

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE NUEVOS DERECHOS EN ESTADOS UNIDOS TRAS LA SENTENCIA DOBBS

Constitutional interpretation and jurisprudential
recognition of new rights in the United States
after the Dobbs judgment

PABLO NUEVO LÓPEZ¹
Universitat Abat Oliba, CEU Universities
pnuevo@uao.es

Cómo citar/Citation

Nuevo López, P. (2022).

Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial
de nuevos derechos en Estados Unidos tras la sentencia Dobbs.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 26(2), 587-607.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.26.18>

Resumen

En el presente trabajo, al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo el caso Dobbs, de 24 de junio de 2022, se analiza el criterio de interpretación jurídica empleado por el Tribunal, exponiéndose los motivos por los que considera que el sistema constitucional no contiene de forma implícita un derecho al aborto. Al mismo tiempo, se

¹ Pablo Nuevo López es doctor en Derecho por la Universidad San Pablo CEU. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Abat Oliba CEU de Barcelona. Este trabajo es resultado del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-104414GB-C32 «Instrumentos contramayoritarios en el Estado constitucional» y se inserta en las actividades del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (Gedeco. Grupo consolidado por la Generalitat en 2017, SGR 1595). Contacto: pnuevo@uao.es

muestra la doctrina del Tribunal Supremo para el reconocimiento de nuevos derechos al amparo de la Cláusula del Proceso Debido de la XIV Enmienda.

Palabras clave

Interpretación constitucional; originalismo; nuevos derechos; derecho al aborto.

Abstract

In the present work, in line with the Supreme Court decision in the Dobbs case, of June 24, 2022, the criterion of legal interpretation used by the Court is analyzed, explaining the reasons why it considers that the American constitutional does not implicitly contain a right to abortion. At the same time, the doctrine of the Supreme Court for the recognition of new rights under the Due Process Clause of the XIV Amendment is shown.

Keywords

Constitutional interpretation; originalism; new rights; right to abortion.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DOBBS. III. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE NUEVOS DERECHOS: 1. Planteamiento. 2. La doctrina Rehnquist sobre la Cláusula del Debido Proceso. 3. Tradición jurídica y derecho al aborto. 4. La libertad ordenada, base de los derechos constitucionales. 5. El encaje constitucional de otros derechos reconocidos por el Tribunal al amparo de la Cláusula del Proceso Debido. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 24 de junio de 2022 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América dictó la Sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*², en la que señala que de la Constitución no se puede deducir la existencia del derecho al aborto. Esta Sentencia anuló tanto *Roe v. Wade*³ como *Planned Parenthood v. Casey*⁴, estableciendo que cada Estado tiene pleno poder para regular cualquier aspecto del aborto que no esté prevenido por la ley federal.

El caso tiene su origen en una discusión sobre la constitucionalidad de una ley estatal de Mississippi de 2018 que prohibía el aborto después de las primeras 15 semanas de embarazo. *Jackson Women's Health Organization*, la única clínica abortista de Mississippi, había demandado a Thomas E. Dobbs, oficial del Departamento de Salud del Estado de Mississippi, en marzo de 2018. Los tribunales inferiores habían impedido la aplicación de la ley, aplicando medidas cautelares basándose en la doctrina del Tribunal Supremo en *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey*. En esas Sentencias el Tribunal Supremo había considerado que la Cláusula del Debido Proceso de la XIV Enmienda incluye el derecho al aborto, de forma que los Estados no podían

² *Dobbs, State health officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*

³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

prohibirlo ni restringirlo antes de la viabilidad fetal, generalmente dentro de las primeras 24 semanas.

El ponente de la Sentencia es el juez Samuel Alito, quien ha contado con el respaldo de los jueces Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett y, parcialmente, del presidente del Tribunal, John Roberts. Tanto Clarence Thomas como Brett Kavanaugh formularon votos particulares concurrentes, asumiendo el resultado y, en lo sustancial, la argumentación de Alito, si bien introduciendo matizaciones sobre el alcance de la XIV Enmienda. El juez Roberts, por su parte, formuló un voto particular parcialmente concurrente, en el que tras considerar constitucional la ley de Mississippi analizada afirma que se puede llegar a esa conclusión sin necesidad de revertir Roe y Casey, por lo que en aras de la autocontención del Tribunal la Sentencia no debía haber entrado a modificar su doctrina sobre el aborto en esos casos. Por su parte, los jueces Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan formularon un voto particular muy crítico con la decisión de la mayoría.

La Sentencia Dobbs estuvo precedida por la filtración, el 2 de mayo de 2022, del borrador de la opinión redactada por Alito, hecho sin precedentes en la historia del Tribunal Supremo y que además de activar una agria polémica política motivó presiones a los jueces que eran considerados susceptibles de modificar su voto en el caso de que el presidente del Tribunal decidiera someter el texto de Alito a nuevo debate y votación.

Se trata, por tanto, de una Sentencia especialmente relevante atendiendo a las circunstancias y al resultado. La argumentación de Alito consta, fundamentalmente, de dos partes. En la primera concluye que de la Cláusula de Debido Proceso de la XIV Enmienda no se deriva la existencia de un derecho constitucional al aborto (por lo que esta es una cuestión que debe ser dejada al proceso político en cada Estado); en la segunda, visto que la conclusión alcanzada choca frontalmente con Roe y Casey, analiza la doctrina del *stare decisis* para ver bajo qué condiciones puede el Tribunal anular Sentencias previas apartándose de sus precedentes.

En este trabajo me centraré en la primera de las cuestiones de la opinión de Alito, indagando si el método de interpretación utilizado es el *originalismo* y cuál es la doctrina actual del Tribunal sobre el reconocimiento de derechos no expresamente enumerados en el texto constitucional.

II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DOBBS

Como es sabido, desde finales de la década de los setenta del siglo pasado las discusiones relativas al método de interpretación constitucional

han generado grandes controversias, no solo entre la doctrina especializada, sino también entre los actores políticos y, en cierta medida, el público general.

La razón estriba en que, tras un periodo en el que el Tribunal Supremo expandió el sistema de derechos, aplicando la teoría de la *living Constitution* a cuestiones morales controvertidas, desarrollando una política legislativa jurisprudencial progresista sobre la base de que la Constitución es un texto vivo y que corresponde a los tribunales adaptar las previsiones constitucionales a los sentimientos de justicia y libertad presentes en la sociedad de cada momento, en determinados sectores fue ganando peso la idea de que el texto constitucional debía ser interpretado de acuerdo con su significado originario para evitar que los jueces se convirtieran en legisladores, suplantando al poder legislativo de carácter representativo. Esta teoría adoptó la denominación de originalismo.

En este sentido, en opinión de Robert Bork, «solo limitándose a las intenciones históricas que subyacen a cada cláusula de la Constitución pueden los jueces evitar convertirse en legisladores, evitar imponer sus propias opciones morales y garantizar así que la Constitución sea Derecho»⁵.

Esta teoría de la interpretación constitucional llama a los jueces a aplicar las reglas de la Constitución escrita en el sentido en que fueron entendidas por las personas que las promulgaron. No es una teoría completamente monolítica, sino que admite variantes, según considere que lo esencial es dar a las palabras de la Constitución el significado público original que tenían cuando la Constitución o sus enmiendas fueron aprobadas (*original public meaning originalism*), o que se centre en la intención de quienes adoptaron o ratificaron una determinada cláusula constitucional (*original intent originalism*).

Las razones de la disputa no fueron solo políticas, pues el originalismo fue percibido como una manera de frenar, desde el mundo conservador, la jurisprudencia transformadora del Tribunal Supremo. Y ello no solo en relación con el principio de igualdad y derechos económicos y sociales, sino muy especialmente en relación con aquellos conectados con la idea de completa autonomía individual que emergió en los sesenta, destacando entre ellos el derecho al aborto.

Es verdad que desde los años ochenta del pasado siglo el originalismo se ha mostrado en oposición al activismo judicial de carácter progresista, y que al deferir al Congreso —o a los parlamentos estatales— la aprobación de normas de signo transformador en materia de moralidad pública, tenía como efecto

⁵ Bork (1986, 832). Se trata de un importante discurso de Robert Bork en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego, el 18 de noviembre de 1985.

frenar dichos cambios, por ser la norteamericana una sociedad conservadora, y ello aun cuando alguno de los principales exponentes de esta teoría interpretativa han sostenido que no es un método de interpretación que permita predeterminar el resultado⁶ o que lleve siempre y en todo caso a quienes se adhieren a él a las mismas conclusiones⁷.

No es casualidad que, a partir de la negativa del Senado a confirmar a Robert Bork para el Tribunal Supremo, tras una campaña tan dura que motivó la aparición de un verbo —*borkear, to bork somebody*: tratar de impedir que alguien haga algo, especialmente alguien que se presenta a las elecciones o a un cargo público—, en los procesos de confirmación de jueces federales el método de interpretación constitucional de los candidatos pasó a ocupar un lugar preponderante, como forma indirecta de preguntar por su visión de los derechos individuales y, muy especialmente en el caso de candidatos para el Tribunal Supremo, su opinión sobre si Roe y Casey debían ser mantenidas o anuladas.

El originalismo llegó a tener un predicamento tan fuerte, y ser tan relevante en el proceso de confirmación de candidatos al Tribunal Supremo, que en las comparecencias para obtener la confirmación del Senado la Juez Elena Kagan, propuesta por el presidente demócrata Barack Obama, llegó a decir que «todos somos originalistas hoy día»⁸.

De manera que, con un Tribunal con mayoría de jueces nombrados por presidentes republicanos entre juristas defensores del originalismo, y en el que incluso Elena Kagan pudo definirse como originalista en cierto sentido, podría pensarse que en la Sentencia Dobbs el Supremo recurriría a este método interpretativo para resolver la cuestión sobre si el aborto es un derecho que deriva de la Constitución o de la XIV Enmienda, o no.

Y, sin embargo, en esta ocasión en que el Tribunal ha tenido tuvo una oportunidad como pocas de adoptar un enfoque originalista de la Constitución e interpretarla con base en su significado público original, se ha negado a hacerlo. Por el contrario, como ha señalado Michael L. Smith, el Tribunal comenzó y terminó su análisis con una investigación de la historia y la tradición, prácticamente sin discutir el significado de la Constitución⁹.

De hecho, únicamente los votos particulares parecen recurrir al originalismo como método de interpretación constitucional.

⁶ Scalia (2017).

⁷ Coney Barrett (2020).

⁸ <https://bit.ly/3glnaBO> (fecha de última consulta, 30/09/2022).

⁹ Smith (2023).

Como era previsible, el originalismo está presente en el voto particular concurrente formulado por Clarence Thomas, para quien la teoría del Debido Proceso Sustantivo, a partir de la cual se había construido el derecho al aborto, no tiene encaje textual en la Constitución, y en el sentido público original de la XIV Enmienda no puede incluirse ni esa teoría ni tal derecho, lo correcto es anular *Roe* y *Casey* (en lo que coincide con la mayoría) y revisar toda la jurisprudencia construida en aplicación de la mencionada teoría del Debido Proceso Sustantivo¹⁰.

Aunque pueda parecer paradójico es el voto discrepante firmado por Breyer, Sotomayor y Kagan el que va recurrir en mayor medida al originalismo, en la versión del original intent. En su opinión, los redactores de la Constitución y de la XIV Enmienda querían proteger la libertad individual y la igualdad en términos lo suficientemente abstractos como para que esas cláusulas constitucionales resistieran el paso del tiempo. En este sentido, sostienen lo siguiente:

«Los redactores [de la Constitución] definieron los derechos en términos generales, para permitir una evolución futura en su alcance y significado. Y a lo largo de nuestra historia, este Tribunal ha aceptado la invitación de los artífices [del texto constitucional]. Se ha mantenido fiel a sus principios aplicándolos de nuevas formas, en respuesta a los nuevos planteamientos y condiciones de la sociedad»¹¹.

Para quienes suscriben el voto particular las ideas de libertad e igualdad pueden evolucionar, permaneciendo fieles «a los principios constitucionales, la historia constitucional y los precedentes constitucionales», pues «la tradición constitucional no puede quedar congelada en un momento singular»¹², sino que debe acomodarse al curso de la historia de la Nación, y a la evolución que paso a paso se deduce de los precedentes del Tribunal¹³.

Sin embargo, en su análisis el juez Alito parece alejarse del modelo de interpretación propia del originalismo. Así, en lugar de indagar por el sentido originario, el significado público original (original public meaning) de la XIV Enmienda, lo que va a hacer es lo que se ha dado en llamar «debido proceso tradicionalista» o «constitucionalismo burkeano»¹⁴.

¹⁰ Voto particular del juez Thomas, página 7.

¹¹ Voto particular discrepante de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, página 16.

¹² Voto particular discrepante de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, página 18.

¹³ Voto particular discrepante de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, página 29.

¹⁴ Sunstein (2022).

III. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE NUEVOS DERECHOS

1. PLANTEAMIENTO

Para resolver el litigio principal, y a diferencia de lo que sostiene en su voto concurrente el presidente del Supremo, el juez Roberts, Samuel Alito considera que la constitucionalidad de la ley de Mississippi de la que trae causa el caso *Dobbs* está vinculada al mantenimiento de la doctrina formulada por el Tribunal en *Roe v. Wade* y confirmada —aun con modificaciones— en *Casey*.

En este sentido, el juez Roberts considera que *Roe* y *Casey* no reconocieron sin más un derecho al aborto, sino que en realidad reconocieron un derecho a elegir si terminar con su embarazo, y un derecho a que el Estado no regule el aborto de determinada manera en función del momento de la gestación. De manera que, una vez que la mujer ha podido elegir si abortar o no (lo cual, en principio, habrá pasado antes de las quince semanas de gestación, que es el plazo de la ley de Mississippi, lapso de tiempo en que ya puede saber si está embarazada o no), el Estado puede entrar a regular —e incluso prohibir— el aborto, motivo por el cual Roberts se muestra partidario de declarar la constitucionalidad de la norma analizada pero no de revisar la doctrina de *Roe* y *Casey*¹⁵.

Sin embargo, para la mayoría del Tribunal este argumento debe ser descartado, pues la única forma de conciliar la ley de Mississippi con la Constitución es si esta no incluye un derecho al aborto, por lo que es inexcusable revisar *Roe* y *Casey*. Y desde el comienzo de su argumentación el juez Alito deja claro que considera que el Tribunal erró de plano en dichas Sentencias.

La crítica principal que formula a la Sentencia *Roe* es que, siendo el aborto un tema con graves implicaciones morales en las que la sociedad está profundamente dividida, en lugar de dejar que fuera cada Estado el que decidiera cómo regular esta práctica siguiendo las preferencias de sus ciudadanos expresada por sus legítimos representantes, procedió a «cerrar abruptamente el proceso político», asumiendo el Tribunal un papel de creador y no de aplicador del Derecho.

Para Alito, la Sentencia *Roe* es claramente deficiente no solo porque no se molesta en justificar si el ordenamiento norteamericano o el Common

¹⁵ Voto particular concurrente del juez Roberts, pp. 1, 8 y 9. En cualquier caso, del voto particular concurrente del juez Roberts no se desprende que considere que no hay que revertir *Roe* y *Casey*; simplemente, considera que no es necesario para resolver el caso planteado, y por tanto que el Tribunal no debe ir más allá.

Law alguna vez incluyeron el derecho al aborto, o porque realizó un análisis histórico claramente deficiente, sino fundamentalmente porque al reconocer ese derecho el Tribunal lo hizo «estableciendo un conjunto de reglas muy parecidas a las que pueden encontrarse en una norma promulgada por un parlamento»¹⁶.

Con esta premisa, se plantea el juez Alito si el derecho al aborto está incluido en la Constitución. Para ello, señala que la interpretación constitucional debe comenzar por un análisis del sentido literal de la norma analizada, es decir, debe prestarse especial atención al «lenguaje del instrumento normativo» que se pretenda interpretar¹⁷.

Tras constatar que ni en la Constitución ni en ninguna de sus Enmiendas hay referencia alguna al aborto, el juez Alito se enfrenta a la cuestión del posible fundamento del derecho al aborto, establecido en las Sentencias Roe y Casey. A este respecto, y aunque algunos autores habían tratado de «anclar» este derecho en la VIII Enmienda, en la medida en que tanto el propio Tribunal Supremo en Roe y Casey como la mayoría de la doctrina habían considerado que el derecho al aborto deriva, de alguna manera, de la XIV Enmienda, Alito construye el grueso de su argumentación sobre la base de una interpretación de esta.

2. LA DOCTRINA REHNQUIST SOBRE LA CLÁUSULA DEL DEBIDO PROCESO

En la Sentencia, el juez Alito expone —en parte reelaborándola— la doctrina del Tribunal Supremo, formulada por el juez Rehnquist, sobre el reconocimiento de derechos sustantivos —y no meramente procedimentales— en la Cláusula de Proceso Debido de la XIV Enmienda.

Así, señala cómo esto puede hacerse por dos vías. Por un lado, considerando que la XIV Enmienda incorpora a los Estados derechos reconocidos

¹⁶ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, página 2. Como es sabido, y tomando como criterio fundamental el de la viabilidad del feto, el Tribunal Supremo en *Roe v. Wade* dividió el período de embarazo en tres trimestres, anudando reglas para el legislador para cada uno de ellos. Durante el primer trimestre, la decisión de interrumpir el embarazo quedaba únicamente a discreción de la mujer. Después del primer trimestre, los Estados podrían «regular el procedimiento». Durante el segundo trimestre, los Estados podrían regular (pero no prohibir) los abortos en interés de la salud de la madre. Después del segundo trimestre, una vez establecida la viabilidad del feto, los Estados podían regular o prohibir los abortos en interés de la «vida potencial», excepto cuando fuera necesario para preservar la vida o la salud de la madre.

¹⁷ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 9.

respecto de la Federación por las primeras ocho Enmiendas a la Constitución norteamericana (las que formarían, en sentido estricto, el Bill of Rights). Por otro, considerando que la Cláusula del Proceso Debido incluye, de forma implícita, derechos no enumerados.

En cualquiera de los casos, para afirmar la existencia de un derecho no expresamente reconocido este debe pasar por un doble test. En primer lugar, debe ser un derecho «profundamente arraigado en la historia y tradición» del sistema jurídico norteamericano. En segundo término, debe ser un derecho «esencial para el esquema de libertad ordenada» en que se basa el experimento constitucional de los Estados Unidos.

En relación con este test, Alito asume la doctrina del Tribunal Supremo según la cual para ver si un determinado derecho está arraigado en la tradición jurídica debe atenderse a la historia constitucional de Estados Unidos, incluyendo en esta toda la evolución doctrinal y jurisprudencial del Common Law. Ello determina que, en ocasiones, haya de remontarse a la Carta Magna, a los comentarios de Blackstone a las leyes de Inglaterra, o al texto de las distintas Constituciones de los Estados al tiempo de aprobarse la Constitución federal o una Enmienda a la misma. Recurso a la historia que, como recuerda Alito, si es necesaria cuando se trata de incorporar derechos enumerados en instrumentos jurídico constitucionales, lo es con más motivo cuando se trata de derechos no expresamente reconocidos en la Constitución¹⁸.

En la construcción de su razonamiento el juez Alito se apoya en la opinión del Tribunal formulada por el juez Rehnquist en la Sentencia Glucksberg¹⁹. En esa Sentencia, el Tribunal recalcó que para considerar que un derecho se encuentra implícito en la XIV Enmienda debe estar objetiva y profundamente arraigado en la historia y tradición jurídica de la Nación, pasando a analizar 700 años de historia jurídica anglosajona para descartar la existencia de un derecho al suicidio asistido.

Con base en esta Sentencia, Alito destaca que el análisis histórico es especialmente relevante cuando el Tribunal Supremo se enfrenta a un caso en el que se le pide que reconozca como derecho una nueva faceta de la libertad protegida por la Cláusula del Proceso Debido, pues el término «libertad», por sí solo, no proporciona criterios para orientar la decisión²⁰.

¹⁸ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, pp. 12-13.

¹⁹ Washington v. Glucksberg, Sentencia de 26 de junio de 1997, en la que el Tribunal Supremo consideró que ni de la Constitución ni de la XIV Enmienda puede derivarse un derecho al suicidio asistido, por lo que se trata de una práctica que los Estados pueden, válidamente, prohibir [Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997)].

²⁰ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 13.

En este sentido, y después de recordar cómo Isaiah Berlin, el gran teórico de la libertad, fue capaz de identificar cientos de significados para esa palabra, el juez Alito aclara que se debe ser cuidadoso con el análisis jurídico en el proceso de reconocimiento de derechos, pues siempre existe el riesgo de confundir la referencia a la libertad contenida en la XIV Enmienda con la visión personal sobre qué libertades deben disfrutar los ciudadanos de EE. UU.²¹.

3. TRADICIÓN JURÍDICA Y DERECHO AL ABORTO

De ahí que, en el caso *Dobbs*, la aproximación de Alito deba comenzar por un análisis de si la libertad jurídicamente protegida ampara un derecho al aborto por haber existido este derecho, de alguna manera, en la historia del *Common Law*. En su análisis, y después de explorar las opiniones de Bracton, Coke y Blackstone, Alito llega a la conclusión de que en el *Common Law* el aborto era un delito, desde que se aprecia el movimiento del feto en el vientre materno²², sin que en la época colonial cambiara en Norteamérica el juicio jurídico sobre el aborto.

Por lo que respecta a la distinta regulación del aborto según se produjera antes o después de que se apreciara el movimiento del feto en el vientre materno, considera Alito que la evidencia histórica muestra que la diferenciación traía causa fundamentalmente de la dificultades probatorias en una sociedad que carecía de medios científicos o tecnológicos aptos para detectar el embarazo en los momentos iniciales de la gestación o para determinar si el feto estaba vivo²³.

Continuando con el análisis histórico, Alito subraya cómo a lo largo del siglo XIX la mayoría de los Estados fueron aprobando leyes que penalizaban el aborto, de manera que para 1868, año de ratificación de la XIV Enmienda, veintiocho de los treinta y siete Estados habían aprobado leyes tipificando el aborto como delito, tanto si se realizaba antes como después de que se pudiera apreciar movimiento del feto en el vientre materno. Asimismo, para 1910 nueve de los diez Estados restantes habían aprobado leyes en sentido semejante.

Esta tendencia se mantuvo a lo largo del siglo XX, con un amplio consenso sobre la necesidad de penalizar el aborto, como se puede apreciar que aún en la década de los cincuenta del siglo pasado todos los Estados de la

²¹ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 14.

²² Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, pp. 16-18.

²³ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 21.

Unión, salvo cuatro de ellos, más el Distrito de Columbia, incluían el aborto como delito en su legislación penal. Consenso que, explica Alito, se mantuvo prácticamente inalterable hasta la Sentencia *Roe v. Wade* en 1973, a pesar de los cambios sociales y culturales que había experimentado la sociedad norteamericana en los años sesenta.

La conclusión del análisis histórico para Alito no puede ser más evidente: la evidencia muestra que no puede sostenerse que el derecho al aborto estuviera profundamente arraigado en la historia y tradición jurídica de la Nación.

Para el juez Alito esta conclusión no se ve alterada si la motivación de los distintos legislativos estatales para tipificar el aborto no consistiera en la consideración de dicha práctica como una conducta antijurídica. A este respecto, señala en la Sentencia, aun cuando pudiera acreditarse —como sostiene algún *Amicus Curiae* presentado en defensa de la confirmación de *Roe* y *Casey*— que la criminalización del aborto tuvo su origen en el miedo de unos legisladores en su mayoría protestantes originado por el hecho de que los católicos estuvieran teniendo una tasa de fecundidad más elevada, de lo que se deduciría que en tiempos de la ratificación de la XIV Enmienda no había una desaprobación generalizada del aborto, ello no sería suficiente para considerar que el derecho al aborto estaba profundamente arraigado en la historia y tradición jurídica de Estados Unidos.

Para el juez Alito el argumento de ese *Amicus Curiae* no tiene soporte histórico, afirmando literalmente que «existe una amplia evidencia de que la aprobación de esas leyes [tipificando el aborto como delito] fue espoleada, en cambio, por la creencia sincera de que el aborto mata a un ser humano»²⁴.

De hecho, en una nota al pie aparentemente inocente, Alito resalta que otros *Amicus Curiae* proporcionan una versión diferente sobre los motivos que condujeron a la penalización del aborto. Así, en esos informes para el Tribunal, los autores pusieron de manifiesto que algunos de los impulsores de la liberalización del aborto lo hicieron movidos por el deseo de disminuir el porcentaje de Afroamericanos en el conjunto de la población²⁵, a lo que el juez Alito responde: «Y está fuera de toda discusión que *Roe* ha tenido ese efecto demográfico»²⁶.

En todo caso, y más allá de la discusión sobre los motivos que condujeron a la criminalización del aborto, resalta en la Sentencia cómo el Tribunal Supremo ha sido reacio a extender al Legislativo como tal los motivos por

²⁴ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 29.

²⁵ Brief for *amici curiae* African American, Hispanic, Roman Catholic and Protestant religious and civil rights organizations and leaders supporting petitioners.

²⁶ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 30, en nota.

los que algunos legisladores singulares han votado a favor de una norma²⁷, aparte de que —para el caso específico del aborto— el propio Tribunal en *Roe* y *Casey* había apreciado cómo «hombres y mujeres, en conciencia, pueden discrepar sobre las profundas implicaciones morales y espirituales derivadas de terminar un embarazo, incluso en sus momentos iniciales», de donde Alito deduce que en ningún caso puede acogerse la teoría que fundamenta la penalización del aborto en un animus anti católico²⁸.

En su voto particular discrepante, los Jueces Breyer, Sotomayor y Kagan sostienen que de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de autonomía sexual y reproductiva se deduce que el derecho al aborto forma parte de la tradición jurídica norteamericana. A este respecto, lo que vienen a sostener es que el control de su sexualidad gracias al derecho al acceso a los anticonceptivos (reconocido por el Supremo en *Griswold v. Connecticut*, y varias sentencias posteriores), ha permitido a las mujeres planificar sus vidas —incluyendo su desarrollo personal y profesional— de tal forma que han pasado a ser ciudadanas de pleno derecho y con capacidad fáctica de ejercer esa ciudadanía; y que las décadas en las que ha estado vigente la doctrina *Roe* (reafirmada en *Casey* y otras Sentencias), en la que el aborto ha sido una práctica a la que recurrir cuando ha fallado la anticoncepción, ha conformado la autocomprensión de las mujeres respecto de sus derechos y libertades. De ahí que aunque no haya argumentos históricos que justifiquen la existencia de un derecho al aborto, no queda duda de que en la conciencia de las mujeres en 2022 el aborto es un derecho que deriva de la Constitución.

Ahora bien, se trata de un argumento circular, que no puede dar cuenta de la legitimidad del Tribunal en el momento de reconocer el derecho: el derecho quedaría justificado porque los ciudadanos (¿todos? ¿una parte? ¿los que tienen capacidad para marcar la agenda de los medios?) están de acuerdo con lo que ha hecho el Tribunal y planifican su vida según la visión de la libertad que traslada a la opinión pública el Tribunal, acuerdo *ex post* que demuestra que el derecho existía previamente. Argumento circular que no puede esconder que, en una situación así, lo que ha hecho el Tribunal es decidir —sin tener competencia para ello, por no ser un órgano representativo— cuál es la libertad de la que deben disfrutar los ciudadanos.

Por el contrario, siguiendo la doctrina expuesta en *Glucksberg* —que es la que ha empleado el Tribunal para el reconocimiento de derechos no enumerados— Alito recuerda que el arraigo en la historia debe ser objetivo, es decir, sostenido con datos, apoyado en normas o precedentes judiciales que, por

²⁷ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, pp. 28-29.

²⁸ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 30.

existir antes del reconocimiento del derecho, prueban que el mismo estaba arraigado en la tradición jurídica de la Nación, aunque su formulación fuera implícita y no estuviera positivizado en una norma jurídica.

4. LA LIBERTAD ORDENADA, BASE DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Descartada la existencia de un derecho al aborto en la historia y tradición jurídica de la Nación, el juez Alito se plantea si tal derecho puede considerarse implícito en la idea de libertad que pretende proteger la XIV Enmienda.

Llegado a este punto, el juez Alito señala que no es únicamente él quien se plantea esta aproximación, pues resalta cómo los propios defensores de las decisiones del Tribunal Supremo Roe y Casey han tratado de conectar el derecho al aborto con un derecho más amplio, ya sea el derecho a la privacidad, en Roe, o el derecho a la libertad de adoptar decisiones «personales e íntimas» esenciales para proteger «la autonomía y la dignidad personal», en Casey²⁹.

En definitiva, se trataría de ver si, partiendo de la famosa «fórmula Casey» puede considerarse que la libertad y la igualdad que fundamentan el experimento constitucional norteamericano requieren de la consideración del aborto como un derecho.

En *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* el Tribunal Supremo había señalado lo siguiente:

Nuestro ordenamiento otorga protección constitucional a las decisiones personales relativas al matrimonio, la procreación, la anticoncepción, las relaciones familiares, la crianza de los hijos y la educación. Nuestra jurisprudencia reconoce el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de una intrusión gubernamental injustificada en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de tener o engendrar un hijo. Nuestros precedentes han respetado el ámbito privado de la vida familiar en el que el Estado no puede entrar. Estos asuntos, que involucran las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en su vida, elecciones centrales para la dignidad y autonomía personal, son centrales para la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda. *En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana*³⁰ (cursiva añadida).

²⁹ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 30.

³⁰ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 851.

Ahora bien, para el juez Alito esta afirmación del Tribunal en *Casey* no puede servir para justificar la existencia de un derecho al aborto. En este punto, distingue entre fuero interno y fuero externo. Así, «mientras que los individuos ciertamente son libres de pensar y decir lo que deseen sobre la existencia, el significado del universo o el misterio de la vida humana, no siempre son libres para actuar de acuerdo con su pensamiento al respecto». Llevada a sus últimas consecuencias, esta lógica de autodeterminación individual ilimitada podría justificar cualquier pretensión, como «el derecho al consumo de drogas o a la prostitución»³¹.

Y es que una libertad tan ampliamente entendida quizá podría encajar en alguna concepción filosófica o ideológica de la libertad, pero claramente no podría considerarse libertad ordenada, pues «la libertad ordenada establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos»³².

Con otras palabras, la libertad en el orden que protege el sistema constitucional es aquella en la que se tienen en cuenta (y se intentan armonizar) los intereses en conflicto.

En apoyo de su tesis, Alito acude al voto particular firmado por los Jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, al afirmar que «la característica más llamativa de la discrepancia es la ausencia de cualquier discusión seria sobre la legitimidad del interés del Estado en proteger la vida prenatal»³³, siendo precisamente esa negativa a considerar cualquier otro interés distinto a la voluntad de la madre la que muestra que, quienes sostienen la existencia de un derecho al aborto, no pueden anclarlo en la idea de libertad ordenada en la que se basa el sistema constitucional norteamericano.

A lo anterior se añade una cuestión clave para la mayoría del Tribunal: en ausencia de un criterio claro en la Constitución, el ajuste entre los intereses contrapuestos debe ser realizado por los ciudadanos por medio de sus representantes, y no por un conjunto de nueve juristas, no representativos de la sociedad norteamericana, que ostentan un cargo vitalicio y que carecen de legitimidad democrática.

A este respecto, de forma significativa concluye Alito que en el debate sobre el aborto los partidarios de las distintas posturas tienen sus razones, y que desde una perspectiva de política legislativa hay argumentos tanto para prohibir como para liberalizar el aborto. Ahora bien, sentado lo anterior, considera lo siguiente:

³¹ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 31.

³² Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 31.

³³ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 37.

los partidarios de Roe y Casey deben demostrar que este Tribunal tiene la autoridad para sopesar esos argumentos y decidir cómo se puede regular el aborto en los Estados. No han logrado hacer esa demostración y, por lo tanto, devolvemos el poder de sopesar esos argumentos al pueblo y a sus representantes electos³⁴.

Por los motivos señalados, Alito no puede acoger la tesis de la minoría, según la cual el aborto forma parte de la libertad reproductiva, y es funcional para proteger la capacidad de las mujeres de participar en condiciones de igualdad en la vida económica y social de la Nación³⁵, para proteger a las mujeres en riesgo de exclusión (ya sea por el elevado coste de la atención sanitaria en EE. UU., ya sea por las dificultades económicas o financieras que puedan derivar de tener un hijo), y para tutelar el acceso y permanencia en el mercado de trabajo³⁶.

No se puede obviar los problemas a los que se pueden tener que enfrentar las mujeres que se encuentran con un embarazo inesperado, y más si tiene lugar en un Estado en el que los servicios sociales o los programas de ayudas públicas no están muy desarrollados o el derecho a la protección de la salud no está bien garantizado. Pero, precisamente porque ese riesgo está relacionado con la adopción de políticas públicas, se refuerza la idea de que es una cuestión que debe ser decidida por quienes tienen la competencia en esta materia: los ciudadanos por medio de sus representantes.

5. EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE OTROS DERECHOS RECONOCIDOS POR EL TRIBUNAL AL AMPARO DE LA CLÁUSULA DEL PROCESO DEBIDO

Aunque en rigor no era necesario para decidir el caso *Dobbs*, el juez Alito afronta en el texto de la Sentencia la cuestión del encaje constitucional de otros derechos reconocidos por el Tribunal al amparo de la Cláusula del Proceso Debido de la XIV Enmienda.

Ello se debe, de entrada, a que Roe y Casey no se entienden sin, entre otras, las Sentencias previas sobre derechos no enumerados, especialmente aquellas en que el Tribunal procedió a deducir derechos de la Cláusula del Proceso Debido en cuestiones morales controvertidas, leyendo la XIV Enmienda a la luz de la teoría de la *living Constitution*, conforme a la cual corresponde a los tribunales adaptar las provisiones constitucionales a los sentimientos de justicia y libertad presentes en la sociedad de cada momento. En este sentido, Roe se

³⁴ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 35.

³⁵ Voto particular discrepante de los Jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 4.

³⁶ Voto particular discrepante de los Jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, pp. 29 y ss.

apoya en *Griswold v. Connecticut* (1965), en que el Tribunal señaló que de la penumbra de los derechos reconocidos en la Constitución emana un derecho a la privacidad que incluye el derecho de acceder a los anticonceptivos, del mismo modo que *Lawrence v. Texas* (2003), que declaró inconstitucional la criminalización de la homosexualidad por vulnerar el derecho a la privacidad y la autonomía personal, y *Obergefell v. Hodges* (2015)³⁷, que creó el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, se apoyan en *Roe* y *Casey*³⁸.

A partir de esta vinculación entre *Roe* y *Casey*, de un lado, y las Sentencias *Griswold*, *Lawrence* y *Obergefell*, de otro, para Alito es relevante determinar si puede establecerse algún tipo de diferenciación entre un grupo de decisiones y otro. Y es que, si *Griswold*, *Lawrence* y *Obergefell* siguen la misma lógica que *Roe* y *Casey*, pueden ser expresión de un entendimiento consolidado de la Cláusula del Debido Proceso, por lo que el derecho al aborto debe considerarse incluido en la XIV Enmienda, o ser otros ejemplos de razonamiento incorrecto del Tribunal que debe ser revisado en cuanto haya un caso que dé oportunidad a la Supreme Court de restaurar el sentido originario de la mencionada XIV Enmienda.

De hecho, aunque desde posiciones contrapuestas, esto está presente en los votos particulares de los jueces Kavanaugh, Thomas, Breyer, Sotomayor y Kagan.

No es casualidad que esta consideración constituya uno de los principales argumentos del voto particular conjunto firmado por Breyer, Sotomayor y Kagan, quienes sostienen que el Supremo ha vinculado el derecho al aborto «por décadas a otras libertades establecidas que involucran la integridad corporal, las relaciones familiares y la procreación», y que «esos derechos llevaron, más recientemente, a los derechos de intimidad y matrimonio entre personas del mismo sexo», por lo que «todos son parte del mismo tejido constitucional, protegiendo la toma de decisiones autónoma sobre las decisiones más personales de la vida»³⁹. Se trata de derechos completamente interrelacionados⁴⁰, que «definen atributos de la personalidad»⁴¹, de tal modo que llevada a sus consecuencias lógicas el razonamiento de Alito pondría en riesgos derechos no enumerados pero establecidos por el Tribunal, como el derecho al matrimonio

³⁷ A este respecto, vid. el comentario de David Delgado Ramos a la citada Sentencia (Delgado Ramos, 2017).

³⁸ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 32.

³⁹ Voto particular discrepante de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, pp. 4 y 5.

⁴⁰ Voto particular discrepante de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 20.

⁴¹ Voto particular discrepante de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 22.

interracial, el derecho al acceso a anticonceptivos, el derecho a la práctica de la homosexualidad o el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo⁴².

A conclusiones parcialmente semejantes llega el juez Thomas, quien en su voto particular concurrente señala que lo que debe hacer el Tribunal, en cuanto tenga ocasión, es revisar completamente su doctrina sobre reconocimiento de derechos a partir de la Cláusula de Proceso Debido de la XIV Enmienda⁴³. Para Clarence Thomas, hablar de Debido Proceso Sustantivo carece de justificación constitucional, contribuyendo a que los jueces suplanten al pueblo, pues para identificar derechos fundamentales en esa cláusula los Tribunales deben recurrir más a razonamientos de política legislativa que de interpretación jurídica⁴⁴. Además, para Thomas el Debido Proceso Sustantivo introduce distorsiones en otras áreas del derecho constitucional, pues en función de razonamientos valorativos del Tribunal cambia el estándar de justificación que debe pasar una norma aprobada por los representantes de los ciudadanos limitando alguno de esos derechos para no ser inconstitucional⁴⁵.

Por su parte, Kavanaugh sostiene que la anulación de Roe y Casey no implica que el Tribunal Supremo vaya a anular los precedentes citados por Thomas y por Breyer, Sotomayor y Kagan en sus respectivos votos particulares⁴⁶, si bien no proporciona argumentos para concluir que no será así en el futuro, y mucho menos que no deba ser así.

A diferencia de los firmantes de los votos particulares, Alito —y con él la mayoría del Tribunal— sí identifica una diferencia sustancial entre el caso del aborto y los de los precedentes que hemos comentado: la existencia de un tercero afectado por el derecho al aborto, tercero que Roe llamó «vida potencial» y la ley de Mississippi de la que trae causa la Sentencia Dobbs «ser humano no nacido»⁴⁷.

Sin embargo, en mi opinión el razonamiento de Alito no es del todo coherente con su intento de presentar al Tribunal Supremo como neutral en relación con el aborto, pues en la medida en que todo derecho conlleva obligaciones para

⁴² Voto particular discrepante de los Jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, pp. 24-29.

⁴³ Voto particular del Juez Thomas, p. 3.

⁴⁴ Voto particular del Juez Thomas, p. 4.

⁴⁵ Voto particular del Juez Thomas, pp. 5 y 6.

⁴⁶ Voto particular del Juez Kavanaugh, pp. 10 y ss. Kavanaugh añade, además, una reflexión que parece más dirigida a calmar a parte de la opinión pública que a mejorar su argumentación jurídica. Así, llega a afirmar que si como consecuencia de la Sentencia Dobbs algunos Estados prohibieran el aborto, no podrían prohibir que mujeres que desean abortar viajen a Estados con legislaciones permisivas, amparadas en el derecho a los viajes interestatales.

⁴⁷ Opinión de la mayoría, con ponencia del juez Samuel Alito, p. 32.

terceros, no puede sostenerse que en los precedentes citados por los votos particulares no hay terceros afectados⁴⁸. Si la diferencia estriba en que en el caso del aborto el tercero afectado lo es de un modo irreversible, precisamente porque su vida es sacrificada, entonces lo que podría haberse planteado el Tribunal es si el no nacido queda incluido en la categoría de personas cuya vida, propiedad y libertad está protegida por la XIV Enmienda.

IV. CONCLUSIÓN

En general, y con la salvedad apuntada de la referencia innecesaria a una hipotética extensión de la doctrina formulada en *Dobbs* a otros derechos, me parece que Alito acierta tanto en el resultado como en la argumentación de la Sentencia. De un Tribunal con funciones materialmente constitucionales se espera que pacifique conflictos jurídico-políticos, al menos en la medida de lo posible.

Afirmar la constitucionalidad de la ley de Mississippi sin analizar la corrección de *Roe* y *Casey* habría devuelto el asunto al Tribunal, pues en su estrategia contra el aborto los legisladores de diversos Estados han ido aprobando leyes que llevaban al límite lo afirmado en las mencionadas Sentencias *Roe* y *Casey*; así, no es aventurado señalar que antes de un par de años el Tribunal habría tenido que decidir si una prohibición del aborto a partir de las 12 semanas sería compatible con *Roe* y *Casey*. Y, en caso de serlo y no derogar esas Sentencias, al poco tiempo habría tenido que decidir lo mismo respecto de una ley que lo prohibiera a partir de las 10, y luego de las 8, y así sucesivamente.

⁴⁸ De hecho, la presencia de terceros afectados fue uno de los argumentos del juez Roberts para disentir del reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en *Obergefell*. Así, en su voto particular señaló expresamente cómo el reconocimiento de dicho derecho podía conllevar riesgos para la libertad religiosa, ante la posibilidad de que creyentes que consideraran el matrimonio como una institución esencialmente heterosexual se vieran en la tesitura de seguir su conciencia o cumplir normas que les obliguen a participar, de un modo u otro, en un matrimonio entre personas del mismo sexo. Que eso era un riesgo real puede comprobarse fácilmente: en 2018, apenas tres años después de la Sentencia *Obergefell*, el Tribunal Supremo tuvo que enfrentarse a la cuestión de si la I Enmienda protegía la negativa a proporcionar servicios creativos, como hacer un pastel de boda personalizado para el matrimonio de una pareja homosexual, sobre la base de la libertad religiosa (*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*).

Por su parte, haber recurrido al originalismo podría haber llevado a Alito a concluir que en la XIV Enmienda, cuando garantiza a toda persona la vida, libertad y la propiedad, el término persona incluía como significado original a los no nacidos, con lo que el aborto quedaría a priori fuera del marco constitucional⁴⁹. Si de acuerdo al sentido público originario de la XIV Enmienda los niños por nacer son personas en sentido constitucional y por tanto merecedores de un derecho a igual protección por las leyes el Tribunal debería haber afirmado que la ley de Mississippi no era meramente permisible en términos constitucionales, sino requerida por la norma fundamental.

Con todo, y sin descartar que esa sea la interpretación correcta de la XIV Enmienda aplicando la teoría originalista, esa conclusión habría sido problemática, pues habría implicado ir más allá de lo que se le preguntaba al Tribunal en el caso *Dobbs*.

No puede olvidarse que el Tribunal Supremo de EE. UU., como todo Tribunal que tiene la última palabra en contenciosos constitucionales, tiene una indudable dimensión política, pues resuelve controversias de naturaleza política. Esto es más acusado cuando debe pronunciarse sobre materias que dividen a la opinión pública, por lo que para cumplir verdaderamente con su función pacificadora debe poner especial cuidado en mantener un consenso básico político-constitucional y velar por la fuerza persuasiva y la mesura de sus sentencias.

A fin de cuentas, todo órgano dotado de autoridad debe ejercerla precisamente en la medida en que le ha sido otorgada por la ley que gobierna la comunidad política, por lo que reconducir el poder del Tribunal Supremo a sus propios términos —en definitiva, someterlo también al imperio del Derecho— no deja de ser a su vez una exigencia de justicia natural⁵⁰.

Bibliografía

- Bork, R. (1986). The Constitution, Original Intent, and Economic Rights. *San Diego Law Review*, 23, 823-832.
- Coney Barrett, A. (2020). Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis: Redux. *Case Western Reserve Law Review*, 70 (4), 855-869.
- Delgado Ramos, D. (2017). Obergefell contra Hodges: la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista de Derecho Político*, 99, 325-356. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19314>.

⁴⁹ Finnis (2021), Finnis y George (2021).

⁵⁰ George (2001).

- Finnis, J. (2021). Abortion is unconstitutional. *First Things*, 4-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3yVjfSM>. FALTA DIA
- Finnis, J. y George, R. P. (2021). *Brief of Amici Curiae, Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in support of petitioners*. Disponible en: <https://bit.ly/3MOEHyp>.
- George, R. P. (2001). Natural Law, the Constitution and the theory and practice of judicial review. *Fordham Law Review*, 69 (6), 2269-2283.
- Scalia, A. (2017). *Interpreting the Constitution. Scalia Speaks. Reflections on Law, Faith and Life Well Lived*. Nueva York: Crown Forum.
- Smith, M. L. (2023). Abandoning Original Meaning. *Albany Law Review*, 36, 1-58. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4211660>.
- Sunstein, Cass (2022). Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism. *Harvard Public Law Working Paper*, 22(14), 1-12. Disponible en: <https://bit.ly/3D9O317>.