

# COMO CAMARONES ASUSTADOS. UN SALTO ATRÁS DE CIEN AÑOS EN LA AFIRMACIÓN DE LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS DE LA MUJER

Like scared shrimp. A leap back a hundred years in the affirmation of equality and women's rights

---

**Dra. Susanna Pozzolo**

Profesora Ordinaria de Filosofía del Derecho  
Universidad de Génova (Italia)  
<https://orcid.org/0000-0002-8566-517X>  
susanna.pozzolo@unibs.it

---

**Dr. Giacomo Viggiani**

Profesor Asistente de Filosofía del Derecho  
Universidad de Brescia (Italia)  
<https://orcid.org/0000-0003-2843-4188>  
giacomo.viggiani@unibs.it

## **Resumen**

Basándose en la reciente sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation* del Tribunal Supremo de EE. UU., esta contribución pretende mostrar cómo el proceso de control sobre el cuerpo femenino y la reproducción humana es una técnica biopolítica, una modalidad que hace hincapié en motivos culturales, de mercado y sociales, al tiempo que intenta justificarse a través de la supuesta naturaleza de las propias mujeres.

**Palabras claves:** género y derecho; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation*; control sobre el cuerpo femenino; reproducción humana; biopolítica.

## **Abstract**

Drawing on the recent judgment in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* of the Supreme Court of the United States, in this contribution we intend to show how the process of control over the female body and human reproduction is a biopolitical technique, a modality that highlights cultural, market and social motives, while attempting to self-justify through the presumed

nature of the woman herself.

**Keywords:** gender and law; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation*; control over the female body; human reproduction; biopolitics.

## Sumario

1. Introducción. 2. Una historia americana: los cuerpos de las mujeres y la inmigración procedente de Europa. 3. *Roe v. Wade*: un equilibrio incierto. 4. El "precio" de la libertad. 5. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. 6. Reflexiones finales. **Referencias bibliográficas.**

## 1. INTRODUCCIÓN

El término "overruling" en las jurisdicciones de *common law* se refiere al abandono, a menudo por un tribunal de última instancia, de una dirección interpretativa previamente aceptada y vinculante para todos los demás tribunales subordinados. Esto es lo que ocurrió el pasado junio de 2022, cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos reformó su histórico precedente *Roe v Wade*<sup>1</sup> en materia de derechos reproductivos. De hecho, en la nueva sentencia del caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*,<sup>2</sup> los jueces supremos negaron que la Constitución federal ampare el supuesto derecho de la mujer a decidir si quiere llevar adelante un embarazo, dejando de hecho carta blanca a los distintos Estados para regular la cuestión como consideren oportuno. El reciente pronunciamiento ha revitalizado inmediatamente un debate, que nunca ha estado del todo inactivo, sobre el derecho al aborto y los derechos reproductivos en general en Estados Unidos. Mientras que la acuñación de estos últimos es relativamente reciente, y sigue a la espera de un estatuto definitorio claro y compartido, el tema más general de la reproducción humana y su regulación, en la encrucijada de normas y creencias, es en cambio una cuestión mucho más antigua y común a muchas culturas.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> El presente trabajo en versión italiana con el título *Come gamberi spaventati. Un balzo indietro di cent'anni nell'affermazione dell'uguaglianza e dei diritti delle donne* ha sido publicado en la revista *Questione Giustizia - Rivista trimestrale Associazione Magistratura democratica*, 4, 2022, pp. 134-148. Aunque el artículo es fruto de una reflexión conjunta de los dos autores, conviene explicar, por razones burocráticas, que los apartados 2, 5 y 6 fueron redactados por Susanna Pozzolo, y los apartados 1, 3 y 4 por Giacomo Viggiani.  
410 U.S. 113 (1973).

<sup>2</sup> 597 U.S. \_\_\_\_ (2022).

<sup>3</sup> TREICHLER, P. A., "Feminism, Medicine, and the Meaning of Childbirth", en M. Jacobs, E. Fox Keller,

De hecho, la necesidad de preservar la sociedad ha exigido una atención y un cuidado específicos de la maternidad desde la Antigüedad. Sin embargo, si podemos imaginar cómo la cultura se doblegaba ante la fisiología en la Antigüedad, es bueno constatar que, desde hace varios siglos, por el contrario, ha sido la cultura la que ha colocado supuestas razones fisiológicas en la base de sí misma. Así, aunque la reproducción siempre ha sido objeto de interés y debate, con el paso del tiempo han cambiado los motivos de la atención y los objetivos de las normas establecidas para regularla.

Basándose en la sentencia *Dobbs*, esta contribución pretende mostrar cómo el proceso de control sobre el cuerpo femenino y la reproducción humana es una técnica biopolítica, una modalidad que pone de relieve motivos culturales, de mercado y sociales, al tiempo que intenta justificarse a través de la presunta naturaleza de las propias mujeres.

## **2. UNA HISTORIA AMERICANA: LOS CUERPOS DE LAS MUJERES Y LA INMIGRACIÓN PROCEDENTE DE EUROPA**

La historia de la regulación de la vida de las mujeres es un libro con muchos capítulos, susceptible de diferentes reconstrucciones. Para lo que aquí interesa, una clave muy significativa es la relativa al desarrollo del método científico que a lo largo de los dos últimos siglos, ha ido ampliando progresivamente su ámbito de aplicación e interés a la dinámica del parto, al feto y, más en general, a la "materialidad" del cuerpo femenino. En particular, parece interesante observar la atención médica que, en Estados Unidos, ya en el siglo XIX, pero sobre todo a partir de la primera parte del siglo XX, se prestó al parto y, obviamente, a la posibilidad en desarrollo de la fecundación *in vitro*. Esta focalización en la maternidad no podía dejar de tener importantes repercusiones incluso en la cuestión más controvertida, pero sobre todo en el centro de intereses contrapuestos (cuando no opuestos), de la actitud reguladora de la interrupción del embarazo, que, de hecho, en Estados Unidos ha tenido una regulación y sobre todo una práctica muy fluctuante. A principios del siglo XIX, por ejemplo, no existía ninguna regulación real que ordenara la materia, que se basaba en el principio del llamado "*quickenning*", una norma de origen jurisprudencial, transportada por el *Mayflower* desde Inglaterra a las nuevas colonias de ultramar. La palabra *quickenning* significaba la percepción por parte de la embarazada del movimiento del feto y con eso se quedaba fijado el punto en el que ya no se podía interrumpir el embarazo. La teoría afirmaba, en otras palabras, que

---

S. Shuttleworth (eds.), *Body/Politics. Women and the Discourse of Science*, pp. 113-138, p. 113.

ese movimiento daba “prueba” del embarazo y de una existencia que se consideraba separada y autónoma de la madre. Antes de este acto de cognición biológica, las mujeres no estaban limitadas en sus decisiones sobre su propio cuerpo; después de él, una vez asumida la viabilidad del feto como posible existencia independiente, la interrupción del embarazo se convertía en una acción delictiva, en primer lugar, para quienes habían “operado” sobre el cuerpo de la mujer.<sup>4</sup>

Históricamente, dada la precariedad de la vida y de la comunidad humana, asolada por guerras y pestes, el interés por proteger la posibilidad de un nuevo nacimiento parece obvio, pero no hay un enfoque específico sobre el feto, aunque la reflexión sobre el origen de la vida tiene una larga historia, especialmente como método de control social. El mencionado *quickenin*<sup>5</sup> se establece como criterio *ante litteram* y se remonta a la época de las *polis* griegas, cuando ARISTÓTELES la define como el momento en que la vida de un animal se convierte propiamente en humana. La centralización del poder médico, que trajo consigo el desarrollo de la medicina moderna, chocó, sin embargo, incluso en épocas recientes, con las dificultades económicas de las clases más humildes, por lo que encontramos numerosos volúmenes de medicina “doméstica”, pensados para quienes no podían permitirse un médico;<sup>6</sup> volúmenes que ofrecen indicaciones prácticas sobre cómo proceder para evitar el embarazo “forzado” antes de que se desencadene el *quickenin*. El aborto, en definitiva, antes de las leyes de finales del siglo XIX, no era ni infrecuente ni desconocido para las mujeres estadounidenses, aunque numéricamente incuantificable por falta de estadísticas. Los testimonios están ahí, al igual que los textos escritos, indicio de que había un público potencialmente interesado al que dirigirse.

En las décadas entre 1820 y 1830 comenzaron a aparecer leyes destinadas a circunscribir la práctica del aborto, especialmente en relación con el uso de

---

<sup>4</sup> En particular, este modo de regulación estaba vinculado al desarrollo de la naciente industria farmacéutica y a la batalla por las futuras patentes, especialmente a la difusión de nuevos venenos que también se estaban probando para prácticas abortivas, este ámbito era también un campo de formación médica. En relación con la batalla por las patentes, §5 “La piratería farmacéutica y el origen de las patentes médicas”, en JOHNS, A., *Piratería. Las luchas por la propiedad intelectual de Gutenberg a Gate*.

<sup>5</sup> BRIND’AMOUR, C., “Quickenin”, en *The Embryo Project Encyclopedia*, disponible en <https://embryo.asu.edu/pages/quickenin>

<sup>6</sup> Un clásico era S. K. JENNINGS, *The Married Lady's companion: or Poor man's friend*, de 1808. Disponible en <https://wellcomecollection.org/works/d2b5tjkj/items?canvas=5>. Una síntesis se puede leer en <http://nationalhumanitiescenter.org/pds/livingrev/equality/text4/jennings.pdf>

decocciones y venenos, experimentos galénicos que formaban parte del mencionado desarrollo de la farmacología moderna, pero que ponían en peligro la propia vida de la mujer embarazada. No puede decirse que estas leyes tuvieran el resultado deseado: el uso de medicamentos galénicos dio paso a frecuentes casos de infecciones, debido a la introducción de instrumentos mecánicos para lograr la expulsión del feto. En consecuencia, la tasa de mortalidad entre las mujeres era muy elevada. Para la naciente medicina moderna, el aborto era una operación como otras en las que se practicaba el estudio de la cirugía, como atestigua MOHR: *"the evolution of abortion policy in the United States was inextricably bound up with the history of medicine and medical practice in America, and would remain so through the rest of the nineteenth century"*.<sup>7</sup> De hecho, MOHR vuelve a señalar que el aborto fue la primera "especialización" de los médicos y también por este motivo se convirtió en un auténtico negocio al difundirse la práctica y hacerse muy visible. Una difusión que poco a poco fue abarcando a todas las clases sociales y se convirtió en un verdadero instrumento de "contención" familiar. A partir de la década de 1840, la práctica del aborto involucró abiertamente a la clase alta, convirtiéndose en un método practicado por mujeres blancas, casadas, no inmigrantes y principalmente protestantes.

Tras la guerra civil, se inició una campaña a favor del embarazo forzado, que se utilizó como instrumento contra la inmigración católica. De hecho, los nuevos emigrantes procedentes de Europa, de Irlanda, por ejemplo, eran especialmente fértiles, hasta el punto de que se extendieron ideologías que temían la sustitución étnica de los antiguos colonos protestantes, que ya mostraban un descenso natural de la natalidad debido al crecimiento del nivel de riqueza. El aborto se convirtió entonces en objeto de acalorados debates. Defensores étnico-religiosos como Horatio STORER<sup>8</sup> advirtieron contra los inmigrantes católicos, cuyas familias numerosas podrían abrumar a la población blanca protestante.<sup>9</sup> El tono vehemente de STORER se dirigía, en particular, a las mujeres que luchaban por la igualdad, por el reconocimiento de sus derechos en pie de igualdad con los hombres, y afirmaba que *"marriage, where the parties shrink*

---

<sup>7</sup> MOHR, J. C., *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900*, p. 31.

<sup>8</sup> STORER, H. R., "On the Decrease of the Rate of Increase of Population, Now Obtaining in Europe and America", *American Journal of Science and Arts*, Vol. XLIII, March, 1867, disponible en <https://collections.nlm.nih.gov/ext/dw/101505674/PDF/101505674.pdf>

<sup>9</sup> Sobre este asunto, *Brief for amici curiae american historical association and organization of american historians in support of respondents* en el caso *Dobbs*, especialmente en p.20 y ss., 3 diciembre 2022, disponible en [https://www.oah.org/site/assets/files/14207/2021\\_09\\_20\\_19-1392\\_brief\\_for\\_amici\\_curiae\\_aha\\_and\\_oah\\_historians\\_brief\\_-\\_filed.pdf](https://www.oah.org/site/assets/files/14207/2021_09_20_19-1392_brief_for_amici_curiae_aha_and_oah_historians_brief_-_filed.pdf)

*from its highest responsibilities, is nothing less than legalized prostitution*”:<sup>10</sup> Lo que el discutió, en otras palabras, fue la conveniencia política de imponer embarazos forzados a las mujeres para que “desempeñaran su papel” en el conflicto entre grupos étnico-religiosos. Las mujeres, en resumen, fueron descritas como culpables de reducir la tasa de natalidad.<sup>11</sup> El embarazo forzado en los Estados Unidos de finales del siglo XIX es, por tanto, un símbolo actuado contra el feminismo naciente, acusado de no servir a los intereses de la nación<sup>12</sup> y de querer *poner a la mujer en el lugar del hombre*, difundiendo así *ideas insidiosas sobre los nuevos deberes de la mujer*, como la idea de que *era importante luchar por el voto y participar en la actividad legislativa*, lo que reducía el compromiso con los *deberes propios y necesarios de la mujer*, es decir, el embarazo y la maternidad.<sup>13</sup> Por lo tanto, es evidente en estos años cómo se centra la atención exclusivamente en el control social de la mujer y cómo las normas y los intentos de regular el cuerpo femenino se centran retóricamente en la fisiología de la mujer, aunque no tengan nada que ver con esta cuestión. Este aspecto es un *leitmotiv* de la moderna narrativa judicial y política del aborto en Estados Unidos, que desvía así la atención de la cuestión de la igualdad de consideración y respeto entre hombres y mujeres.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Ivi, p. 21.

<sup>11</sup> Una política del cuerpo, una biopolítica diría tal vez FOUCAULT, que observamos hoy en Turquía, por ejemplo, donde el aborto está previsto por la ley como una libre elección hasta la décima semana, pero que poco a poco se hace imposible por la política contra el descenso de la natalidad. Un tipo de política que muestra cómo el sistema se preocupa sobre todo por el número de la población que, como en Estados Unidos, en aquellos años estaba descendiendo: las mujeres estadounidenses tenían menos hijos que en el pasado, un planteamiento que hoy encontramos claramente en la política *pro-life* de Erdogan, puesto que la caída de la natalidad en Turquía preocupa al *establishment* y quiere distanciarse de la asombrosa europea. Sin embargo, como demuestra el caso de Turquía, la introducción en 1965 del libre acceso al aborto eliminó una prohibición que hasta entonces provocaba “simplemente” la muerte de al menos 12 000 mujeres al año por complicaciones tras operaciones inseguras. Cfr. O’NEIL, M. L., “The availability of abortion at state hospitals in Turkey: A national study”, *Contraception*, No. 95/2017, pp. 148-153; MACFARLANE, K. A.; M. L. O’NEIL, D. TEKDEMIR, E. ÇETIN, B. BILGEN, A. M. FOSTER, “Politics, policies, pronatalism, and practice: availability and accessibility of abortion and reproductive health services in Turkey”, *Reproductive Health Matters*, No. 24/2016, pp. 62-70.

<sup>12</sup> STORER, H. R., *Why not? A book for every woman*, p. 85.

<sup>13</sup> MOHR, C., *Abortion in America...*, cit., p. 105, citado por PALLER, M. A., “Foeticide or Criminal Abortion”, *The Medical Archives*, No. 3/1869, pp. 205-206: “Woman’s rights’ now are understood to be, that she should be a man, and that her physical organism, which is constituted by Nature to bear and rear offspring, should be left in abeyance, and that her ministrations in the formation of character as a mother should be abandoned for the sterner rights of voting and law making”.

<sup>14</sup> El debate alrededor de *Equal Right Amendment* tiene ya casi un siglo.

Los argumentos biológicos y naturalistas en los años entre los dos siglos se refuerzan, haciendo invisible a la *persona-mujer* detrás del poder médico, que progresa, y cuyas analíticas tienden a reconstruir cada vez más el cuerpo como un ensamblaje de partes; una ideología que tiene diversas implicaciones, algunas ciertamente positivas como en el caso de los trasplantes de órganos. Sin embargo, también es una modalidad que favorece la desaparición de la mujer *como unidad*, en este sentido, como persona, apoyada por una ideología médica que, a principios del siglo xx, se centraba cada vez más en la maternidad y el parto. Una ideología que presenta estos acontecimientos como traumáticos y arriesgados, transmitiendo la imagen del embarazo como un proceso anormal que hay que controlar. Esto neutraliza la autoridad del saber de las mujeres, que durante miles de años han reproducido la especie humana.<sup>15</sup>

El desarrollo de la tecnología sanitaria, impulsado por la expansión simultánea del mercado, transforma el significado y la percepción del propio acto reproductivo. De los documentos, luchas y declaraciones se desprende que la razón subyacente es el control, que FOUCAULT define como “biopolítico” del cuerpo, especialmente del fenómeno reproductivo, que se imagina y planea arrebatar a las propias mujeres.<sup>16</sup> El cuerpo de la mujer y su funcionamiento están regulados como en el proceso industrial, desde la menstruación hasta la menopausia, todo debe ser regular y regulado, medicalizado. Este proceso, que sin duda también tiene aspectos positivos, favorece paradójicamente la naturalidad de la maternidad, al tiempo que oscurece a su protagonista y el carácter social de la regulación. No hay que olvidar que aquellos fueron los años de la lucha de las mujeres por el voto y también, por parte de las trabajadoras, por las condiciones de trabajo y el entorno en el que vivía su prole.<sup>17</sup>

En el proceso resignificatorio y biopolítico favorecido por el poder médico, la mujer-persona queda cada vez más en la sombra y se produce una fractura que no será recompuesta ni siquiera por los movimientos feministas de los años 60-70 del siglo xx. La erosión de la mujer como unidad-persona desde la centralidad del proceso reproductivo está obviamente correlacionada también con el desarrollo de técnicas que la convierten, cada vez más, en un “caldo de cultivo alternativo – un terreno vivo”: “*a genuinely feasible version of the*

---

<sup>15</sup> TREICHLER, P. A., *Feminism, Medicine...*, cit.

<sup>16</sup> FILIPPINI, N., *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*.

<sup>17</sup> CARTER, P., “Guiding the Working-Class Girl: Henrietta Rodman’s Curriculum for the New Woman, 1913”, *Frontiers: A Journal of Women Studies*, No. 38/2017, pp. 124-155.

*alchemists' old dream of reproducing the seed of The Father with no help from females*”<sup>18</sup>

### 3. ROE V. WADE: UN EQUILIBRIO INCIERTO

A nivel jurídico, el reconocimiento del derecho al aborto en Estados Unidos llegó a través de lo que se ha denominado la *new privacy jurisprudence*.<sup>19</sup> A partir de los años sesenta del siglo pasado, en efecto, empezó a surgir la idea de que el derecho a la intimidad, entendido hasta entonces únicamente como la protección de los datos personales contra la fotografía o el periodismo intrusivos (la llamada *information privacy*<sup>20</sup>), podía ampliarse para incluir las decisiones más íntimas de una persona, transformándose así en un verdadero derecho a la autonomía (la llamada *fundamental decision privacy*<sup>21</sup>).

La transición entre las dos declinaciones del derecho a la intimidad la registra oficialmente el Tribunal Supremo cuando debe pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de una ley del Estado de Connecticut, destinada a sancionar cualquier conducta encaminada a impedir/prevenir la concepción, aunque sólo sea de carácter informativo. En *Griswold v. Connecticut*,<sup>22</sup> los jueces supremos encontraron, en la “penumbra” de los derechos explícitamente sancionados por la Decimocuarta Enmienda, un derecho de libertad el derecho a ser dejado en paz, que incluye la autodeterminación procreadora (para la pareja casada). La postura se reiteró posteriormente en el caso *Eisenstadt v. Baird*,<sup>23</sup> en 1972, que amplió el derecho a la intimidad así entendido a las parejas no casadas, y de nuevo en el caso *Carey v. Population Services International*,<sup>24</sup>

---

<sup>18</sup> TREICHLER, P. A., *Feminism, Medicine...*, cit., p. 130; COREA, G., *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*.

<sup>19</sup> WESTIN, A., *Privacy and Freedom*.

<sup>20</sup> DANIEL J. SOLOVE en su introducción (*The Legacy of Privacy and Freedom*) al volumen de Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom* (lg Publishing, N.Y., 2018) recuerda que el volumen ha sido una de sus más importantes aportaciones para establecer la “information privacy”, que podríamos llamar también la *american privacy*.

<sup>21</sup> INNESS, J. C., *Privacy, Intimacy and Isolation*; BOLING, P., *Privacy and the Politics of Intimate Life*.

<sup>22</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>23</sup> 405 U.S. 438 (1972).

<sup>24</sup> 431 U.S. 678 (1977).

en 1977, que lo amplió aún más para incluir las opciones procreativas de los menores de edad.<sup>25</sup>

En poco más de diez años, *Griswold*, *Eisenstadt* y *Carey* revolucionaron así el panorama jurídico estadounidense, reconociendo la libertad del individuo para tomar decisiones sexuales y procreativas. Sin embargo, sigue habiendo cierta resistencia a incluir el derecho al aborto en este ámbito, tanto porque el estatus jurídico del feto sigue siendo ambiguo como, según algunas interpretaciones, porque podría representar un trato desigual con respecto a los hombres: mientras que el uso de anticonceptivos concierne a todos, el derecho al aborto sólo afectaría a las mujeres y, por tanto, se trata de reconocer a estas el ejercicio de un derecho que los hombres no pueden compartir;<sup>26</sup> al igual que, por el contrario, los hombres no habrían podido someterse a un embarazo forzado, pero, como veremos de nuevo, el plan de igualdad permaneció ausente de las reflexiones del Tribunal Supremo.

Tras vaivenes en los tribunales inferiores, el Tribunal Supremo accede a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la prohibición del aborto en el Código penal del Estado de Texas.<sup>27</sup> En *Roe v. Wade*,<sup>28</sup> el juez Blackmun, ponente de la mayoría del Tribunal, comienza su razonamiento con una reconstrucción histórica del tratamiento del aborto desde el mundo antiguo, pasando por el derecho penal de la nación y llegando finalmente a Estados Unidos. Adoptando una perspectiva histórico-recuperadora, en la estela de los argumentos *originalistas*, señala que antes de 1870 no existían prohibiciones explícitas de la

---

<sup>25</sup> Para una reconstrucción más detallada de la evolución del derecho a la *privacy* en relación con la esfera sexual, véase GARROW, D. J., *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*.

<sup>26</sup> La misma cuestión se abordó en relación con los permisos laborales por embarazo y maternidad y dio lugar a un animado debate en el seno del propio movimiento feminista. Cfr. FINLEY, L. M., "Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate", *Columbia Law Review*, No. 86/1986, pp. 1118-1182; WEISSMANN, A., "Sexual Equality under the Pregnancy Discrimination Act", *Columbia Law Review*, No. 83/1983, pp. 690-726; KAY, H. H., "Equality and Difference: The Case of Pregnancy", *Berkeley Women's Law Journal*, No. 1/1985, pp. 1-38.

<sup>27</sup> Salvo en los casos en que la propia vida de la mujer embarazada corría peligro como consecuencia del embarazo, el aborto era una práctica generalmente prohibida en todo Estados Unidos, independientemente del consentimiento de la mujer implicada.

<sup>28</sup> Para un comentario véase ELY, J. H., "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*", *The Yale Law Journal*, No. 82/1973, pp. 920-949. Véase también, SCHAMBELAN, B., *Roe v. Wade*, que comenta también *Doe v. Bolton*. Para una reflexión acerca de *Roe v. Wade* en perspectiva se reenvía a MCCORVEY, N. y A. MESLER, *I Am Roe: My Life, Roe v. Wade, and Freedom of Choice*.

interrupción del embarazo en Estados Unidos y que, por tanto, la penalización del aborto parece ser una introducción relativamente reciente.

A continuación, Blackmun se pregunta por qué se introdujeron tales prohibiciones en el siglo pasado, identificando tres posibles justificaciones: 1) desalentar los actos sexuales ilícitos o inmorales; 2) proteger la salud de las mujeres; y 3) el interés del Estado en proteger la vida prenatal. Aunque excluye inmediatamente la primera, por ser incompatible con un Estado liberal, analiza las dos restantes con más detalle. En cuanto a la segunda, Blackmun señala cómo los temores sobre la supervivencia de las mujeres tras un aborto en una época anterior a la invención de la antisepsia y los antibióticos estaban razonablemente fundados. Hoy, sin embargo, la situación le parece que ha cambiado, y si el objetivo sigue siendo proteger la seguridad física de la embarazada, el Estado debería, si acaso, regular la práctica para evitar que se lleve a cabo en peligrosos contextos clandestinos.

Digno de interés y significativo es el concepto de salud que Blackmun hace suyo. Lo entiende en un sentido más amplio que el simple daño físico e inmediatamente tangible, incluyendo las implicaciones psicológicas del embarazo y el parto:

*“Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by childcare. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically, and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation”<sup>29</sup>*

Todo ello tendería, por tanto, al reconocimiento de un derecho al aborto en el marco más amplio de las opciones reproductivas. Sin embargo, Blackmun reconoce la legitimidad de la tercera de las posibles justificaciones, a saber, la del interés del Estado en proteger la vida prenatal, señalando así un posible conflicto entre principios constitucionales. El análisis de la Decimocuarta Enmienda lleva al juez, después de citar varias disposiciones, a argumentar que *“in nearly all these instances, the use of the word [person] is such that it has application only postnatally. None indicates, with any assurance, that it has any pos-*

---

<sup>29</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), 153.

*sible pre-natal application*”.<sup>30</sup> Sin embargo, afirma Blackmun, es razonable que el Estado introduzca en la valoración del interés de la intimidad, además de la salud de la madre, la salud de la vida humana potencial, porque la intimidad de la mujer ya no es tan exclusiva como lo sería en otras situaciones íntimas. El juez afirma que no es necesario “*resolve the difficult question of when life begins*”;<sup>31</sup> por lo que no se trata de que el Tribunal ofrezca una definición de vida humana para dirimir los conflictos entre las distintas ciencias. Si bien, señala Blackmun, está claro que siempre ha existido un interés en la protección de la vida, no está tan claro que esto se extienda a antes del nacimiento. En efecto, tras un examen histórico, el juez recuerda cómo tradicionalmente el Derecho de daños no reconoce la indemnización por daños a la vida prenatal<sup>32</sup> y que, cuando es posible una acción por homicidio culposo por daños prenatales, “[s]uch an action, however, would appear to be one to vindicate the parent’s interest and is thus consistent with the view that the fetus, at most, represents only the potentiality of life”;<sup>33</sup> sigue concluyendo, por tanto, que los no nacidos nunca han sido reconocidos por la ley como personas en sentido pleno. Evidentemente, si Blackmun hubiera optado por atribuir al feto la cualidad de “persona”, ello se habría traducido en una fuerte compresión de la autonomía procreativa de la mujer,<sup>34</sup> tal vez argumentando a partir del derecho a la vida, explícitamente protegido por el artículo 1 de la Constitución Federal, lo que sin embargo no parece ser obstáculo para la pena de muerte, aún prevista por muchos Estados. Dado que en cualquier caso no existe un acuerdo unánime sobre el comienzo de la vida humana, Blackmun prefiere adoptar una postura que proteja una libertad regulándola: la mujer tiene un derecho fundamental a decidir qué hacer con su embarazo, pero este derecho es pleno en el primer trimestre, mientras que en el periodo posterior crece el peso del interés estatal en proteger la vida potencial. El factor discriminante es el concepto de viabilidad, es decir, el momento en que el feto, incluso antes del final natural del embarazo, sería capaz de sobrevivir de forma independiente fuera del útero.

En el plano de la aplicación, esto lleva al juez remitente a dividir el tiempo de gestación en tres trimestres: en el primer trimestre, la decisión de abortar

---

<sup>30</sup> Ivi., p. 157, y p. 158, donde no se esclarece que la XIV Enmienda no incluye los no nacidos.

<sup>31</sup> Ivi, p. 159.

<sup>32</sup> Ivi. p. 161.

<sup>33</sup> Ivi. p. 162.

<sup>34</sup> Las recientes propuestas legislativas de algunos políticos italianos parecen intentar activar exactamente esta posibilidad.

siempre corresponde a la mujer (tras consultar al médico); en el segundo trimestre, el Estado puede imponer restricciones legítimamente, pero sólo si el objetivo es proteger la salud de la embarazada; en el tercer y último trimestre, el feto puede teóricamente sobrevivir fuera del útero en caso de parto prematuro y, por tanto, la interrupción del embarazo debe ser necesaria para preservar la vida o la salud de la madre. Por tanto, sólo en el último trimestre podría el Estado prohibir legítimamente la práctica del aborto.

Para los partidarios del derecho al aborto, *Roe* representó, evidentemente, una victoria mutilada. Si, por un lado, la extensión del derecho a la intimidad a la interrupción del embarazo fue ciertamente un éxito, porque dio cobertura constitucional a la opción reproductiva de la mujer embarazada, por otro lado, el concepto de viabilidad parecía peligroso a largo plazo, porque la técnica médica podría haber adelantado con el tiempo al segundo trimestre el momento en que el feto era viable. Pero la cuestión crítica también se escondía en el hecho de no enmarcar el problema en la cláusula de igualdad, como veremos.

Por su parte, en los años siguientes, los contrarios al derecho al aborto intentaron eludir el dictado del Tribunal introduciendo obstáculos y limitaciones a su ejercicio efectivo. Es el caso, por ejemplo, del Estado de Missouri, que, aunque reconoce formalmente el derecho de la mujer embarazada a decidir si interrumpe o no su embarazo, le exige obtener el consentimiento marital<sup>35</sup> y prohíbe los métodos de aborto más comunes; requisitos que el Tribunal Supremo declaró ilegales en 1976.<sup>36</sup> El primero porque, efectivamente, pondría en manos del marido un poder de veto sobre la decisión de su mujer de interrumpir un embarazo, cuando *Roe* ya había dejado claro que ni siquiera el Estado podía pretender nada parecido; el segundo porque, a falta de otros métodos abortivos disponibles en ese momento, constituiría un obstáculo insalvable e impediría de hecho que se obtuviera la interrupción de un embarazo. En otros casos, como el del Estado de Pensilvania, el intento de los adversarios de *Roe* es jugar con el significado, verdaderamente no del todo definido de *viability*, introduciendo valoraciones subjetivas del médico, que estaba obligado a dar preeminencia a la vida del feto incluso antes del segundo trimestre, jugando con la ambigüedad de los términos "*it is viable*" y "*it may be viable*" para el feto; una zona gris claramente destinada para disuadir a los médicos de practicar

---

<sup>35</sup> Se intenta no sacar a las mujeres de una condición de minoría, no reconociendo su igual dignidad, resucitando modalidades como la "autorización marital".

<sup>36</sup> *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

abortos hacia el final del segundo trimestre, por temor a sanciones penales, como señaló el Tribunal Supremo antes de declararlo ilegal en 1979.<sup>37</sup>

Con el inicio de la década de 1980, la libertad de la mujer a no verse obligada a un embarazo no deseado no dejó de sufrir ataques. Los jueces supremos se vieron obligados a declarar inconstitucional<sup>38</sup> una nueva ley del Estado de Ohio, que imponía a la mujer embarazada un periodo de reflexión de veinticuatro horas entre la firma del consentimiento informado y la práctica del aborto; consentimiento informado que, además, estaba construido de tal manera que intentaba disuadir a la demandante, ya que preveía que se le dijera a la mujer que el feto era un ser humano desde el momento de la concepción, junto con una descripción de sus funciones vitales y motoras en el momento del aborto, así como otra información sobre la asistencia que recibiría si decidía no abortar. En resumen, aunque la prestación del consentimiento informado es una medida constitucionalmente conforme, de hecho, necesaria, la información transmitida a la paciente constituía más bien una forma de frustrar la decisión de abortar.

Pero había más. La ley establecía la hospitalización obligatoria en centros autorizados a partir del segundo trimestre, ya que el aborto se consideraba más arriesgado en ese periodo que en el primero. Sin embargo, el Tribunal señaló que en Ohio la gran mayoría de las interrupciones del embarazo se realizaban en simples clínicas, mientras que había muy pocos hospitales autorizados. La práctica médica comúnmente aceptada tampoco consideraba necesario utilizar instalaciones o equipos especiales distintos de los ya presentes en las clínicas. Además, prosiguen los jueces, el avance de la medicina desde la época de *Roe* ha hecho menos peligrosa la interrupción del embarazo incluso en el segundo trimestre, por lo que sin duda puede practicarse también de forma ambulatoria. Sin embargo, al argumentar así, el Tribunal debilita la línea divisoria entre el primer trimestre y los demás trimestres, haciéndola borrosa. Si bien es cierto que la tecnología permitirá el aborto seguro en embarazos cada vez más avanzados, la misma tecnología permitirá que fetos cada vez más inmaduros sobrevivan fuera del útero. En resumen, existe el riesgo de que, con el tiempo, como señala la Juez O'Connor en su opinión disidente, la libertad de decisión de la mujer se vea cada vez más limitada por las posibilidades de supervivencia del feto, aumentando así el peso del supuesto interés del Estado a pesar del interés personal de la mujer, destacando cómo la estructura de la decisión

---

<sup>37</sup> *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979).

<sup>38</sup> *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983).

*Roe* estaba intrínsecamente ligada al estado de la tecnología médica existente en el momento en que surge el litigio concreto.<sup>39</sup>

Mientras que en los casos mencionados y en otros de contenido similar, el juez Blackmun había seguido actuando como ponente de la sentencia o, al menos, se encontraba del lado de la mayoría del Tribunal, en 1989 pasó a engrosar las filas de los jueces discrepantes. En *Webster v. Reproductive Health Services*,<sup>40</sup> aunque afirmaba no querer reformar formalmente *Roe*, de hecho, la nueva mayoría abandonó muchos de sus puntos fundamentales. La polémica surgió de nuevo a raíz de una ley del Estado de Missouri que, ya en su preámbulo, declaraba que la vida de todo ser humano comienza en la concepción y que toda disposición debe interpretarse de modo que garantice al embrión/feto los mismos derechos que a la mujer embarazada. A continuación ordenó que el médico, antes de interrumpir un embarazo de al menos veinte semanas, comprobara mediante pruebas diagnósticas si el feto era capaz de sobrevivir fuera del útero, en cuyo caso debía imponerse el embarazo forzado. El nuevo redactor de la sentencia, el juez conservador Rehnquist, no sólo no consideró ilegítima la postura moral sobre el inicio de la vida contenida en el preámbulo de la ley, sino que aprobó la disposición sobre la impracticabilidad del aborto en caso de feto viable, independientemente de la división en trimestres, que llegó a calificar de ilógica e indeterminable.

La predicción de la juez O'Connor se estaba haciendo realidad. Y, en efecto, en 1992 se consumó finalmente la ruptura con *Roe*. En *Casey v. Planned Parenthood*, aunque declara que no reformará *Roe*, el tribunal socava gravemente sus pilares. El Tribunal Rehnquist afirma que “[t]he question then is how best to accommodate the State’s interest in potential human life with the constitutional liberties of pregnant women”, y al igual que *Roe* no ignoraba la vida prenatal, en *Casey* no hay razón para no intentar persuadir a la mujer de que no aborte, respetando su libertad individual, escribe la juez Stevens. La elección sobre los propios derechos reproductivos sigue siendo una libertad fundamental de la mujer que “no puede dejarse en manos de las urnas”. Sin embargo, no sólo se confirma el abandono de la división en trimestres en favor de una distinción más genérica entre previabilidad y postviabilidad del feto, sino que se propone un acto de equilibrio que comprime la libertad de decisión de la mujer frente al interés del Estado en la protección de la vida potencial, al que por

---

<sup>39</sup> La opinión discrepante de la juez O'Connor puede leerse en <https://oconnorlibrary.org/supreme-court/akron-v-akron-ctr-for-reprod-health-1982>

<sup>40</sup> 492 U.S. 490 (1989).

tanto sucumbe dicha libertad cuando el feto se convierte en viable. Sólo en caso de peligro para la vida de la mujer embarazada podría el acto de *balance* tener un resultado diferente, porque el derecho a la vida de la persona prevalece sobre el derecho a la vida de quien sólo es potencialmente persona. En el caso de la previabilidad del feto, condición que debe verificarse caso por caso, la mujer sigue siendo libre de elegir si quiere seguir adelante con el embarazo, mientras que el Estado puede establecer límites o requisitos, siempre que no constituyan una carga excesiva (carga indebida) para quien, en cambio, decida abortar. Así, en el presente asunto, que afectaba de nuevo a Pensilvania, el Tribunal sostuvo, a diferencia de lo que había sucedido en el pasado, que la imposición de un intervalo de veinticuatro horas entre la firma del consentimiento informado y el aborto no era indebida, porque no suponía un obstáculo objetivo a la decisión de interrumpir el embarazo. De hecho, el Estado había alegado que el intervalo sólo servía para dar tiempo a la mujer a reflexionar adecuadamente sobre la acción que estaba a punto de realizar. Sin embargo, cabe preguntarse por qué se supone que el acto de acudir a un centro médico y firmar un consentimiento para abortar no es ya el resultado de una cuidadosa reflexión.<sup>41</sup>

#### 4. EL “PRECIO” DE LA LIBERTAD

A pesar de la progresiva compresión temporal de la autonomía decisoria observada desde *Roe* hasta *Casey*, la interrupción del embarazo sigue siendo una decisión libre de la mujer. ¿Pero a qué precio? Esto puede entenderse bien si se observa un tríptico de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el tema de la financiación pública de la prestación sanitaria a la que necesariamente hay que recurrir tras decidir abortar. De hecho, tras haber perdido la batalla en *Roe*, muchos Estados conservadores empiezan a negarse a subvencionar con fondos públicos la elección de la mujer embarazada, si es en el sentido de interrumpir el embarazo.

*Beal v. Doe*,<sup>42</sup> *Maher v. Roe*<sup>43</sup> y *Poelker v. Doe*,<sup>44</sup> aparte de sus diferencias individuales, pueden unirse por la decisión del Tribunal de no reconocer ninguna

---

<sup>41</sup> Una vez más, resurge el deseo de mantener a las mujeres en un estado de minoría y de falta de igualdad al no reconocerles la misma capacidad y dignidad que a los hombres.

<sup>42</sup> 432 U.S. 438 (1977).

<sup>43</sup> 432 U.S. 464 (1977).

<sup>44</sup> 432 U.S. 519 (1977).

obligación financiera pública en relación con el aborto. Y ello a pesar de que las diversas solicitantes se quejaban de que los elevados costes de la sanidad estadounidense las ponían en la tesitura de no poder interrumpir un embarazo de forma segura.<sup>45</sup> Significativo es el caso *Poelker*, en el que los jueces dan la razón al alcalde de St. Louis, señalando además que “[h]is policy of denying city funds for abortions such as that desired by Doe is subject to public debate and approval or disapproval at the polls. We merely hold, for the reasons stated in *Maher*, that the Constitution does not forbid a State or city, pursuant to democratic processes, from expressing a preference for normal childbirth as St. Louis has done.”<sup>46</sup>

Aparentemente paradójico, el razonamiento de la mayoría del Tribunal, entre los que no se encuentra Blackmun, se basa en la distinción orwelliana entre el derecho a elegir si se quiere abortar y el derecho al aborto.<sup>47</sup> Según esta línea de razonamiento, el impago de los servicios médicos no interpone ningún obstáculo a la decisión de abortar. Una mujer indigente es tan libre de elegir como lo es una mujer acomodada, mientras que la mayor dificultad a la que se enfrentaría sería indirecta e incidental, porque se produciría en un momento posterior a la decisión real de abortar o no. En otras palabras, no se priva a la mujer, aunque sea indigente, del derecho a decidir si abortar o no, independientemente de lo que le ofrezca el Estado. Esto en abstracto no obligaría a la mujer embarazada a proceder con el embarazo, sino que simplemente la “animaría” a hacerlo. En definitiva, una clara aplicación de la famosa frase de Anatole FRANCE: *La ley, en su majestuosa equidad, prohíbe tanto a los ricos como a los pobres dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar el pan.*

El argumento del Tribunal es obviamente engañoso. Tal vez podría defenderse si la autonomía de decisión consagrada en *Roe* fuera siempre una cuestión abstracta; pero el embarazo, tanto si termina en parto como en aborto, es una condición que siempre requiere asistencia médica. Financiar sólo una de estas dos opciones, es decir, el parto, impide elegir la otra, a menos que se disponga de recursos para sufragarla de forma privada o se recurra a instalaciones no reconocidas y, tal vez, a personal médico no cualificado. Si es cierto que la decisión de abortar la toma la mujer en su singularidad existencial, su eventual

---

<sup>45</sup> Inseguridad que en cierta medida también se está produciendo en Italia, donde el *Istituto Superiore di Sanità* estimó en torno a 15 000 abortos clandestinos al año en 2012, el crecimiento de una práctica peligrosa debido precisamente a las dificultades que se interponen en la aplicación de la Ley No. 194 de 1978 en Italia.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 520.

<sup>47</sup> Evidentemente, se refiere a la distinción tradicional entre derechos negativos o de libertad y derechos positivos o de prestación.

pobreza, unida a la ausencia de subvención pública, sólo puede forzarla a una elección infeliz y no deseada.

Lejos de ser un mero estímulo, de hecho, la privatización del aborto impone indirectamente una acción que el Estado no puede imponer directamente, a saber, forzar un embarazo. Ante la incapacidad económica de una mujer para hacer frente a los gastos médicos de un aborto, la negativa del Estado a ayudarla resulta ser más un obstáculo insalvable que una dificultad accesoria. La elección del Tribunal de Justicia de separar el reconocimiento de un derecho de los medios indispensables para su realización significa convertir ese derecho en poco más que un chorro de tinta sobre un papel.<sup>48</sup> Con efectos doblemente discriminatorios para determinados grupos sociales, como las mujeres estadounidenses afroamericanas o hispanas, que estadísticamente son más pobres que las blancas, pero que precisamente por razones económicas abortan cinco veces más que estas.<sup>49</sup>

Empero, en un litigio aún posterior,<sup>50</sup> el Tribunal reitera que la negativa a incluir el aborto en las prestaciones gratuitas no pone ningún obstáculo a la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo, sino que al optar por no subvencionarlo, al igual que otros servicios médicos, la ley anima a los ciudadanos hacia opciones distintas. Por si esto no estuviera ya suficientemente claro, en otra sentencia<sup>51</sup> sobre una ley del Estado de Missouri que prohíbe el uso de instalaciones y personal de la sanidad pública para practicar abortos que no salvan la vida (aunque la mujer pueda pagar por el servicio), el Tribunal no sólo no encuentra ninguna carga indebida (*undue burden*), sino que se esfuerza por aclarar que el Estado no tiene ninguna obligación constitucional de subvencionar actividades por el mero hecho de que estén protegidas constitucionalmente. Una opinión en perfecta consonancia con la de Richard POSNER, que en una ocasión describió con agudeza la Constitución estadounidense como una "carta de libertades negativas; [entonces una carta que] dice al Estado que deje en paz a la gente; no exige al Gobierno federal o estatal que preste servicios".<sup>52</sup> Una doctrina constitucional que, por tanto, no presenta ningún principio so-

---

<sup>48</sup> Recuerdan a *los derechos de papel* de los que habla GUASTINI, R., *Distinguyendo*.

<sup>49</sup> MACKINNON, C. A., "The Male Ideology of Privacy: A Feminist Perspective on the Right to Abortion", *Radical America*, No. 4 /1983, pp. 23-35, p. 23.

<sup>50</sup> *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

<sup>51</sup> *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

<sup>52</sup> *Bowers v. Devito*, 686 F.2d 616 (7th Cir. 1982).

lidarista y que, sin embargo, parece hoy capaz de socavar las razones que podrían ofrecerse para la obediencia a la propia ley.<sup>53</sup>

## 5. *DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION*

La sentencia *Dobbs* ya ha sido muy comentada, sobre todo como *revirement* en la cuestión de los derechos, ya que el Tribunal nunca había eliminado un derecho que antes consideraba fundamental.<sup>54</sup> El argumento central de la decisión, retomado por varios comentaristas, es el originalismo, pero, en realidad, más bien hay que subrayar que se trata de una determinada forma de reconstruir lo que se pretende, que es la tradición. El originalismo parece presentarse como el núcleo de la estrategia argumentativa de los jueces en *Dobbs*, pero en sentido contrario a *Roe*. Como es bien sabido, esta técnica hermenéutica remite al sentido original del texto, es decir, al “sentido que ese texto tenía en el momento en que entró en vigor”.<sup>55</sup> Como señala GUASTINI, en la teoría interpretativa “original” puede entenderse al menos en dos sentidos: como el significado “objetivo” de las palabras vinculadas a las reglas de la sintaxis y como el significado subjetivo de la autoridad normativa.

La justificación ofrecida, en las muchas páginas, por el juez Alito se mueve en cierta medida entre los dos sentidos indicados, y pretende proponer una reconstrucción del significado subjetivo o, como se puede leer, de la constitución “*properly understood*”.<sup>56</sup> El análisis del juez trata de poner de relieve cómo no sólo la Constitución no hace ninguna referencia al derecho al aborto, sino cómo el derecho a no someterse a un embarazo forzado ni siquiera está implícito en el texto constitucional, y desarrolla así claramente un ataque frontal contra *Roe v. Wade*. En *Dobbs*, el Tribunal no analiza este derecho a la luz de la

---

<sup>53</sup> Una reflexión sobre las razones en torno al “contrato social” y la obediencia a la ley, en POZZOLO, S., “La libertà dalla povertà come diritto fondamentale”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, pp. 467-500.

<sup>54</sup> La literatura es abundante a nivel internacional. Para el debate italiano, véase *ex multis*: SPERTI, A., “Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di *Roe v. Wade*”, *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, No. 3/2022; MARELLA, M. R., “*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, l’Europa e noi”, *Giustizia insieme*, 3 de diciembre de 2022; BOLOGNA, C., “Aborto e originalismo nei diritti”, *Il Mulino*, 3 de diciembre de 2022.

<sup>55</sup> GUASTINI, R., *L’interpretazione dei documenti normativi*, p. 178, y p. 282; TRIPODINA, C., “L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali”, en F. Giuffrè, I. Nicotra (eds.), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, p. 229 y ss.

<sup>56</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022), Opinion of the Court, p. 8.

Decimocuarta Enmienda y de la *Equal Protection Clause*, como ya habían hecho los tribunales anteriores (incluido *Roe*), que nunca llegaron a reconocer la protección de la mujer al identificar el embarazo forzado como una discriminación por razón de sexo. El Tribunal afirma que no existía ninguna tradición que apoyara el aborto en el Derecho estadounidense y que ninguna disposición constitucional lo ha reconocido nunca explícitamente como un derecho, justo al contrario que el juez Blackmun.

Resulta interesante en la argumentación del Tribunal *Dobbs* observar cómo la brevísima referencia a la larguísima tradición del *quickenning* sólo sirve para recordar como por *Blackstone, Coke y otros*, cómo después de ese momento, el aborto era considerado un delito. En cuanto a la fase previa al *quickenning*, Alito no deja de afirmar que el aborto no debe considerarse permitido en el *common law*, y mucho menos un *legal right*.<sup>57</sup> Sin embargo, como está bien documentado, la historia relata el uso generalizado de la interrupción voluntaria del embarazo como medio de control de la natalidad; pero Alito sólo se refiere a la legislación que en la época de la promulgación de la Decimocuarta Enmienda manifestaba la cruzada contra el aborto. Una cruzada, mencionada anteriormente (§2), que está relacionada con la lucha entre protestantes y católicos de reciente inmigración; no obstante, el Tribunal del juez Alito propone una conexión indebida<sup>58</sup> entre la citada enmienda y la penalización del aborto; indebida porque no hay relación directa entre ambos actos, ni el tribunal intenta siquiera reconstruir una narrativa sobre lo que significaba “libertad” en aquella época.

Como ya era habitual con Scalia, el juez Alito se refiere en pocas palabras genéricamente a una tradición estadounidense de libertades invocando la Decimocuarta Enmienda, para –afirma– evitar la tendencia natural a confundir “*what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy*”.<sup>59</sup> Se intenta hacer pasar por neutral un método de interpretación necesariamente evaluativo, una forma de sugerir la separación entre juicio y política. Empero, ocurre justo lo contrario. Y no podía ser de otra manera, precisamente desde la afirmación de esa neutralidad, que en realidad pretende aplicar una política concreta que existía en una época en la que las mujeres no tenían ni derechos ni voz. Una época en la que las mujeres luchaban no sólo por el derecho al voto, sino también para protegerse de la

---

<sup>57</sup> Ivi, p. 18.

<sup>58</sup> Ivi, p. 23.

<sup>59</sup> Ivi, p. 14.

violación conyugal, una época en la que en Inglaterra la venta de la esposa era una forma de resolver un divorcio costoso.<sup>60</sup> Se trata entonces de comprender mejor cómo se construye y qué papel desempeña el argumento originalista.

En este sentido, la reconstrucción del argumento ofrecida por Reva SIEGEL, en diversos estudios, a partir de la presidencia de REAGAN, es realmente interesante y digna de un estudio más profundo. La política republicana de la época empezó a apoderarse del argumento originalista, no tanto y sólo como herramienta interpretativa típicamente conservadora o estática (en el sentido de pretender preservar la seguridad jurídica<sup>61</sup>), sino como herramienta ideológica de un movimiento *pro-family* que empezó a hacer política institucional. Este movimiento se caracteriza por desarrollar una retórica en defensa de la llamada *familia natural*, es decir, la heterosexual, casada, con hijos biológicos, *male breadwinner* y ama de casa.<sup>62</sup> El originalismo empleado por Alito se relaciona precisamente con esta tradición republicana hiperconservadora, que no recurre al significado textual o constituyente, sino que utiliza el argumento declaradamente como herramienta para producir una política contra el aborto, las cuotas y la intervención pública en la esfera social. En resumen, desarrolla un argumento que apela a una memoria constitucional para convertir en derecho una política (neoliberal) sin hacerlo manifiesto.

POST y SIEGEL ya argumentaron que este originalismo derivaba su fuerza por ser capaz de expresar un movimiento político más que por su capacidad para reflejar una fuerza analítica, y por esta razón sería mejor separar la *jurisprudence of originalism* de la *political practice of originalism*.<sup>63</sup> Se señaló que su uso político era funcional a la reescritura de la propia Constitución, negando de hecho la metodología misma del originalismo. Esto se expresa muy claramente en la postura de Edwin Meese, *Attorney General* de la presidencia de REAGAN entre 1985 y 1988, que insiste en la tesis, ya referida, de que el Tribunal debe utilizar su poder interpretativo basándose en el significado de la Constitución

---

<sup>60</sup> KLEIN, V., *The Feminine Character*, pp. 7-8. Cfr. BRYCE, J., *Studies in history and jurisprudence*, Vol. II, escribe de casos en 1901 y la última venta registrada resulta todavía en 1913.

<sup>61</sup> GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, p. 373, por ejemplo, habla de una doctrina estática, aunque a veces el argumento también pueda desempeñar un papel evolutivo, como cuando una política reaccionaria sigue a la producción de una ley progresista. Cfr. TRIPODINA C., "L'argomento originalista...", *cit.*, p. 9 y ss.

<sup>62</sup> Identificados como grupo extremista por *Equity Forward*, 3 de diciembre 2022, disponible en <https://equityfwd.org/pro-family-movement>

<sup>63</sup> POST, R. y R. SIEGEL, "Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution", *Fordham Law Review*, No. 75/2006, pp. 545-574, p. 549.

y no en opiniones o preferencias personales. En resumen, el Tribunal debe limitarse a elegir entre reafirmar el precedente o volver a la autenticidad de la Constitución, pero este argumento sirve para apoyar la incitación de Meese a *go in correcting the excesses of the Warren and immediately post-Warren Courts*.<sup>64</sup> La retórica de la fidelidad y la autenticidad sirve a una narrativa que acusa a la oposición de manipulación y politización del Derecho constitucional.

Es evidente que la lectura tradicional propuesta afecta drásticamente a la condición de la mujer, porque la reproducción humana no es un mero proceso fisiológico, sino también un hecho cultural, determinado por el entorno social. La retórica, sin embargo, oscurece la superestructura ocultándola dentro del proceso fisiológico,<sup>65</sup> por lo que tradicionalmente el Tribunal, no sólo el que nos ocupa, razona como si el papel preciso de la mujer-madre fuera un hecho natural sin conexión con las normas sociales, que en cambio se refuerzan con justificaciones jurídicas. De este modo, se termina por centrar la atención en el papel y el proceso reproductivo fisiológico de la mujer, completamente absorbido por la biopolítica y la lógica social de su regulación, que queda así finalmente justificada por la propia biología. La justificación jurídica ofrecida encuentra en el cuerpo femenino la razón de su propia regulación.<sup>66</sup>

Paradójicamente, no obstante, no se señala la diferencia que sería relevante para una evaluación de la igualdad por razón de sexo como igual protección: en el asunto *Geduldig v Aiello*,<sup>67</sup> el Tribunal no reconoce esta discriminación al distinguir a los “destinatarios potenciales” en dos grupos, el de las “mujeres embarazadas” y el de las “personas no embarazadas”, que incluye a ambos sexos.<sup>68</sup> Una justificación que remite a otras que rozan el ridículo, como la ya histórica

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 552.

<sup>65</sup> La bibliografía es amplia. Puede ser interesante remitirse a la lectura de textos que tratan el tema de la medicina de género/sexo específica, por ejemplo: SHAI, A., *et al.*, “Feminism, gender medicine and beyond: a feminist analysis of ‘gender medicine’”, *International Journal for Equity in Health*, 20:177, 2021, pp. 1-11; SHARMA, M., “Applying feminist theory to medical education”, *Lancet*, 393, 2019, pp. 570-578; EINSTEIN, G., “Sex and Gender in Health: The World Writes on the Body”, en M. J. Legato, M. Glezerman (eds.), *The International Society for Gender Medicine*, pp. 45-55; KRIEGER, N., “Genders, sexes, and health: what are the connections - and why does it matter?”, *International Journal of Epidemiology*, 32, 2003, pp. 652-657.

<sup>66</sup> SIEGEL, R., “Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection”, *Stanford Law Review*, No. 44/1992, pp. 261-381, especialmente p. 268 y ss.

<sup>67</sup> 417 U.S. 484 (1974).

<sup>68</sup> SIEGEL, R., “Reasoning from the Body...”, *cit.*, p. 269.

de California, que no reconocía discriminación por razón de sexo en la falta de protección de las trabajadoras embarazadas habiéndoles aplicado la misma norma que a los hombres. El texto de *Geduldig* es muy claro:

*“... [n]ormal pregnancy is an objectively identifiable physical condition with unique characteristics. Absent a showing that distinctions involving pregnancy are mere pretexts designed to effect an invidious discrimination against the members of one sex or the other, lawmakers are constitutionally free to include or exclude pregnancy from the coverage of legislation such as this on any reasonable basis, just as with respect to any other physical condition.”*<sup>69</sup>

El Tribunal no ve ninguna razón por la que el legislador no sea constitucionalmente libre de incluir o no el embarazo en la cobertura, como cualquier otra condición física. El Tribunal no reconoce que esta diferencia distingue socialmente a los sexos: *“Judgments about women’s capacity to bear children play a key role in social definitions of gender roles and thus in the social logic of ‘discrimination based on gender as such’”*<sup>70</sup>

La narrativa originalista ofrece así una forma de releer la evolución de los derechos civiles que resulta apropiada para el fortalecimiento del movimiento pro-familia. Una política, por tanto, que, activada en los años 80, cuenta hoy con una mayoría en el Tribunal Supremo, capaz de ofrecer una narrativa que, sin decirlo explícitamente, apela a la raza, al género y a la sexualidad, y a la religión; un Tribunal capaz hoy de resignificar la memoria constitucional. Con referencia a este proceso de imposición de significados, COVER escribe de las *jurispatch courts*, es decir, de la función de los tribunales como una herramienta contra la proliferación natural de significados; un control hoy frecuentemente justificado con la motivación de hacer claridad en el debate acerca de las normas: *“The supreme tribunal removes uncertainty, lack of clarity, and difference of opinion about what the law is. This statist formulation is either question begging or misleading”*.<sup>71</sup> Desde una perspectiva realista, no se puede sino estar de acuerdo con COVER cuando afirma que *“[a]ny claim to a privileged hermeneutic method appears unfashionable today, but it has ancient roots and tenaciously persists in the law”*.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ivi*.

<sup>71</sup> COVER, R. M., “Foreword: Nomos and Narrative, prefacio a *The Supreme Court 1982 Term*”, *Harvard Law Review*, No. 97/1983-1984, pp. 4-68, p. 42.

<sup>72</sup> *Ivi*.

La política originalista a lo largo de los años ha producido, en definitiva, una narrativa contra los derechos civiles al referirse a comunidades inexistentes en lugar de a significados originales. Está claro que la referencia al Derecho vigente en 1868 no representa la lucha de las mujeres, que entonces aún no tenían voz. De hecho, no hay que olvidar que el derecho de voto no se concedió a las mujeres hasta 1920 (y no a todas<sup>73</sup>). Sin embargo, la política originalista ofrecida en la sentencia *Dobbs* revitaliza antiguas jerarquías de estatus, incluso cuando no están directamente relacionadas con el caso. Se proponen juicios interpretativos como si fuesen meros hechos brutos, ofreciendo la imagen de un pasado "objetivo" o purificado de los valores, con el fin de reforzar la deferencia hacia las decisiones del Tribunal, sin detenerse realmente, y de hecho oscureciendo, la fuerza de los prejuicios en la interpretación constitucional.

Además, es notable la *excusatio non petita* del juez Alito, que se apresura a negar la centralidad de la *equal protection*, pero rápidamente desestimando el *Brief Amicus Curiae for Equal Protection Constitutional Law Scholars*:<sup>74</sup>

"... [n]either *Roe* nor *Casey* saw fit to invoke this theory, and it is squarely foreclosed by our precedents, which establish that a State's regulation of abortion is not a sex-based classification and is thus not subject to the 'heightened scrutiny' that applies to such classifications. The regulation of a medical procedure that only one sex can undergo does not trigger heightened constitutional scrutiny unless the regulation is a 'mere pretext' designed to effect an invidious discrimination against members of one sex or the other"<sup>75</sup>.

Sin embargo, en esto Alito lo tiene fácil para reconectar con las premisas de *Roe*, donde el principio de igualdad había sido el gran marginado. La inclusión, en tiempos de *Roe*, del derecho al aborto en la vertiente de la *new privacy jurisprudence* había sido un pacto fáustico, porque lo reconocía, pero sólo en forma de libertad negativa. Uno es libre en la medida en que el Estado no interviene, para bien, pero también para mal. Por lo tanto, si una no puede, por alguna razón, acceder materialmente a la práctica del aborto, esto sigue siendo un asunto privado. De este modo, la privacidad ha despolitizado el derecho

---

<sup>73</sup> Cfr. *La discriminazione di genere: la storia del riconoscimento del diritto delle donne al voto nel mondo (dal 1900 a oggi)*, 3 de diciembre de 2022, disponible en <http://www.mondopoli.it/2018/01/08/il-diritto-delle-donne-al-voto-nel-mondo>

<sup>74</sup> *Brief of equal protection constitutional law*, 3 diciembre de 2022, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4080080](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080080)

<sup>75</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022), Opinion of the Court, pp. 10-11.

al aborto, abandonándolo a un estado de naturaleza sólo abstractamente libre y que “puede proteger y ha protegido el lugar de la agresión física, la violación matrimonial y la explotación del trabajo de las mujeres”.<sup>76</sup> Todo esto, sin embargo, queda fuera del horizonte interpretativo de Alito, que se mueve en la misma cresta originalista que *Roe*, pero está más preocupado por anular sus premisas que por el *razonamiento* real. Como escribe Reva SIEGEL, el Tribunal priva así a las mujeres del derecho al aborto al definir su libertad constitucional mediante leyes promulgadas a mediados del siglo XIX, “*a time when women were without voice or vote in the political process*”.<sup>77</sup> Sin embargo, el Tribunal es más que consciente de su acción política y lo subraya precisamente cuando reitera que no se considera capacitado para evaluar si la posibilidad de controlar la propia vida reproductiva es un factor fundamental para que las mujeres participen en pie de igualdad en la vida económica y social (recordando *Casey*<sup>78</sup>), mientras que –afirma– cuando se hace valer un *reliance interest* concreto, entonces los tribunales saben evaluar la petición. No es posible, en definitiva, según la sentencia, y *especialmente para un tribunal*, evaluar el impacto del derecho al aborto en la vida de las mujeres.<sup>79</sup>

Tales declaraciones son, cuando menos, sorprendentes. Pero la posición del juez Alito, que se adhiere explícitamente a la política del movimiento pro-familia al afirmar que ve los intereses del Estado en la defensa de los embarazos forzados, precisamente como medio para evitar el menoscabo de los valores familiares, parece que ya se expresó en el *amicus curiae* del caso *Thornburgh* en el 85.<sup>80</sup> Por lo tanto, sólo una confirmación para una lectura crítica del uso del argumento interpretativo. Desde el punto de vista de la doctrina

---

<sup>76</sup> MACKINNON, C. A., “Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade*”, en *Feminism Unmodified*, pp. 93-102 / traducción al español: “Privacidad versus igualdad: más allá de ‘*Roe v. Wade*’”, en *id.*, *Feminismo Inmodificado*, pp. 137-150, p. 148.

<sup>77</sup> SIEGEL, R. B., “Memory Games: Dobbs’s Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism - and Some Pathways for Resistance”, *Texas Law Review*, No. 101/2023 (forthcoming), p. 11.

<sup>78</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, *cit.*, Opinion of the Court, p. 64, citando a Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>

<sup>79</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, *cit.*, Opinion of the Court, pp. 64-65.

<sup>80</sup> Richard Thornburgh, *et al.*, Appellants V. American College of Obstetricians and Gynecologists, *et al.*; Eugene F. Diamond, *et al.*, Appellants V. Allan G. Charles, *et al.*; No. 84-495, 84-1379; Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Appellants, October Term, 1985, disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/1985/01/01/sg850181.txt>, en la que Alito parece haber participado activamente, como atestigua *A coauthor says Alito was instrumental in Roe v. Wade brief*, disponible en [http://archive.boston.com/news/nation/articles/2005/11/16/a\\_coauthor\\_says\\_alito\\_was\\_instrumental\\_in\\_roe\\_v\\_wade\\_brief/](http://archive.boston.com/news/nation/articles/2005/11/16/a_coauthor_says_alito_was_instrumental_in_roe_v_wade_brief/)

de la interpretación, en definitiva, la sentencia *Dobbs* es un ejemplo de cómo el argumento originalista es reelaborado como una política de ataque directo a los derechos civiles –especialmente contra las mujeres, cuya dignidad niega al no reconocer su interés en la protección de la salud– y, por tanto y a pesar de sus afirmaciones de querer proteger la sentencia de cualquier influencia de la política, en realidad opera con una función antidemocrática.

El análisis de la argumentación exige, pues, prestar especial atención a la capacidad de doblar la memoria constitucional en función de fines predefinidos, manipulando convenientemente su reconstrucción. El recurso a la historia y a la tradición planteado en los términos ofrecidos por el juez Alito se presta obviamente a revigorizar todas las jerarquías de estatus presentes a mediados del siglo XIX, y tan trabajosamente erosionadas en el último siglo de constitucionalismo de los derechos. Pese a ello, desde otro punto de vista, también es interesante observar cómo el papel reclamado para el poder judicial se presenta para “custodiar” un objeto, una historia, totalmente nueva y reescrita en la mesa. El respeto a la *stare decisis* se reinterpreta como una limitación de la que el Tribunal Supremo debe liberarse, porque es la institución que tiene la última palabra y debe responder; después de todo, el juez Thomas declara a la CNN: “we use stare decisis as a mantra when we don’t want to think”;<sup>81</sup> un subterfugio que se activa cuando no se sabe o no se quiere adoptar una postura.

## 6. REFLEXIONES FINALES

Es evidente que *Dobbs* puede ser sólo el primero de una larga serie de regresiones de derechos que han eliminado jerarquías y discriminaciones, desde la cuestión de la anticoncepción, que también puede leerse como una limitación de la familia “tradicional”, hasta los matrimonios entre personas del mismo sexo, pasando por los matrimonios entre personas de diferentes religiones y grupos étnicos. Si la tradición constitucional es la reescrita por el Tribunal en *Dobbs*, ninguna decisión de los tribunales anteriores, al menos hasta 1868, tiene ya fuerza para sostenerse, si como reitera en varias ocasiones el juez Thomas, la *Due Process Clause does not secure any substantive rights*,<sup>82</sup> la doctrina de la Constitución no sólo puede ser completamente trastocada con respecto a los últimos siglos de fortalecimiento de los derechos, sino que la selección

---

<sup>81</sup> NOBLES, R.; A. GRAYER, Z. COHEN, J. GANGEL, *Thomas says government institutions shouldn’t be ‘bullied’ following leak of draft opinion on abortion*, 3 diciembre de 2022, disponible en <https://edition.cnn.com/2022/05/06/politics/clarence-thomas-stare-decisis-roe-v-wade-leak/index.html>

<sup>82</sup> THOMAS, J., *concurring in Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, cit, p. 2.

de las razones de la historia lleva a la imposición de una “tradición” totalmente reescrita en función de un movimiento político muy divisivo.

Como escribe la parte discrepante del Tribunal, “[r]especting a woman as an autonomous being, and granting her full equality, meant giving her substantial choice over this most personal and most consequential of all life decisions.”<sup>83</sup> La decisión *Dobbs* afecta exactamente a la igualdad que, sin embargo, los distintos tribunales a lo largo de los años nunca han querido utilizar adecuadamente. Y el meollo de la cuestión es precisamente este: si la libertad, llámese privacidad o de otro modo, puede ser un sustituto adecuado del principio de igualdad de respeto y consideración de las personas; si, en definitiva, el aborto, en lugar de ser un derecho público, puede ser una simple opción privada. De hecho, parece que el recurso a la libertad, cuando no está debidamente contrarrestado por un impulso político en favor de la igualdad, refuerza la separación entre lo público y lo privado, relegando una vez más a las mujeres a este último ámbito.

Estados Unidos sigue siendo un país muy discriminatorio, y no sólo de hecho, sino también de derecho. El argumento del Tribunal en *Dobbs* retrocede a la legislación de hace dos siglos, cuando el Tribunal podía dictaminar con seguridad que, aunque las mujeres fueran ciudadanas, la ciudadanía o la Decimocuarta Enmienda no implicaban que *todos los ciudadanos* tuvieran derecho a votar, y si una ley estipulaba que sólo votaban los hombres, el Tribunal sólo podía tomar nota, ya que “no hay ningún argumento que demuestre que el sufragio femenino es necesario”,<sup>84</sup> que, en verdad, se bloqueó a propósito en la campaña contra el aborto mencionada anteriormente.

Para reflexionar más sobre la sentencia *Dobbs* puede ser interesante repasar la historia reciente sobre la protección de las mujeres durante la pandemia en Estados Unidos y el ataque directo al derecho al aborto. Está claro que detrás de este ataque hay una visión de los roles de género que se remonta a los años 50, al famoso modelo “Doris Day”, la mujer feliz *de*, y *con* su aspiradora.

---

<sup>83</sup> Justice Breyer, Justice Sotomayor, and Justice Kagan, *dissenting in Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, p. 1.

<sup>84</sup> “If the law is wrong, it ought to be changed; but the power for that is not with us. The arguments addressed to us bearing upon such a view of the subject may perhaps be sufficient to induce those having the power, to make the alteration, but they ought not to be permitted to influence our judgment in determining the present rights of the parties now litigating before us. No argument as to woman’s need of suffrage can be considered. We can only act upon her rights as they exist. It is not for us to look at the hardship of withholding. Our duty is at an end if we find it is within the power of a State to withhold” (*Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 [1874]).

Un entorno en el que las mujeres son cuidadoras por naturaleza y se sacrifican naturalmente por los demás, un marco en el que el cuidado es un trabajo servil precisamente porque no se reconoce, pero siempre resulta debido.

La estrategia *reaganiana* de ocupar el Tribunal también tuvo un momento simbólico (y no sólo) con la sustitución de la jueza Ginsburg por Amy Coney Barrett. Mientras que la primera ha reiterado en varias ocasiones cómo las garantías constitucionales de libertad e igualdad limitan la capacidad del gobierno para regular la vida de las mujeres embarazadas, la segunda siempre ha expresado su oposición al aborto y su deseo de anular *Roe*.<sup>85</sup>

En definitiva, *Dobbs* plantea dos grandes problemas, en el plano de los derechos y en el de la interpretación: en primer lugar, se vuelve a negar la igualdad a las mujeres, violando la propia Constitución, ciertamente la Constitución viva y quizá no la de 1868. En segundo lugar, la metodología selectiva y manipuladora de la tradición, a la que se alude con el término “originalismo”, aquí traiciona de hecho las propias razones esgrimidas por el mismo método. Pero *Dobbs* también representa un cambio radical, un giro de 180 grados, en el constitucionalismo moderno. La vía democrática está ligada a la constitucionalista, ya que aprovecha el instrumento “Constitución” como baluarte desde el que avanzar y no sólo defenderse. Para ello, como escribe SIEGEL, es necesario democratizar las formas en que se construyen las “tradiciones”, de modo que se incluyan las voces de quienes, como las mujeres, lucharon porque aún estaban privadas de derechos civiles: su historia, su resistencia a la ley de la época añade otros valores a los del Derecho vigente en ese momento,<sup>86</sup> ya que no se podía (ni se puede) legislar desde los márgenes.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> SIEGEL, R. B., “Why Restrict Abortion? Expanding the Frame on June Medical”, *The Supreme Court Review*, 2021, pp. 277-365, p. 286 y notas 33-35; NORTH, A., “What Amy Coney Barrett on the Supreme Court means for abortion rights”, *Vox*, 26 de octubre de 2020, disponible en <https://www.vox.com/21456044/amy-coney-barrett-supreme-court-roe-abortion>

<sup>86</sup> La forma en la que proponemos el relato de eventos es fundamental. Por ejemplo, véase FRUG, M. J., “Re-reading contracts: feminist analysis of contracts casebook”, *American University Law Review*, No. 34/1985, pp. 1065-1140, señala cómo en los textos educativos se hace hincapié en la exclusión jurídica de la población afrodescendiente, pero no en la de las mujeres, transmitiendo así la idea de su ausencia natural.

<sup>87</sup> “Systematic divergence between constitutional memory and constitutional history can legitimate authority by generating the appearance of consent to contested status relations and by destroying the vernacular of resistance. Though women contested their lack of political authority in the constitutional order over two centuries, there is no trace of their arguments in constitutional law” (SIEGEL, R. B., “The Politics of Constitutional Memory”, *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, No. 1, 2022, pp. 19-58).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOLOGNA, C., "Aborto e originalismo nei diritti", *Il Mulino*, 3 de diciembre de 2022, disponible en <https://www.rivistailmulino.it/a/aborto-e-originalismo-nei-diritti>
- BRIND'AMOUR, C., "Quickening", en *The Embryo Project Encyclopedia*, 3 diciembre 2022, disponible en <https://embryo.asu.edu/pages/quickening>
- BOLING, P., *Privacy and the Politics of Intimate Life*, Cornell University Press, Ithaca, 1996.
- BRYCE, J., *Studies in history and jurisprudence*, Vol. II, Oxford University Press.
- CARTER, P., "Guiding the Working-Class Girl: Henrietta Rodman's Curriculum for the New Woman, 1913", *Frontiers: A Journal of Women Studies*, No. 38/2017, pp. 124-155.
- COREA, G., *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, HarperCollins, New York, 1985.
- COVER, R. M., "Foreword: Nomos and Narrative, prefacio a *The Supreme Court 1982 Term*", *Harvard Law Review*, No. 97/1983-1984, pp. 4-68, p. 42.
- EINSTEIN, G., "Sex and Gender in Health: The World Writes on the Body", en M. J. Legato, M. Glezerman (eds.), *The International Society for Gender Medicine*, Academic Press, Amsterdam, 2017.
- ELY, J. H., "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*", *The Yale Law Journal*, No. 82/1973, pp. 920-949.
- FILIPPINI, N., *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Viella, Roma, 2017.
- FINLEY, L. M., "Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate", *Columbia Law Review*, No. 86/1986, pp. 1118-1182.
- FRUG, M. J., "Re-reading contracts: feminist analysis of contracts casebook", *American University Law Review*, No. 34/1985, pp. 1065-1140.
- GARROW, D. J., *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of *Roe v. Wade**, Macmillan, New York, 1994.
- GUASTINI, R., *Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996, trad. Cast, Gedisa, 1999.
- GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- INNESS, J. C., *Privacy, Intimacy and Isolation*, Oxford University Press, Oxford, 1992.
- JENNINGS, S. K., *The Married Lady's companion: or Poor man's friend*, 1808, disponible en <https://wellcomecollection.org/works/d2b5tjkj/items?canvas=5>
- KAY, H. H., "Equality and Difference: The Case of Pregnancy", *Berkeley Women's Law Journal*, No. 1/1985, pp. 1-38.

- KLEIN, V., *The Feminine Character*, Routledge, London (1946), 1971.
- KRIEGER, N., "Genders, sexes, and health: what are the connections - and why does it matter?", *International Journal of Epidemiology*, 32, 2003, pp. 652-657.
- JOHNS, A., "La piratería farmacéutica y el origen de las patentes médicas", en JOHNS, A., *Piratería. Las luchas por la propiedad intelectual de Gutenberg a Gate*, Ediciones Akal, Madrid, 2018.
- MCCORVEY, N. y A. MESLER, *I Am Roe: My Life, Roe v. Wade, and Freedom of Choice*, Harper Collins, New York, 1994.
- MACFARLANE, K. A.; M. L. O'NEIL, D. TEKDEMIR, E. ÇETIN, B. BILGEN, A. M. FOSTER, "Politics, policies, pronatalism, and practice: availability and accessibility of abortion and reproductive health services in Turkey", *Reproductive Health Matters*, No. 24/2016, pp. 62-70.
- MACKINNON, C. A., "The Male Ideology of Privacy: A Feminist Perspective on the Right to Abortion", *Radical America*, No. 4 /1983, pp. 23-35, p. 23.
- MACKINNON, C. A., "Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade", en *Feminism Unmodified*, Harvard UP, Cambridge, Massachusetts 1987 / traducción al español: "Privacidad versus igualdad: más allá de 'Roe v. Wade'", in *id.*, *Feminismo Inmodificado*, Siglo Veintiuno editores, México DF, 2014.
- MARELLA, M. R., "Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, l'Europa e noi", *Giustizia insieme*, 3 dicembre 2022, disponible en <https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/2457-dobbs-v-jackson-women-s-health-organization-l-europa-e-noi>
- MOHR, J. C., *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- NORTH, A., "What Amy Coney Barrett on the Supreme Court means for abortion rights", *Vox*, 26 de octubre de 2020, disponible en <https://www.vox.com/21456044/amy-coney-barrett-supreme-court-roe-abortion>
- O'NEIL, M. L., "The availability of abortion at state hospitals in Turkey: A national study", *Contraception*, No. 95/2017, pp. 148-153.
- PALLEN, M. A., "Foeticide or Criminal Abortion", *The Medical Archives*, No. 3/1869, pp. 205-206.
- POST, R. y R. SIEGEL, "Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution", *Fordham Law Review*, No. 75/2006, pp. 545-574, p. 549.
- POZZOLO, S., "La libertà dalla povertà come diritto fondamentale", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2004.
- SHAI, A., et al., "Feminism, gender medicine and beyond: a feminist analysis of gender medicine", *International Journal for Equity in Health*, 20:177, 2021, pp. 1-11.
- SCHAMBELAN, B., *Roe v. Wade*, Running Press, Philadelphia, 1992.
- SHARMA, M., "Applying feminist theory to medical education", *Lancet*, 393, 2019, pp. 570-578.

- SIEGEL, R., "Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection", *Stanford Law Review*, No. 44/1992, pp. 261-381.
- SIEGEL, R. B., "Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism - and Some Pathways for Resistance", *Texas Law Review*, No. 101/2023 (forthcoming).
- SIEGEL, R. B., "Why Restrict Abortion? Expanding the Frame on June Medical", *The Supreme Court Review*, 2021, pp. 277-365, p. 286 y notas 33-35.
- SIEGEL, R. B., "The Politics of Constitutional Memory", *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, No. 1, 2022, pp. 19-58.
- SPERTI, A., "Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade", *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, No. 3/2022.
- STORER, H. R., "On the Decrease of the Rate of Increase of Population, Now Obtaining in Europe and America", *American Journal of Science and Arts*, Vol. XLIII, March, 1867, disponible en <https://collections.nlm.nih.gov/ext/dw/101505674/PDF/101505674.pdf>
- STORER, H. R., *Why not? A book for every woman*, Lee and Shepard, Boston, 1867.
- TRIPODINA, C., "L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali", en F. Giuffrè, I. Nicotra (eds.), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, disponible en [http://www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina\\_Argomento\\_originalista.pdf](http://www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf)
- TREICHLER, P. A., "Feminism, Medicine, and the Meaning of Childbirth", in M. Jacobs, E. Fox Keller, S. Shuttleworth (eds.), *Body/Politics. Women and the Discourse of Science*, Routledge, N.Y-London, 1990.
- WEISSMANN, A., "Sexual Equality under the Pregnancy Discrimination Act", *Columbia Law Review*, No. 83/1983, pp. 690-726.
- WESTIN, A., *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1968.

---

Recibido: 21/2/2023  
Aprobado: 1/4/2023

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative  
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International  
(CC BY-NC 4.0)

