser designado juez de la Corte Suprema en 1987 generó una batalla académica y política sin precedentes. Finalmente no obtuvo la nominación como es bien sabido.

²¹ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997, págs. 40-41.

que suscita el aborto es si tal conducta es una libertad protegida por la Constitución de los Estados Unidos. Y la respuesta es no, de la misma manera que la bigamia no es una libertad protegida en la norma fundamental. Las dos razones son, nos dice, simples: el texto de la Constitución nada dice al respecto, y, tradicionalmente, tanto el aborto como la bigamia han estado prohibidas²².

No haber devuelto la pelota del aborto al tejado de la ciudadanía, como instaba Scalia a hacer en *Casey* como corolario de su argumento interpretativo²³, genera una nueva aparición suya en escena. Es el año 2000 y la Corte Suprema tiene que vérselas con uno de los últimos coletazos de la controversia sobre el aborto: la tipificación en el Estado de Nebraska de la técnica abortiva conocida como “Dilation and Extraction”²⁴. La pregunta ahora es si tal prohibición supone o no una “carga indebida” en el derecho de la mujer a abortar. Para Scalia, tener que responder hoy a esa cuestión es el lodo que

²² *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 US 833 (1992), 980 (opinión disidente del juez Scalia).

²³ *Ibid.*, pág. 979.

²⁴ *Stenberg v. Carhart* 530 US 914 (2000). Tal prohibición fue luego promulgada por Bush a nivel federal y declarada recientemente inconstitucional en *Gonzales v. Carhart* 550 US (2007).

proviene del polvo de plantear aquél como el estándar de la constitucionalidad del aborto. Y es que, nuevamente, qué sea una carga indebida es un juicio por entero subjetivo, "... una conclusión que no puede demostrarse como verdadera o falsa por la investigación sobre los hechos o por el razonamiento jurídico. Se trata de un juicio de valor que depende de lo mucho que uno respete (o crea que la sociedad debe respetar) la vida de un feto parcialmente nacido, y de cuánto uno respete (o crea que la sociedad deba respetar) la libertad de la mujer que le dio la vida de poder matarlo. Evidentemente, los cinco jueces que forman hoy la mayoría valoran menos lo primero, o más lo último, que los cuatro que disientimos. Caso cerrado. Aquellos que asumen Casey no tienen motivo alguno para sentirse traicionados por este resultado pues se ha alcanzado por el procedimiento mismo que Casey anunciaba: la decisión mayoritaria por parte de nueve juristas no sobre la cuestión de si el texto de la Constitución tiene algo que decir al respecto (obviamente no); ni siquiera sobre la cuestión de si las tradiciones jurídicas del pueblo estadounidense habrían sostenido tal limitación sobre el aborto (obviamente sí), sino sobre la cuestión puramente política de si tal restricción al aborto es "indebida" ... Aunque solo sea por su propia preservación, la Corte debe devolver esta materia al pueblo –el ámbito en el que la

Constitución, mediante su silencio sobre la materia, lo confió– y dejar que él decida, Estado por Estado, si esta práctica debe permitirse”²⁵.

3. *Minimalismo*

El textualismo o intencionalismo constitucional parece insostenible por muchas razones, como se ha encargado de demostrar muy brillantemente Ronald Dworkin, y también los opositores a Scalia en la Corte Suprema. Así, en la sentencia *Casey* la mayoría se pregunta: ¿si el matrimonio no está mencionado en la Constitución como un derecho, cabe que un Estado prohíba el matrimonio interracial²⁶? ¿De qué manera puede justificar Scalia su aceptación de la decisión de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education* con la que se puso fin a la doctrina del “separados pero iguales”? –se pregunta Dworkin. Según Scalia, las clasificaciones raciales son diferentes a las prohibiciones sobre el aborto porque las primeras están prohibidas por un texto –la cláusula de la igual protección– y las segundas no. La realidad es, sin embargo, que dicho texto no

²⁵ *Stenberg v. Carhart* 530 US 914 (2000), págs. 954-955, 957 (opinión disidente del juez Scalia).

²⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 US 833 (1992), págs. 847-848.

condena explícitamente las instalaciones públicas donde se da la separación en función de la raza –paradigmáticamente, la segregación racial en las escuelas– prácticas por supuesto existentes y aceptadas generalmente en el momento de promulgarse la enmienda²⁷.

El intencionalismo de Scalia, en definitiva, o bien hace de la Constitución un documento poco provechoso –odioso incluso pues con él nos gobierna la mano muerta del pasado– o bien ignora su naturaleza de documento de principios, el mandato genérico que incorpora de resolver las controversias a partir de los grandes principios que proclama en la forma de derechos²⁸. No atender a los propósitos concretos que hubieran podido albergar los constituyentes es la manera de ser fieles a ellos. Y si esa lealtad nos resulta incompatible con el autogobierno, lo coherente será, direc-

²⁷ Dworkin, 1993, pág. 144.

²⁸ *Ibid.*, págs. 119-122. El argumento definitivo a favor de la lectura moral de la Constitución que propone Dworkin, parece ser también un argumento “textualista”, como ha señalado Frederick Schauer. Sin embargo, si nos atenemos a la práctica de la Corte Suprema, su lectura moral ha sido selectiva y no dependiente del lenguaje (véase a este respecto los textos igualmente abstractos de las enmiendas tercera, sexta y undécima que no han invitado en cambio a la Corte Suprema a dicha lectura moral); véase «Constitutional Invocations», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march 1997, págs. 1295-1312, págs. 1300-1301, 1309.

tamente, denunciar el mecanismo de la *judicial review* no participando en su ejercicio.

Ahora bien, ¿es realmente inevitable esa lectura moral que postula Dworkin? *Casey* puede ser entendida como la respuesta negativa a esa pregunta, el contrapunto a una decisión –la de *Roe*– que habría sido maximalista, políticamente invasora, filosóficamente presuntuosa, codificadora en exceso, precipitada, gasolina de alto octanaje para el movimiento conservador en los Estados Unidos y tantas otras cosas semejantes que se le achacan²⁹. Hay quienes han señalado que a la Corte Suprema le hubiera bastado con servirse de un principio de “autonomía corporal” (*bodily autonomy*), más “manejable” que el más abstracto “derecho a la privacidad”³⁰. Shapiro, por su parte, defiende *Casey*, frente a *Roe*, porque en ésta el “diálogo” institucional que pueden mantener los poderes judicial y

²⁹ Véanse, por todas, las consideraciones de la que luego fue juez de la Corte Suprema, Ruth Bader Ginsburg, en las Ian Shapiro parece apoyarse: “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*”, *North Carolina Law Review*, Vol. 63, enero 1985, págs. 375-386, págs. 376, 381-382. No puede dejar de mencionar que censuras muy parecidas se formularon en su día contra la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional.

³⁰ Frances Kamm, “Theory and Analogy in Law”, *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer 1997, págs. 405-425, pág. 416.

legislativo se imposibilita de manera absoluta. En *Brown*, nos recuerda Shapiro, una sentencia sobre cuyo impacto social, político y jurídico es difícil exagerar, la Corte Suprema no le dice al legislador, sin embargo, cuáles son las condiciones de la escolaridad “aceptable”; en *Roe* se determina qué pueden hacer todos y cada uno de los Estados en función de una segmentación, para muchos artificiosa, del período de gestación.

A pesar de la litigiosidad judicial a la que *Casey* anima, entre sus virtudes compensatorias está, para Shapiro, la de alejar a la Corte de un debate imposible sobre imponderables metafísicos acerca del comienzo de la vida humana y de si el feto es persona. De esa manera, concluye Shapiro, se abre un “...amplio espacio para los argumentos racionales sobre el derecho legal al aborto... [y se trasladada el debate] lejos de problemas que no pueden ser resueltos en una cultura pluralista y hacia áreas donde una solución negociada y un acuerdo podrían estar disponibles”. Parafraseando la distinción antes aludida entre Constituciones de detalle y constituciones de principio, debemos escoger la jurisprudencia constitucional de principio de *Casey* antes que la jurisprudencia constitucional de detalle que constituye *Roe*.

Detrás de estas consideraciones late una familia de tesis que abogan por una actitud minimalista, modesta, por parte de la Corte Suprema. Dentro de este género de posiciones hay especies variadas, sin embargo: la presunción de constitucionalidad de la ley, que supone la regla Thayer; el pragmatismo defendido por el juez Posner, o la apelación de Cass R. Sunstein a que la Corte resuelva sus asuntos a partir de “acuerdos incompletamente teorizados”, una propuesta que ha contado con las simpatías de John Rawls, quien cree ver en el planteamiento de Sunstein una correcta administración de lo que él denomina “uso público de la razón”, es decir, la eliminación en el debate público de aquellos argumentos propios de doctrinas morales, filosóficas o religiosas “comprehensivas”, o, alternativamente, la exigencia de que las autoridades e instituciones justifiquen sus decisiones a partir de razones que todos los miembros de la comunidad política puedan aceptar³¹.

Las razones por las que Sunstein defiende que los jueces no se embarquen en grandes teorías generales para resolver los casos es-

³¹ Así se pronunció ante la pregunta de Bernard Prusak en una entrevista que concedió en septiembre de 1998 a la revista católica *Commonweal*. El texto se incluye como “Commonweal Interview with John Rawls”, en *John Rawls, Collected Papers*, Samuel Freeman (ed.), Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999.

tán, nuevamente, vinculadas con el ideal democrático³², pero también con la (menor) competencia que tendrían aquellos para la anulación de leyes sobre la base de argumentos filosóficos abstractos o para atisbar las consecuencias predecibles de su decisión³³. Es pues un Hércules “Lite”, en expresión de Dworkin³⁴, por el que aboga Sunstein, y son nuevamente *Griswold* y *Roe* las dos instancias que sirven a Sunstein como “mal ejemplo”: para el primer asunto, la Corte debió haberse contentado con señalar que los ciudadanos no deben cumplir con leyes que carecen de auténtica “aplicación” por parte de los funcionarios, o que no cuentan con ningún apoyo en las convicciones democráticas comunes³⁵, o que se trata de una ley irracional y arbitraria en función del propósito perseguido, y, para el

³² Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1996, pág. 53.

³³ Cass R. Sunstein, «From Theory to Practice», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer 1997, págs. 389-404, pág. 390.

³⁴ «Reply», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer 1997, págs. 431-456, pág. 432. Este Hércules “Lite”, no ha de resolver los “por qué”, sino los “más bien” (*rather*), tal y como señala Ronald J. Allen; véase “Constitutional Adjudication, the Demands of Knowledge, and Epistemological Modesty”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, Fall, 1993, págs. 436-456, págs. 454-455.

³⁵ Sunstein, 1996, pág. 156.

segundo, bastaría con haber declarado que la norma del Estado de Texas era en exceso vaga, o que alguien que ha sido violada debe poder no llevar el embarazo hasta el final, o, en un sentido más ambicioso, que de la misma manera que los hombres no tienen la obligación de prestar su cuerpo a beneficio de alguien, tampoco las mujeres, todo lo cual es de mucho menos alcance que la ambiciosa discusión sobre la naturaleza del feto³⁶. Ahora bien, todo ello conforma según Sunstein, más una *actitud* que una *regla* –una *ética* de la aplicación en el Derecho constitucional característica de una sociedad pluralista–, actitud humilde que encuentra la excepción de que las condiciones de base no sean democráticas. Claro que si esto es así, difícilmente habrá una Corte Suprema capaz de imponerse en tales circunstancias mediante sus decisiones³⁷. Por otro lado, y frente a lo que Sunstein afirma en *Legal Reasoning and Political Conflict*, no parece ser cierto que cuando la gente tiene desacuerdos en las abstracciones se muevan hacia un nivel de mayor particularidad para así resolver la disputa³⁸. A mi

³⁶ “From Theory to Practice”..., págs. 393-395. También Shapiro manifiesta que el estándar de las cargas indebidas de Casey permite apelar a los (mejores) argumentos basados en la igualdad para permitir el aborto.

³⁷ *Ibid.*, págs. 402-404.

³⁸ *Legal Reasoning...*, pág. 5.

juicio, en muchas ocasiones –y en especial en el caso del aborto– las controversias morales no se zanján meramente descendiendo a las prácticas concretas, sino contemplándolas y debatiéndolas a la luz de principios más generales que los inicialmente invocados, en una suerte de equilibrio reflexivo rawlsiano³⁹.

Otras objeciones al minimalismo de Sunstein han tenido como protagonista, nuevamente, a Ronald Dworkin. Para él, la propuesta de Sunstein sufre de un defecto fatal: resulta impracticable. En el supuesto del aborto, por ejemplo, cualquier solución al conflicto presupone una toma de posición acerca de si el feto tiene o no intereses y de qué naturaleza son estos. Hay controversias, en cambio, en las que resulta más obvia la deferencia hacia la determinación que hizo el legislador, como cuando se prohíbe la práctica abortiva antes mencionada porque, a la luz de los hechos científicos contrastados, es un procedimiento no médicamente necesario en ningún caso. ¿Qué mayor competencia podría

³⁹ Dworkin, a diferencia de Sunstein, entiende que cuanto más desacuerdo sobre los detalles en la superficie más hay que excavar en la profundidad de los principios. Él esgrime, en concreto, el del valor intrínseco de toda vida humana y el de responsabilidad personal como forma de salir del *impasse* político de polarización extrema en el que se encuentra instalada la sociedad estadounidense; véase *Is Democracy Possible Here?*... cit., págs. 6-7, 9-10.

invocar la Corte Suprema para dilucidar ese asunto, salvo, como señala Shapiro, la de constatar que se dio voz de manera suficiente a la comunidad médica⁴⁰?

La razón, en definitiva, que apunta Dworkin es que no cabe ser “ateórico”, o “incompletamente teórico”, es decir, por una parte, (1) no se puede determinar por anticipado cuánta abstracción hacia principios morales o estándares filosóficos generales habrá que hacer para resolver un asunto jurídico, y, por otra, (2) ser minimalista no puede sino ser, también, la consecuencia de abrazar una “teoría general”⁴¹, o, dicho godelianamente, la teoría de Sunstein no es autosuficiente para generar su propia apelación a no ser “dema-

⁴⁰ Véase, en ese sentido, las respuestas dadas por el Dr. Warren M. Hern, Director de la Boulder Abortion Clinic, ante el Comité Judicial del Senado de los Estados Unidos, en relación con la propuesta de prohibición de los abortos por “nacimiento parcial”. Para el Dr. Hern, la técnica de la “Dilation and Extraction” sí constituye una mejor alternativa para salvaguardar la salud de la madre en ciertos abortos tardíos, y en ese sentido su penalización resultaría muy contraproducente (comparecencia de 17 de noviembre de 1995).

⁴¹ Ronald Dworkin, 1997, págs. 355, 357-358, 371-372. Para el caso de la apelación rawlsiana al uso público de la razón, el argumento *tu quoque* de Dworkin consiste en recordar que también la justicia como equidad puede ser vista como una doctrina moral “comprehensiva” a la que, entonces, no cabría apelar; *Justice in Robes*, págs. 253-254.

siado filosóficos” cuando de resolver una controversia constitucional se trata. Pero, de nuevo godelianamente, ya sabemos que ninguna teoría puede revestir esa característica de autosuficiencia, y esto es algo que el propio Sunstein reconoció desde el principio: “Hay, sin embargo, una excepción al argumento general que he hecho... Para que los participantes en el Derecho (o en la democracia) acepten ese argumento general, deben aceptar al menos una teoría general: la teoría que he intentado defender. Esta es la teoría que les insta a favorecer los acuerdos incompletamente teorizados. Esa teoría no debe ella misma ser aceptada sin referencia a consideraciones teóricas generales, y su aceptación o rechazo no debe ser teorizada incompletamente”⁴². Y en cuanto a lo primero, también Sunstein reconoce que no siempre podrá evitarse el uso de grandes principios o construcciones teóricas y que eso será en ocasiones legítimo e incluso “glorioso”; la identificación de tales ocasiones “...precisará del desarrollo de una teoría completa de la interpretación jurídica”⁴³. Mientras damos con ese desarrollo, debe objetarse, por último, que la noción que de “teoría” y “completa teorización” que maneja Sunstein está pre-

⁴² *Legal Reasoning and Political Conflict...*, cit., págs. 60-61.

⁴³ *Ibid.*, pág. 46.

ñada de ambigüedad, y ello resta *vis* atractivo a su “teoría”⁴⁴.

4. *Coherentismo*

Piensen ustedes en su personaje favorito – Tintín o Jesucristo– y formúlense algunas preguntas: ¿tiene Tintín novia? ¿O novio? ¿Mamó Jesucristo del pecho de su madre? Que responder a esas preguntas sea fácil o difícil dependerá de cuáles sean las reglas del juego que disciplinen la práctica de formularlas y contestarlas. Para empezar, parece bastante natural descartar, como parte del juego, una respuesta que hace de los autores de esos relatos seres odiosos, antipáticos, sobre todo cuando son los creadores de ficciones que nos fascinan, o, como en el caso de la Biblia, dan sentido a las vidas de los cristianos. Diremos,

⁴⁴ En ocasiones, la censura de Sunstein parece dirigirse contra el fundacionalismo en teoría moral, como cuando señala que entiende por teoría general una aproximación al Derecho que especifica un valor simple y (normalmente) unitario que opera en un alto nivel de abstracción (como por ejemplo el utilitarismo o el análisis económico del Derecho) y del que se extraen decisiones particulares como consecuencias lógicas (*Legal Reasoning...*, pág. 14). En otros momentos, en cambio, el descarte de las “grandes teorizaciones” se traduce, sencillamente, en recordar las virtudes de las reglas frente a los principios, o en lo conveniente del empleo de la analogía en el razonamiento judicial o su naturaleza casuista.

por tanto, que hay respuestas correctas o incorrectas, y que quienes se encargan de contestar aciertan dependiendo de si con esa respuesta muestran el relato en su mejor aspecto⁴⁵.

Este es el juego de conocer y aplicar el Derecho al que Dworkin apela desde mediada la década de los setenta⁴⁶, el genérico juego de lograr la coherencia en el Derecho cuando nos enfrentamos a un caso, y, también el juego al que continuamente nos invita, el de “ser coherentes”, cuando cuestionamos que su planteamiento sea el correcto. Son innumerables los ejemplos en los que Dworkin presenta como mejor defensa el que nosotros no podemos en realidad estar esgrimiendo semejante objeción so pena de ser inconsistentes con principios que con nuestra posición asumimos sin ni siquiera saberlo. La crítica de Dworkin a Sunstein a la que antes he hecho mención es una buena manifestación de esa estrategia un tanto endemoniada. También los recordatorios a Scalia de sus compromisos con decisiones del pasado, o el alcance que debiera tener su consideración de que el feto es persona desde el punto de vista constitucio-

⁴⁵ Es la que Dworkin denomina “hipótesis estética”; véase “Law as Interpretation”, *Texas Law Review*, Vol. 60, 1982, págs. 527-550, pág. 531.

⁴⁶ Últimamente en *Justice in Robes*, cit., pág. 250.

nal: los Estados estarían obligados a prohibir el aborto en la mayoría de los casos, y si se apela a que estamos ante un asunto estrictamente político, que no ha de resolver la Corte, entonces se está asumiendo en el fondo que el feto no es una persona⁴⁷. O, en un sentido un tanto distinto, cómo quienes se escandalizarían de que abortar un feto con malformaciones severas pueda ser una obligación impuesta por el Estado, lo hacen, en el fondo, porque asumen la “autonomía procreativa”, esto es, que nadie salvo la mujer misma ha de ser quien de el contenido y alcance concretos al carácter sagrado de la vida humana de acuerdo con sus propias creencias íntimas, religiosas, filosóficas o morales⁴⁸.

Una vez que se considera *Griswold* como “buen Derecho”, señala Dworkin, se sigue que las mujeres tienen un derecho a la privacidad que incluye la libertad de abortar⁴⁹. Detrás de ello, como el planeta Neptuno, se encuentra el valor de la “integridad”⁵⁰, la virtud por excelencia del sistema jurídico, su razón de ser, según Dworkin, lo que impide la componenda política no basada en principios. Por supuesto que aceptamos distinciones o

⁴⁷ 1993, págs. 110-111.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 159.

⁴⁹ *Id.*, págs. 106, 157-158.

⁵⁰ *Law's Empire*, pág. 183.

determinaciones arbitrarias, como cuando de resolver un problema de coordinación se trata, pero no admitiríamos para un asunto como el aborto, una solución “checkerboard”, una transacción que hiciera que las mujeres nacidas en años pares pudieran abortar y las nacidas en año impar no. Si no admitimos tal cosa, a pesar de que los dos bandos ganan algo en términos de justicia (más mujeres pueden abortar si la alternativa es que no pueda abortar ninguna, menos fetos mueren si la alternativa es que puedan abortar todas las que quieran), es porque damos una importancia crucial a la decisión coherente⁵¹. “Debemos ser una nación de principio –señala Dworkin– nuestra Constitución debe representar convicción, no las estrategias tácticas de los jueces ansiosos por satisfacer cuantos más representantes políticos mejor”⁵². Lo que gobierna la comunidad política estadounidense no es una lista *ad hoc* de reglas de detalle, una Constitución concebida como una colección de sellos inconexos, sino un ideal⁵³.

Volvamos por un momento al ejemplo de Tintín. A veces, los hechos –lo que escribe el autor– no admiten una lectura caritativa. No tomemos en consideración la posible

⁵¹ *Ibid.*, págs. 178-179.

⁵² 1993, pág. 158.

⁵³ *Ibid.*, págs. 146-147.

homofobia de Hergé y así podremos cómodamente atribuir a Tintín una vida sexual plena en compañía de Haddock. ¿Pero cómo no suponer que era racista –él y Tintín– a la luz de “Tintín en el Congo”? Tribulaciones muy semejantes produce en el creyente la lectura de las Sagradas Escrituras como es archisabido, y también la existencia de ciertas normas constitucionales que preferimos tener por no escritas. Por ejemplo, casi nunca se ha esgrimido la novena enmienda de la constitución de los Estados Unidos, allí donde Dworkin tiene el mejor asidero posible para defender una lectura moral sin paños calientes.

Hay razones para ello: Dworkin no estima que la justicia constitucional sea un mero ejercicio de filosofía política y moral que no tiene en cuenta lo que dice la Constitución y lo que ha venido sosteniendo la Corte Suprema sobre lo que dice⁵⁴. “Si yo estuviera

⁵⁴ Como tribunal de Derecho, apunta Dworkin, la Corte Suprema está obligada a hacer sus decisiones de manera consistente, tanto como sea posible, con las amplias tradiciones constitucionales establecidas y respetadas en sus decisiones pasadas; véase Dworkin, 1993, pág. 106. Esto no ha ocurrido en cambio con la jurisprudencia relativa a la pena de muerte. En 1972 la Corte Suprema declaró que la pena de muerte, tal y como era aplicada, era una forma cruel e inusual de castigo, y por tanto contraria a la octava enmienda de la Constitución. *Furman v. Georgia* 408 US 238 (1972). En 1976, en cambio, sancionó la constitucionalidad de la legislación

intentando responder a la pregunta de lo que significa la igual ciudadanía como un ejercicio filosófico, por ejemplo, insistiría en que los ciudadanos no son tratados como iguales por su comunidad política hasta tanto no les sean garantizados mínimos estándares de vivienda, nutrición y asistencia sanitaria. Pero si la Corte Suprema de repente abrazara esa concepción y anunciara que los Estados tienen un deber constitucional de proporcionar asistencia sanitaria universal, habría cometido un error jurídico, porque estaría intentando introducir en nuestro sistema constitucional algo que (a mi juicio) no encaja en absoluto”⁵⁵. Pero, ¿no hizo la Corte algo semejante cuando acabó con *Plessy* o dictó *Roe*? En realidad no; según Dworkin, con *Brown*, la Corte Suprema “...no se limitó a anunciar una verdad política académica, sino que puso sobre el tapete algunas reglas sobre la igualdad que estaban firmemente asentadas sobre

de 28 Estados que habían reformulado sus normas relativas a la imposición de la pena de muerte de acuerdo con los estándares fijados en *Furman*, y la pena de muerte se rehabilitó en los Estados Unidos. Véase *Gregg v. Georgia* 428 US 153 (1976) y Colin Drayan, *The Story of Cruel & Unusual*, The MIT Press, Cambridge (Mass.)-Londres, 2007, págs. 20-23.

⁵⁵ “The Arduous Virtue...”, pág. 1254. Pero uno se pregunta, por qué no cabe utilizar por parte de la Corte Suprema la existencia de educación pública en los Estados Unidos como estándar para qué también se respete el derecho a la asistencia sanitaria universal.

el suelo de nuestra historia, aunque habían sido selectivamente ignoradas en nuestra práctica, *estándares que condenaban las discriminaciones arbitrarias que no sirven a propósito estatal alguno*. La Corte fue capaz de sostener convincentemente que la práctica de la segregación racial era inconsistente con una *lectura más amplia basada en principios*. Lo mismo cabe decir de la decisión de la Corte sobre el aborto, *Roe v. Wade*⁵⁶.

Hay dos formas de enfrentarse al coherentismo de Dworkin. Para empezar, uno puede rebatir que la coherencia sea el valor más importante, o uno de los valores más importantes del Derecho, que no deba ceder en ocasiones frente a otros valores. Desde luego la consistencia, o coherencia, o integridad parece un atributo insoslayable de sistema jurídico “decente” –de sus reglas, principios, instituciones– y también un recurso muy destacado del razonamiento práctico en general, y, en particular, en la discusión

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 1254 (cursivas mías). Michael W. McConnell, entre otros muchos, insisten en que la integridad a la que apela Dworkin es “selectiva”, es decir, muchas de las decisiones aplaudidas por Dworkin son claros alejamientos de precedentes bien establecidos; véase «The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin’s «Moral Reading» of the Constitution», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march 1997, págs. 1269-1293, págs. 1287-1288.

sobre el aborto. En estos días que en España se debate sobre la proyectada reforma de su normativa, para permitir, por ejemplo, que las mujeres puedan decidir por sí solas si abortar o no a partir de los 16 años, no ha dejado de señalarse que esa permisión se seguía por coherencia de: (a) la posibilidad, que nadie discute, de que también a partir de los 16 años puedan decidir ser madres; (b) la existencia de normas que les atribuyen capacidades semejantes o incluso superiores (casarse, tener relaciones sexuales con adultos o rechazar tratamientos médicos salvadores⁵⁷). Claro que, en aras a la coherencia, si finalmente sigue adelante la reforma en los términos ahora mismo planteados, se podrían pensar en otros cambios normativos como ineludibles: (a) votar; (b) conducir⁵⁸; (c) permitir que se pueda comprar tabaco o alcohol a partir de los 16 años⁵⁹; (d) adoptar⁶⁰, o, incluso (e) ser sujeto de una inseminación artificial o fecundación *in vitro* o donante de óvulos⁶¹.

⁵⁷ Artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente.

⁵⁸ Artículo 7 del Real Decreto 772/1997 por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

⁵⁹ Lo prohíbe el artículo 3.2. de la Ley 28/2005 de 26 de diciembre.

⁶⁰ El artículo 175 del Código Civil establece en 25 años la edad mínima para adoptar.

⁶¹ Artículos 5.6 y 6 respectivamente de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida.

También es frecuente esgrimir cuán difícil resulta cohonestar la consideración de ser el feto una persona titular del derecho a la vida, con el muy inferior castigo penal del aborto en términos relativos, castigo que se aleja mucho de la pena del asesinato también cuando no hay consentimiento de la mujer en la provocación del aborto, cuando, por lo tanto, no hay posibilidad de rebajar la pena en atención al conflicto de intereses entre la vida del feto y la autonomía personal de la mujer⁶².

Y qué decir de la consistencia con otras prácticas institucionales, actitudes y creencias: ¿Cómo es que no se celebran funerales por los embriones no implantados, o por los fetos espontáneamente abortados⁶³? Supongamos que un embrión se ha mantenido criopreservado durante años para ser final-

⁶² Enrique Peñaranda, “Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, págs. 1673-1709, pág. 1700.

⁶³ El argumento procede de *Guidelines for Embryonic and Stem Cell Research*, publicado por la National Academies Press que es citado por Peñaranda: “Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Reflexiones éticas y jurídicas desde la perspectiva del Derecho Penal”, *Humanitas*. Tema del mes on-line, nº 3, mayo 2006 (http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero3/revista.html).

mente implantado, gestado y parido. ¿Qué responderá ese individuo cuando sea preguntado por su edad? ¿Debería computar los años en que se mantuvo congelado? ¿Debemos nosotros, que hemos sido reproducidos por medios naturales, incluir los meses de gestación cuando queramos celebrar nuestro cumpleaños? En el otro bando, para los opositores al aborto, también la coherencia es un arma siempre cargada frente a, por ejemplo, la “arbitrariedad” que supone elegir el nacimiento, que también es un cierto proceso como la gestación, o la viabilidad, como demarcaciones posibles entre el aborto y el infanticidio; o que se castiguen las lesiones al feto, o que el aborto resultante de una imprudencia grave por parte de la mujer embarazada sea impune.

Una segunda versión de la coherencia no está basada en el razonamiento por analogía iuris o en el equilibrio reflexivo entre normas y prácticas sociales, como en los anteriores ejemplos, sino en las consecuencias absurdas o injustas que se siguen de la coexistencia de dos normas que no son, estrictamente hablando, contradictorias. Por ejemplo: prohibir la selección de sexo mediante manipulación genética a quien aduce que no tener una niña le causa una “depresión reactiva”. La legislación española impide tal cosa, pero en cambio permite el aborto sin plazo si el embarazo

pone en peligro la salud psíquica de la madre, es decir, tolera una selección de sexo por “vía abortiva”. ¿No hay algo incoherente? Si nos oponemos a que los homosexuales adopten en interés del menor, ¿cómo es que permitimos que perviva la posibilidad de que adopten los solteros si resulta que pueden estar viviendo en pareja con alguien del mismo sexo?

Pero la coherencia no lo es todo, como apuntaba antes, al menos no lo es si entendemos “coherencia” en algunos de los sentidos posibles que se pueden atribuir al uso que hace Dworkin de ese fetiche. Esa ambigüedad es la que ha explotado Andrei Marmor en sus críticas al ideal de la integridad dworkiniano. Para empezar: ¿por qué es la misión de lograr la integridad una tarea encomendada al aplicador del Derecho? ¿Es que los legisladores no deben procurar tal cosa si es que resulta una virtud tan importante del sistema jurídico⁶⁴? Más allá de la consistencia lógica, la coherencia o integridad a la que Dworkin apela es problemática tanto por la existencia de fragmentación valorativa en cualquiera de las doctrinas morales comprensivas, cuanto por el hecho innegable del pluralismo razonable en las sociedades occidentales con-

⁶⁴ “Should We Value Legislative Integrity?”, en *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, págs. 39-56, pág. 41.

temporáneas⁶⁵. Es decir, el logro de una estricta integridad moral del Derecho, como Dworkin en ocasiones parece pretender, o bien resulta imposible porque no disponemos de una teoría moral monista (salvo alguna forma muy peculiar de utilitarismo) o bien resulta indeseable porque una sociedad política no debe tener fines últimos que perseguir como los tienen las asociaciones o comunidades de creyentes⁶⁶. ¿Es que acaso no son deseables compromisos que minan la integri-

⁶⁵ *Ibid.*, págs. 44-45 y Joseph Raz, “The Relevance of Coherence”, en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics* (edición revisada), Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 277-325, pág. 298. Dworkin ha objetado al modo berliniano de presentar el pluralismo axiológico –la convivencia de los valores de la libertad y la igualdad en el discurso político– como un conflicto irreductible. A su juicio Berlin habría cometido, sencillamente, una petición de principio al caracterizar la libertad negativa como la libertad del “lobo”, la de las irrestrictas posibilidades. Definida así, la conclusión de la imposible armonía se sigue, pero sólo a costa de admitir tal definición; véase *Justice in Robes*, opág. cit., pág. 113. El conflicto es ciertamente insoluble cuando nos enfrentamos a las órdenes de dos soberanos distintos –Dios que nos ordena el sacrificio de nuestro hijo– o la moral que nos exige salvaguardar su vida. En política, señala Dworkin, no es así como se presenta el conflicto valorativo. La incertidumbre sobre el alcance del derecho a la libertad de expresión, si incluye o no el discurso racista, no es reconstruible como el conflicto entre un soberano que restringe la libertad de expresión y otro que la prohíba; *ibid.*, págs. 110-111.

⁶⁶ *Id.*, págs. 44-45, 49-50.

dad –entendida esta como que el Derecho hable con una sola voz diacrónica y sincrónicamente–, como cuando respetamos las decisiones de gobiernos anteriores⁶⁷?

La resistencia de Raz al coherentismo de Dworkin es todavía más radical. No sólo la coherencia no resulta una condición necesaria y ni siquiera suficiente de la creencia moral justificada⁶⁸, sino que incluso si admitimos alguna forma de holismo epistémico –que para entender el mundo necesitamos “mallas de creencias mutuamente justificadas”– ello no implica que sea necesaria la coherencia para la existencia del Derecho. Aunque algunos sistemas jurídicos ciertamente despliegan una considerable coherencia, el Derecho puede existir sin ser coherente. Lo que es el Derecho resulta de un depósito de años y actividades de multitud de agentes; el Derecho es función de acciones humanas y prácticas sociales, y cabe identificar esos actos, creencias y objetivos sin presuponer que conforman colectivamente un conjunto coherente⁶⁹. Y para muestra de la crítica raziana, de nuevo, el botón del aborto: “...puesto que el Derecho es tomado como un sistema jurídico basado en la autoridad, su contenido ha de

⁶⁷ Raz, 1996, págs. 312-313.

⁶⁸ *Ibid.*, págs. 284-285.

⁶⁹ *Id.*, págs. 287, 292-293.

determinarse haciendo referencia a la intención de las autoridades normativas y sus razones, y, por lo tanto, que dados los vaivenes de la política, incluyendo, permítaseme que insista, la implicación de los jueces en política, no hay ninguna razón para esperar que el Derecho sea coherente. Como mucho, uno podría esperar que fuera coherente sectorialmente, en áreas relativamente alejadas de la lucha política cotidiana— e incoherente en otras. Quizá coherente en lo que hace a las circunstancias que han de darse para la imputabilidad penal, no en lo que hace a lo correcto o incorrecto del aborto”⁷⁰.

Analizar estas críticas externas nos llevaría seguramente demasiado lejos, a las procelosas aguas de la discusión sobre la naturaleza del Derecho y su determinación, cuando no a las de la disputas metaéticas entre fundacionalismo y coherentismo, todo lo cual huelga para mi modesto propósito. Me interesa más, en cambio, subrayar algunas críticas internas al coherentismo de Dworkin, responder a la pregunta: ¿es suficientemente coherente el coherentismo de Dworkin? Mi impresión es que no, y creo que la controversia misma del aborto ofrece algunas pruebas de ello.

⁷⁰ *Id.*, pág. 300.

En particular, si nos preguntamos: ¿es exigible, por coherencia, que si el Estado paga a las mujeres indigentes los gastos que acarrea el parto, deba también financiar abortos no-terapéuticos? Para la mayoría de la Corte Suprema en *Maher v. Roe*⁷¹ la respuesta fue que no, y, posteriormente, en apretada mayoría de 5 contra 4, añadió que el Estado Federal no tenía obligación de reembolsar a los Estados los gastos médicos en los que hubieran incurrido por la práctica de abortos terapéuticos⁷². En esta última sentencia, la minoría sostuvo que: "...la enmienda Hyde es un intento diáfano por parte del legislador de imponer el juicio de la mayoría política sobre lo moralmente aceptable y la preferencia socialmente deseable sobre una decisión íntima y sensible que la Constitución confía enteramente al individuo. Peor aún, la enmienda no promueve esa concepción mayoritaria en igual medida sobre todos los ciudadanos, ricos o pobres sin distinción; antes bien, la impone sólo sobre ese segmento social de nuestra sociedad que, por su menor poder político, es menos capaz de defender sus derechos a la intimidad de los ataques de la moralidad estatalmente obligada"⁷³. Así que la igualdad

⁷¹ 432 US 464 (1977).

⁷² *Harris v. McRae* 448 US 297 (1980).

⁷³ 448 US 297, 332 (1980). Acerca de la desigualdad "real" en el acceso a la interrupción voluntaria del

y la neutralidad estatal parecen estar seriamente comprometidas en estas decisiones, que, sin embargo, han sido juzgadas como consistentes por parte de Dworkin⁷⁴. ¿Y cómo cabe sostener tal cosa, y, simultáneamente, afirmar que “...resulta consistente insistir en que los Estados no deben imponer a sus ciudadanos una visión en particular de cómo la vida es sagrada... que los Estados tienen el poder de animar a sus ciudadanos a tratar la cuestión del aborto seriamente”⁷⁵, o que Dworkin advierta, en referencia a las cargas indebidas que tuvo que analizar la Corte Suprema en *Casey*, en que hay que tener cuidado en no permitir que los Estados disfracen con el ropaje de la llamada a la responsabilidad lo que es sencillamente una regla coactiva para no abortar?⁷⁶ Es cierto, con todo, que posteriormente Dworkin afirma que una buena forma para hacer que las mujeres reflexionen sobre el aborto y que entiendan su dimensión de gravedad moral es dar ayuda a las mujeres pobres embarazadas para que su decisión no sea meramente financiera. Ello le

embarazo en los Estados Unidos, resulta muy iluminador el artículo de Alexi A. Wright e Ingrid T. Katz, “Roe versus Reality – Abortion and Women’s Health”, *The New England Journal of Medicine*, n° 355, 6 de julio de 2006, págs. 1-9.

⁷⁴ 1993, pág. 152.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 153.

⁷⁶ *Id.*

hace mostrar su simpatía con los disidentes en *Harris*, pero, así y todo, concluye que la doctrina del tribunal sobre la financiación del aborto es firme y tradicional, “...y eso milita a favor de no revocarla ahora”⁷⁷. En este supuesto, prima más la dimensión de encaje (*fit*) que la de valor (*value*). ¿Por qué? Y suponiendo que haya razones para ello, ¿no es la propia concepción de Dworkin un ejemplo magnífico de pluralismo axiológico a veces irreductible?

La cuestión del aborto es seria, cuasi-religiosa, pues compromete la concepción que cada cual alberga sobre el valor de la vida humana, y visto así, y por mor de la *Establishment Clause*, el Estado debe dejar en manos de los individuos si poner o no fin a un embarazo asegurándose de que hayan considerado previamente el asunto con la reflexión que merece⁷⁸. De esa forma, un gobierno actúa legítimamente, tratando a todos como seres libres y responsables con igual consideración y respeto. Esta es, muy aquilatada, la célebre argumentación que elaboró Dworkin en *Life's Dominion* y con la que ofrecía, en definitiva, una forma nueva y pretendidamente más asumible de salir del *impasse* en el que la

⁷⁷ *Id.*, págs. 174-176.

⁷⁸ Dworkin, 1993, págs. 166 y ss.

controversia del aborto se encontraba y sigue instalada en los Estados Unidos.

¿A qué cota de mayor abstracción se puede llevar esa apelación a la libertad y responsabilidad individual, y cuáles son las consecuencias de tal “elevación teórica” en la que nunca sabemos *a priori*, según Dworkin, si habremos de embarcarnos o no? Frank I. Michelman adujo en su día, y con ello voy a concluir, el muy sugerente razonamiento dworkiniano de que exactamente los mismos argumentos que él esgrime sobre la permisibilidad constitucional del aborto –como acabo de decir, sobre cuestiones esencialmente controvertibles, como la santidad de la vida, es aconsejable dejar la decisión en manos de los individuos porque eso es lo que mejor da cuenta de nuestra forma de reverenciar la vida humana generando así una comunidad de responsabilidad y no de conformidad–, le deberían llevar a atribuir a cada uno de los individuos la misión de responder por sí mismos a las debatidas cuestiones de principios sobre igualdad y libertad que refleja la Constitución, incluyendo el espinoso asunto del aborto. En los propios términos de Michelman: “¿Protegemos mejor estos valores de la libertad y la igualdad trasladando al pueblo en su conjunto su propia responsabilidad en el juicio interpretativo a ser aplicado en la cuestión del

aborto, o invitando al pueblo a que se conforme con las normas que imponga una mayoría de la Corte Suprema... Y es que parece claro que se pierde valor intrínseco considerable (asumiendo que esto es lo que genera el gobierno de los jueces) cuando se hurta al pueblo la posibilidad de comprometerse responsablemente con los juicios que llevan a dar concreto significado a las normas básicas del país”⁷⁹.

Jugar a Dworkin, nos ha permitido, espero que con coherencia, llegar a este punto. Este es el juego, tanto para la discusión sobre el derecho a abortar y sus límites, como para el debate sobre quién ha de decidirlo, cuanto para defender las restricciones a los tribunales constitucionales en el ejercicio de su función: los (buenos) argumentos⁸⁰. En esto, como en tantas otras cosas, aunque no en todas, Dworkin tiene razón. Es, pero que en esta ocasión los míos no hayan sido demasiado malos.

⁷⁹ “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, Austin Sarat & Thomas R. Kearns (eds.), Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1996, págs. 139-164, pág. 158.

⁸⁰ 1993, pág. 145.

IAN SHAPIRO. Es profesor de ciencia política en la Universidad de Yale. Sus investigaciones se centran en los aspectos sociológicos de la teoría política. Es autor de numerosos estudios sobre democracia, distribución de recursos y gobiernos democráticos posdictatoriales. Su último libro: *Containment: Rebuilding a Strategy Against Global Terror* (2007).

PABLO DE LORA. Es profesor titular de filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido investigador y profesor visitante en Syracuse University, Berkeley, Northwestern, Oxford, New York University, Universidad Pompeu Fabra y en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Es autor de numerosos trabajos, destacando, *Bioética. Principios, desafíos, debates* (2008, junto a Marina Gascón), *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos* (2006) y *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad* (2004), libro por el que obtuvo el Premio de Investigación de la Fundació Grífols i Lucas.

CARMEN TOMÁS-VALIENTE. Es profesora titular de Derecho penal. Es autora de las monografías *La responsabilidad penal del miembro del jurado* (Cedecs, 1998, coautor Antoni Llabrés Fuster), *La disponibilidad de la propia vida en Derecho penal*, (CECP/BOE, 1999), *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)* (Tirant lo Blanch, 2000), por la que recibió el Premio de Investigación de Bioética de la Fundación Víctor Grífols i Lucas 2001-2002 y *El efecto oclusivo entre causas de justificación* (Comares). Ha publicado diversos artículos «The Justification of Paternalism» (*Rechtstheorie* 30, 1999), “La disponibilidad de la propia vida desde la perspectiva constitucional” (en *El derecho a la vida*, TC/CEPC, 2003).

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. Ian Shapiro, Pablo de Lora Deltoro y Carmen Tomás-Valiente Lanuza: *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez: *El error judicial. La formación de los jueces*