

Eduardo G. ESTEVA GALLICCHIO

Profesor Titular Extraordinario de Derecho Constitucional, Universidad de Montevideo (Uruguay);
Profesor Titular Emérito de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Uruguay (Uruguay);
Investigador (A) Nivel I del S.N.I.
dircedecu@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3738-1575>

Recibido 20/11/2022 - Aceptado: 30/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Esteva Gallicchio, Eduardo (2022). El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Revista de Derecho*, 21 (42), 171-192. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.9>

El aborto no es un derecho constitucional. Una sentencia histórica del Tribunal Supremo De Estados Unidos

171

Resumen: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos expidió el 24 de junio de 2022, una histórica sentencia en el caso *Dobbs*, relativa al derecho a la vida y muy especialmente, a la cuestión del aborto. La opinión mayoritaria de cinco de los jueces, contra tres que expresaron su disidencia y una opinión diferenciada del Presidente Roberts, invalidó los pronunciamientos de los casos *Roe* (1973) y *Casey* (1992), que durante casi medio siglo posibilitaron considerar que existía un derecho constitucional al aborto según la Constitución federal. La mayoría acreditó la inexistencia de un supuesto derecho constitucional a abortar y sentó nuevos estándares en la materia. También devolvió al Pueblo la decisión sobre un tema de máxima relevancia moral y ética. La sentencia comentada trabaja especialmente la cuestión de los derechos constitucionales implícitos y tiene proyección prácticamente universal.

Palabras clave: Interpretación constitucional. Derecho al aborto. Anulación. Precedentes. Debido proceso legal.

Abortion is not a constitutional right. A historic ruling of the United States Supreme Court

Abstract: The Supreme Court of the United States issued on June 24, 2022, a historic ruling in the Dobbs case, relating to the right to life and especially, to the issue of abortion. The majority opinion of five of the judges -against three who expressed their dissent and a differentiated opinion of Chief Justice Roberts- overruled the pronouncements of the Roe (1973) and Casey (1992) cases, which for almost half a century made it possible to consider that there was a constitutional right to abortion under the federal Constitution. The majority proved the non-existence of a supposed constitutional right to abortion and set new standards in the matter. It also returned to the People the decision on an issue of maximum moral and ethical relevance. The commented sentence works especially on the issue of implicit constitutional rights and has practically universal projection.

Keywords: Constitutional interpretation. Right to abortion. Overruled. To stand by things decided, Due process of law.

172



O aborto não é um direito constitucional. Uma decisão histórica da Suprema Corte Dos Estados Unidos

Resumo: A Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América proferiu, em 24 de junho de 2022, decisão histórica no caso Dobbs, relativa ao direito à vida e, principalmente, à questão do aborto. A opinião majoritária de cinco dos juízes, contra três que se manifestaram dissidentes e opinião diferenciada do Chefe de Justiça Roberts, invalidou os pronunciamentos dos casos Roe (1973) e Casey (1992), que por quase meio século permitiram considerar que havia um direito constitucional ao aborto na Constituição Federal. A maioria acreditou a inexistência de um suposto direito constitucional ao aborto e estabeleceu novos parâmetros na matéria. Também devolveu ao Povo a decisão sobre uma questão de máxima relevância moral e ética. A sentença comentada trabalha especialmente na questão dos direitos constitucionais implícitos e tem projeção praticamente universal.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Direito ao aborto. Invalidação. Precedentes. Devido processo legal.

1. Introducción

1.1. La Corte o Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América expidió el 24 de junio de 2022 una sentencia histórica, en el caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.* (en adelante *Dobbs v. JWHO*)¹.

1.2. Es una decisión singularmente relevante que se transformó no solo en la más trascendente del término 2021 y, hasta el momento, del curso de la llamada Corte Roberts –asumió la Presidencia el 29-IX-2005– sino que, al hacer *overruling* de las sentencias *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, de 22 de enero de 1973², y *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, Governor of Pennsylvania* 505 U. S. 833, de 29 de junio de 1992³, afecta notablemente la jurisprudencia del último medio siglo en materia de derecho a la vida y aborto.

A su vez, atento al efecto que a su tiempo produjeron *Roe* y *Casey* en importantes áreas del mundo, es de prever que su impacto pueda ser similar.

1.3. La relevancia del punto central en consideración en este caso –si existe o no el derecho al aborto según la Constitución federal de Estados Unidos–, puede ser una de las explicaciones del acontecimiento sin precedentes (Gerstein, 2022) que produjo la revelación, por una organización noticiosa (“Político”), el 2 de mayo, del “1^{er} borrador” de la opinión mayoritaria de la sentencia, que motivó el comunicado de prensa para difusión inmediata del *Chief Justice*, que reconoció la autenticidad del borrador, mencionó la traición a la confidencialidad con que trabaja el Tribunal Supremo y comunicó haber ordenado el inicio de una investigación sobre el origen de la filtración (Roberts, 2022).

Tan grave cuanto inédita circunstancia explica que se haya realizado un análisis comparativo con el documento final (CNN, 2022) que acredita mínimas diferencias, y fundamentalmente confirma la ubicación de la decisión de este tipo de casos “entre Derecho y Política” (Bachof, 2019).

Por ejemplo, el borrador filtrado –en su prístino significado en idioma español–, llegó a ser citado por el Magistrado Ibáñez Najar, en salvamento de voto en sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, al ser invocado por un *amicus curiae* (C-055-22, § 179)⁴.

1.4. El caso es un *writ of certiorari* del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el 5^o Circuito.

La Ley de edad gestacional de Mississippi establece que “excepto en una emergencia médica, o en el caso de una anomalía fetal severa, una persona no deberá realizar intencionalmente o a sabiendas, o inducir, un aborto de un ser humano por nacer si se ha determinado que la edad gestacional probable del ser humano no nacido es mayor de quince (15) semanas”⁵.

1 Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (acceso: 14-X-2022).

2 Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/> (acceso: 14-X-2022).

3 Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/505bv.pdf>, pp. 833-y ss. (acceso: 14-X-2022).

4 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm> (acceso: 14-X-2022).

5 Me corresponden todas las traducciones libres del inglés al español que utilizaré en esta nota.

Jackson Women's Health Organización, una clínica de abortos y uno de sus médicos, impugnó dicha ley ante el Tribunal Federal de Distrito, argumentando que violó los precedentes del Tribunal Supremo que establecen un derecho constitucional al aborto, en particular *Roe* y *Casey*.

El Tribunal de Distrito se pronunció sumariamente a favor de los demandantes *JWHO et al* y ordenó la ejecución de la ley, razonando que la restricción de quince semanas de Mississippi sobre el aborto viola las decisiones del Tribunal Supremo que impiden a los Estados prohibir el aborto antes de la viabilidad fetal. El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito confirmó.

Ante el Tribunal Supremo, los peticionarios defienden la ley sobre la base de que *Roe* y *Casey* se decidieron erróneamente y que la ley es constitucional porque evalúa razonablemente la situación del no nacido.

1.5. El Tribunal Supremo expidió sentencia en votación dividida –a través de 213 páginas–, que cuenta con la opinión mayoritaria, dos votos concurrentes y la opinión disidente suscrita por tres magistrados.

Ordenó, en síntesis: “La Constitución no confiere derecho al aborto; *Roe* y *Casey* son invalidados; y la competencia (*authority*) para regular el aborto se devuelve al Pueblo y sus representantes electos”.

2. La opinión mayoritaria

2.1. El *Associate Justice* Samuel Alito expidió la decisión del Tribunal, acompañado por los jueces Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Barrett. El punto de partida argumental podemos parafrasearlo así:

El aborto genera un problema moral profundo sobre el cual los estadounidenses tienen puntos de vista fuertemente contradictorios. Algunos creen fervientemente que en el momento de la concepción comienza una persona humana y que el aborto acaba con una vida inocente. Otros consideran que cualquier regulación del aborto invade el derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo e impide que las mujeres puedan lograr la plena igualdad. Otros todavía piensan que el aborto debe permitirse en alguna pero no en todas las circunstancias, y dentro de este grupo sostienen una variedad de puntos de vista sobre las restricciones particulares que deben imponerse.

2.2. Alito argumenta que durante los primeros ciento ochenta y cinco años posteriores a la aprobación de la Constitución de 1787, se permitió a cada uno de los Estados federados abordar esta cuestión de acuerdo con las opiniones de sus ciudadanos. Pero en 1973, el Tribunal decidió el caso *Roe*. Aunque la Constitución no menciona el aborto, la opinión mayoritaria sostuvo entonces, que confiere un amplio derecho a obtenerlo y sin fundamentarlo debidamente –fuere, entre otras posibilidades, en el Derecho consuetudinario o en la historia–, concluyó expidiendo un conjunto de reglas similares a las que pueden encontrarse en una ley expedida por una legislatura.

Bajo este esquema, cada trimestre del embarazo se reguló de manera diferente, pero la línea más crítica se trazó aproximadamente al final del segundo trimestre, que, en

ese momento, correspondía al punto en el que se pensaba que un feto podía lograr la “viabilidad”, o la aptitud de sobrevivir fuera del útero materno.

Aunque *Roe* reconoció que los Estados tenían un interés legítimo en proteger la “vida potencial”, encontró que este interés no podía justificar restricción alguna al aborto previo a la viabilidad.

En el momento de dicho pronunciamiento, treinta Estados de los Estados Unidos, prohibían el aborto en todas las etapas. En los años anteriores a 1973, alrededor de un tercio de los Estados habían liberalizado sus leyes, pero *Roe* abruptamente puso fin a ese proceso político. Impuso un mismo régimen altamente restrictivo para toda la Nación estadounidense, y efectivamente invalidó las leyes de aborto de todos los Estados. Con ello desató una controversia nacional que ha comprometido la cultura política estadounidense durante medio siglo.

Explican que en *Casey*, el Tribunal pudo revisar y hasta invalidar *Roe*, pero los miembros se dividieron en tres posiciones. Dos jueces no expresaron ningún deseo de cambiar *Roe*. Cuatro querían hacer *overruled* (anular o invalidar) –preferiré la segunda– de la decisión en su totalidad. Y los tres jueces restantes tomaron una tercera posición.

Pero la opinión concluyó, en 1973, que el *stare decisis*, que exige seguir las decisiones previas en la mayoría de los casos, requería el cumplimiento de lo que llamó la “aportación central” de *Roe*, que un Estado no puede proteger constitucionalmente la vida fetal antes de la “viabilidad”, aunque ello fuere erróneo.

Concluye la mayoría que, paradójicamente, la sentencia en *Casey* afectó decisiones importantes sobre el aborto y hasta parcialmente a *Roe*.

Casey descartó el esquema de trimestres de *Roe* y lo sustituyó por una nueva regla de alcance incierto bajo la cual los Estados tienen prohibido adoptar cualquier regulación que imponga una “carga indebida” al derecho de una mujer a tener un aborto. La decisión no brindó una guía clara sobre la diferencia entre una carga “debida” e “indebida”.

En opinión de Alito, los estadounidenses continúan manteniendo puntos de vista apasionados y ampliamente divergentes sobre el aborto, y naturalmente las legislaturas estatales han actuado en consecuencia. Algunos Estados tienen leyes recientes que permiten el aborto, con pocas restricciones, en todas las etapas del embarazo. Otros tienen fuertemente restringido el aborto desde mucho antes de la viabilidad. Concretamente en *Dobbs*, veintiséis Estados han solicitado expresamente al Tribunal que anule *Roe* y *Casey* y permita a los Estados regular o prohibir los abortos antes de la viabilidad.

Con tales bases, la mayoría decide respecto de una de esas leyes estatales, la de Mississippi.

Expresa Alito que los que procuran mantener *Roe* y *Casey*, se basan principalmente en la cláusula del debido proceso de la XIVª Enmienda. Esa disposición se ha sostenido para garantizar algunos derechos que no están mencionados en la Constitución, pero cualquier derecho de este tipo debe estar “profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación” e “implícito en el concepto de libertad ordenada”

Estima la mayoría que el derecho al aborto no cabe dentro de esta categoría, revisando prolijamente la historia, pero sosteniendo fundamentalmente que el derecho al aborto

también es diferente de cualquier otro que el Tribunal ha sostenido que se encuentra dentro de la referida Enmienda.

Los defensores de *Roe* caracterizan el derecho al aborto como similar a los derechos reconocidos en decisiones anteriores que involucran asuntos como la intimidad, relaciones sexuales consentidas, anticoncepción y matrimonio homosexual, pero el aborto es fundamentalmente diferente, como reconocieron tanto *Roe* como *Casey*, porque destruye lo que esas decisiones llamaron “vida fetal” lo que la ley impugnada de Mississippi caracteriza como un “ser humano nonato”.

La doctrina del *stare decisis* sobre la que se basó la opinión mayoritaria en *Casey*, no obliga a la adhesión inmodificable.

El abuso en que incurrió el Tribunal en *Roe* fue notoriamente erróneo desde el principio; el razonamiento fue excepcionalmente débil, y la decisión ha provocado consecuencias perjudiciales. Afirman los *Justices* en mayoría, que lejos de producir un acuerdo nacional sobre los temas involucrados en el aborto, *Roe* y *Casey* han encendido el debate y han profundizado la división.

Concluyen luminosamente, que es hora de ajustarse a la Constitución y devolver el tema del aborto a los representantes electos del pueblo. Es lo que La Constitución y el imperio del Derecho exigen.

2.3 Para fundamentar la ley, la legislatura de Mississippi hizo una serie de determinaciones fácticas. En el momento de expedirla, solo seis países, además de los Estados Unidos, permitían el aborto no terapéutico o electivo a pedido después de la vigésima semana de gestación; verificó que a las cinco o seis semanas de edad gestacional el corazón de un ser humano no nacido comienza a latir; a las ocho semanas el ser humano por nacer comienza a moverse en el útero; a las nueve semanas todas las funciones fisiológicas básicas están presentes; a las diez semanas los órganos vitales comienzan a funcionar y el cabello, las uñas de las manos y de los pies, empiezan a formarse; a las once semanas el diafragma del ser humano por nacer se está desarrollando, y puede moverse libremente en el útero; y a las doce semanas el “ser humano no nacido” ha “asumido la forma humana en todos los aspectos pertinentes”.

Citando la decisión del caso *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 160 (2007)), encontró que la mayoría de los abortos después de las quince semanas emplean “procedimientos de dilatación y evacuación que implican el uso de instrumentos quirúrgicos para aplastar y desgarrar al niño por nacer”, y concluyó que el “compromiso intencional de tales actos con fines no terapéuticos o razones electivas es una práctica bárbara, peligrosa para la paciente y degradante para la profesión médica”.

2.4 Los *Justices* que conformaron la mayoría presentan la pregunta crítica: ¿si la Constitución, bien interpretada, consagra el derecho a obtener un aborto?

Estiman que, saltándose esa pregunta, la mayoría en *Casey* se basó únicamente en la doctrina del *stare decisis*.

Por lo tanto, la mayoría en *Dobbs* aborda esa pregunta en tres claros pasos.

En primer lugar, acudieron el estándar que tienen los casos utilizados para determinar si en la XIV^a. Enmienda la referencia a la “libertad” protege un derecho particular; luego

examinaron si el derecho en cuestión en este caso, tiene sus raíces en la historia y tradición de la Nación estadounidense y si es un componente esencial de lo que el Supremo ha descrito como “libertad ordenada” (*ordered liberty*); finalmente, consideraron si un derecho a obtener un aborto es parte de un derecho arraigado más amplio que está respaldado por otros precedentes.

La respuesta de Alito es clara y terminante: La Constitución no hace referencia expresa a un derecho a abortar, por lo tanto, quienes reclaman que protege tal derecho deben demostrar que el derecho “está implícito en el texto constitucional”.

La mayoría que se pronunció en *Roe*, sostuvo que el derecho al aborto es parte de un derecho a la privacidad, que tampoco se menciona por la Constitución, pero argumentaron que surgiría de no menos de cinco Enmiendas: la I^a, la IV^a, la V^a, la IX^a y la XIV^a.

El Tribunal en *Casey* no defendió ese análisis desenfocado y basó su decisión únicamente en la teoría de que el derecho a obtener un aborto es parte de la “libertad” protegida por el derecho al debido proceso.

La opinión mayoritaria en *Dobbs*, antes de discutir esta teoría en profundidad, descartó una disposición constitucional adicional que algunos de los *amici* de los demandados han ofrecido como otro fundamento posible: la cláusula de igual protección de la XIV^a Enmienda.

Estiman que el “objetivo de prevenir el aborto” no constituye “animo discriminatorio odioso” contra la mujer. Las leyes que regulan o prohíben el aborto se aprecian por el mismo estándar de revisión que otras medidas de salud y seguridad.

Recuerda que, como ya advirtió el Tribunal tiene el deber de emplear el máximo cuidado cada vez que se le solicite abrir nuevos caminos en este campo, para que la libertad protegida por la cláusula del debido proceso no se transforme sutilmente en la imposición de las preferencias políticas de sus miembros.

En ocasiones dice Alito, cuando el Tribunal ha ignorado los “límites apropiados” impuestos por el “respeto de las enseñanzas de la historia”, ha caído en la política judicial despreocupada que caracterizó decisiones desacreditadas como *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905), en materia de esclavitud.

Hasta la última parte del siglo XX, no había apoyo en los Estados Unidos para un derecho constitucional a obtener un aborto. Ninguna disposición constitucional estatal había reconocido tal derecho. Hasta unos años antes de que el pronunciamiento *Roe* fuera expedido, ningún tribunal federal o estatal había reconocido tal derecho.

Tampoco existió ningún autor reconocido que lo sostuviera. Y aunque los casos de revisión de leyes no son reticentes a defender nuevos derechos, el artículo más antiguo que propone un derecho constitucional al aborto fue publicado unos pocos años antes que *Roe*.

Al momento de expedirse la XIV^a Enmienda, tres cuartas partes de los Estados habían tipificado el aborto como delito en cualquier etapa del embarazo, y los demás pronto lo harían. *Roe* ignoró o tergiversó esta historia, y *Casey* se negó a reconsiderar el análisis histórico defectuoso de *Roe*.

Dice Alito: es importante dejar las cosas claras.

Al contrario, los partidarios de *Roe* y *Casey* sostienen que el derecho al aborto es parte integrante de un derecho arraigado más amplio, que en *Roe* se denominó derecho a la privacidad, y en *Casey* se describió como la libertad de tomar “decisiones íntimas y personales” que son “centrales para la dignidad y autonomía personal”.

En *Casey* se afirmó: “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”. En ese caso no afirmó que este derecho ampliamente enmarcado fuere absoluto, y tal afirmación no sería plausible.

Bien dice ahora el voto mayoritario: aunque los individuos son ciertamente libres de pensar y decir lo que deseen sobre la “existencia”, etc., no siempre son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos. Licencia para actuar sobre la base de tales creencias puede corresponder a una de las muchas interpretaciones de “libertad”, pero ciertamente, eso no es “libertad ordenada”.

La libertad ordenada establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos. *Roe* y *Casey* afectaron el equilibrio o balance particular entre los intereses de una mujer que quiere abortar y los intereses de lo que llamaron “vida potencial”.

Agregan los *justices* en mayoría: pero el pueblo de los diversos Estados puede evaluar esos intereses de manera diferente. En algunos Estados, los votantes pueden creer que el derecho al aborto debe ser incluso más extenso que el derecho que reconocieron *Roe* y *Casey*. Los votantes de otros, tal vez, deseen imponer restricciones basadas en su creencia de que el aborto destruye un “ser humano por nacer”.

La comprensión histórica en los Estados Unidos de la libertad ordenada no impide que los representantes electos por el pueblo decidan cómo debe regularse el aborto.

Lo que distingue nítidamente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que se basan *Roe* y *Casey* es algo que ambas decisiones reconocieron: el aborto destruye lo que esas decisiones llaman “vida potencial” y lo que la ley de Mississippi considera como la vida de un “ser humano por nacer”.

La característica más llamativa de la opinión disidente, afirman, es la ausencia de cualquier discusión seria sobre la legitimidad del interés de los Estados en proteger la vida fetal. Esto es evidente en la analogía que trazan entre el derecho al aborto y los derechos reconocidos por sentencias a la anticoncepción en casados y solteros, conducta sexual con persona del mismo sexo y matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal vez, dice la mayoría con sagacidad, esto es diseñado para avivar el temor infundado de que la decisión en *Dobbs* pondrá en peligro esos otros derechos”. El ejercicio de los derechos mencionados por los disidentes no destruye una “vida potencial”, mientras que un aborto sí tiene ese efecto.

En otro orden, la opinión mayoritaria no se basa en ningún punto de vista sobre si y cuándo vida prenatal es titular de alguno de los derechos disfrutados después del nacimiento. La disidencia, por el contrario, impondría al pueblo su teoría particular acerca de cuándo los derechos de la personalidad comienzan.

2.5. Acerca del *stare decisis*, tópico que divide fuertemente a la mayoría y a los disidentes, pero también significa severa discrepancia entre el *Chief Justice* y la decisión del caso, admite que desempeña un papel importante en la jurisprudencia estadounidense,

sirviendo para muchos fines valiosos; protege los intereses de aquellos que han actuado confiando en una decisión anterior; fomenta la toma de decisiones “imparciales” al exigir que casos similares se decidan de manera similar; refrena la arrogancia judicial y hace respetar el juicio de aquellos que han lidiado con importantes preguntas en el pasado.

Destacan que hace tiempo que se reconoce que el *stare decisis* “no es una orden inexorable”, y que “está en su punto más débil cuando interpretamos la Constitución”. Pero cuando se trata de la interpretación de la Constitución, el Tribunal otorga un gran valor a que el asunto se “resuelva correctamente”. Además, cuando una de nuestras decisiones constitucionales se desvía, el país suele quedarse con la mala decisión a menos que corriamos nuestro propio error. Una decisión constitucional errónea puede corregirse modificando la Constitución, pero la Constitución estadounidense es notoriamente difícil de enmendar. Por lo tanto, en circunstancias apropiadas debemos estar dispuestos a reconsiderar y, en su caso, invalidar las decisiones constitucionales.

Algunas de las decisiones constitucionales más importantes de los Estados Unidos han invalidado precedentes anteriores. Mencionan casos paradigmáticos, como *Brown v. Board of Education*, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, *Coppage v. Kansas*, etc.

Dice con ajuste a la realidad Alito que, sin estas decisiones, la Constitución estadounidense sería irreconocible, y los Estados Unidos sería un país diferente.

Ningún juez del Tribunal Supremo ha argumentado jamás que el Tribunal nunca debe invalidar una decisión constitucional, pero invalidar un precedente es un asunto serio; no debe tomarse a la ligera. Los casos del tribunal han intentado proporcionar un marco para decidir cuándo se debe invalidar un precedente y han identificado factores que deben ser considerados para tomar decidir.

2.6. En este caso, cinco factores pesan fuertemente a favor de invalidar a *Roe* y *Casey*: la naturaleza de su error, la calidad de su razonamiento, la “viabilidad” de las reglas que impusieron en el país, su efecto disruptivo en otras áreas de la ley, y la ausencia de confianza concreta.

- a) una interpretación errónea de la Constitución siempre es importante, pero algunas son más dañinas que otras.

Por razones ya explicadas, el análisis constitucional de *Roe* estaba muy por fuera de los límites de cualquier interpretación razonable de las diversas disposiciones constitucionales a las que vagamente invocó.

Más bien, ejerciendo nada más que “*raw judicial power*” –advíertase la severidad del concepto según el uso judicial estadounidense–, el Tribunal usurpó el poder para abordar una cuestión de profunda importancia moral y social que la Constitución deja inequívocamente para el pueblo.

Como explicó posteriormente a *Roe* el juez White, “las decisiones que encuentran en la Constitución principios o valores que no pueden leerse justamente en ese documento usurpan la autoridad del pueblo, porque tales decisiones representan elecciones que el pueblo nunca ha hecho y que no pueden desautorizar mediante legislación correctiva”.

- b) *Roe* encontró que la Constitución implícitamente confería un derecho a obtener un aborto, pero no basó su decisión en el texto, la historia o el precedente. Se basó en

una errónea narrativa histórica; dedicó gran atención y presumiblemente se basó en asuntos que no tienen relación con el significado de la Constitución; hizo caso omiso de la diferencia fundamental entre los precedentes en los que se basó y la cuestión planteada ante el Tribunal; inventó un conjunto elaborado de reglas, con diferentes restricciones para cada trimestre de embarazo.

La pluralidad en *Casey*, reemplazó ese esquema con una prueba arbitraria de “carga indebida” y se basó en una versión excepcional del *stare decisis* que el Tribunal nunca antes había aplicado y nunca ha invocado desde entonces.

- c) Las debilidades del razonamiento en *Roe* son conocidas. El esquema elaborado fue una creación del propio Tribunal. Ninguna de las partes abogó por el marco trimestral; ni cualquiera de las partes o cualquier *amicus* argumentaron que la “viabilidad” debe marcar el punto en el que el alcance del derecho al aborto y la autoridad reguladora de un Estado debe ser sustancialmente transformado.
- d) El efecto disruptivo de este esquema se advierte porque no solo se parece al trabajo de una legislatura, sino que el Tribunal hizo poco esfuerzo para explicar cómo estas reglas podrían deducirse de cualquiera de las fuentes en las que las decisiones constitucionales suelen basarse.
- e) Se verificó falta concreta de confianza en la decisión de *Roe*.

2.7. Finalmente, después de todo esto, el Tribunal recurrió al precedente. Citando una amplia gama de casos, el Tribunal creyó encontrar apoyo en el “derecho a la privacidad personal”, pero combinó dos significados muy diferentes del término: el derecho para proteger la información de la divulgación y el derecho a hacer e implementar decisiones personales importantes sin interferencia gubernamental. Sólo los casos que involucran este segundo sentido del término podría tener alguna relevancia para el tema del aborto. Casos sobre derecho a enviar niños a centros religiosos; algunos de los casos en esa categoría involucraron decisiones personales que obviamente estaban muy lejos, como derecho a que los niños reciban enseñanza del idioma alemán; casos que tenían algo que ver con el matrimonio; derecho a casarse con una persona de una raza diferente, o la procreación, derecho a no ser esterilizado; derecho de las personas casadas a obtener anticonceptivos, igual, para personas solteras. Pero ninguna de estas decisiones involucró lo que es distintivo acerca de aborto: su efecto en lo que *Roe* denominó “vida potencial”.

El esquema que produjo *Roe* parecía legislación, y el Tribunal proporcionó el tipo de explicación que cabría esperar de un órgano legislativo.

2.8. Diferencias científicas sobre la viabilidad siglo XIX: treinta y dos o treinta y tres semanas de embarazo o incluso más; cuando se decidió *Roe*, la viabilidad se calculó en aproximadamente veintiocho semanas; hoy, los encuestados trazan la línea en veintitrés o veinticuatro semanas. Entonces, de acuerdo con la lógica de *Roe*, los Estados ahora tienen un interés apremiante en proteger al feto con una edad gestacional de, digamos, veintiséis semanas, pero en 1973, los Estados no tenía interés en proteger un feto idéntico. Se pregunta la mayoría: ¿Cómo puede ser?

La viabilidad también depende de la “calidad de los recursos disponibles”. ¿puede ser que un feto que es viable en una gran ciudad en los Estados Unidos tiene un estatus

moral privilegiado no disfrutado por un feto idéntico en un área remota de un pobre de otro Estado de los EEUU?

La línea de viabilidad, que *Casey* denominó regla central de *Roe*, no tiene sentido, y es revelador que otros países casi evitan uniformemente tal línea.

Por lo tanto, el Tribunal afirmó *raw* poder judicial para imponer, como una cuestión de derecho constitucional, una regla de viabilidad uniforme que permitía a los Estados menos libertad para regular el aborto que la mayoría de los Estados democráticos occidentales.

Cuando *Casey* consideró a *Roe* casi 20 años después, conservó muy poco del razonamiento. La mayoría abandonó cualquier confianza en un derecho de privacidad y en su lugar basó el derecho al aborto enteramente en la XIV^a Enmienda.

Casey también implementó una versión novedosa de la doctrina del *stare decisis*.

2.9. Los precedentes del Tribunal aconsejan que otra consideración importante al decidir si un precedente debe invalidarse es si la regla que impone es viable, es decir, si puede entenderse y aplicarse de una manera consistente y predecible (*workability*). Los problemas comienzan con el concepto mismo de “carga indebida”.

La pluralidad de *Casey* trató de dar sentido a la prueba de la carga indebida, al establecer tres reglas subsidiarias, pero estas reglas crearon sus propios problemas.

La primera: “una disposición de la ley es inválida, si su propósito o efecto es colocar un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto antes de que el feto alcance la viabilidad”.

La segunda: las medidas destinadas a “asegurar que la elección de la mujer sea informada” son constitucionales siempre y cuando no imponen “una carga indebida al derecho”.

La tercera: complica aún más el panorama. Se impone una carga indebida si hay innecesarias normas sanitarias que tengan el propósito o efecto de presentar un obstáculo sustancial a una mujer que busca un aborto.

Las reglas subsidiarias presentan, pues, ambigüedades y generaron dificultades prácticas en el Tribunal Supremo y en otros tribunales.

2.10 Efecto sobre otras áreas del derecho. *Roe* y *Casey* han llevado a la distorsión de muchas doctrinas legales importantes, y ese efecto proporciona mayor apoyo para invalidarlas.

Por ejemplo, la mayoría sostiene que, entre otras: han hecho caso omiso de los principios estándar de *res judicata*; han afectado la regla de que las leyes deben interpretarse, siempre que sea posible, para evitar concluir en la inconstitucionalidad; han distorsionado las doctrinas de la I^a Enmienda, etc.

Consideran que invalidar *Roe* y *Casey* no compromete los llamados “intereses de confianza”

2.11 Es punto central en la opinión mayoritaria, que el tema es devuelto al debate y decisión política democrática.

2.12. Precisan que nada en esta opinión debe entenderse para poner en duda precedentes que no conciernen al aborto.

2.13. El pueblo estadounidense vería afectada su creencia en el imperio del Derecho si perdiera el respeto a este Tribunal como institución que decide casos importantes basado “en principios”, no en “presiones sociales y políticas”.

Dicen: No podemos permitir que nuestras decisiones se vean afectadas por influencias externas tales como preocupación por la reacción del público a nuestro trabajo. Eso es cierto tanto cuando inicialmente decidimos una cuestión constitucional como cuando consideramos si invalidar una decisión previa.

La pluralidad de *Casey* “llamó a las partes contendientes de una controversia nacional a poner fin a su división nacional”, y reclamó la autoridad para imponer un asentamiento permanente del tema del derecho constitucional al aborto simplemente diciendo que el asunto estaba cerrado.

Consideran que ese reclamo sin precedentes excedía el poder que les otorga la Constitución, por lo que afirman: el tribunal no puede lograr la resolución permanente de una ardorosa controversia nacional simplemente dictando un acuerdo y diciéndole a la gente que siga adelante.

Dice la mayoría que no pretende saber cómo reaccionará el sistema político o cómo responderá la sociedad a la decisión de hoy que invalida *Roe* y *Casey*. E incluso si pudiéramos prever lo que sucederá, no tendría autoridad para permitir que ese conocimiento influya en nuestra decisión. Sólo podemos hacer nuestro trabajo, que es interpretar y aplicar los principios de larga data del *stare decisis* y decidir este caso en consecuencia.

2.14. Analizando la opinión concurrente de Roberts en la sentencia, argumentan y acreditan que incurre en serios problemas con su enfoque y puntualmente la desestiman.

2.15. Finalmente, se pronuncian sobre qué estándar rige la impugnación de la ley de Mississippi.

Según los precedentes del Tribunal, la revisión de base racional es el estándar apropiado. De ello se sigue que los Estados pueden regular el aborto por causas legítimas, y cuando dichas normas sean impugnadas, según la Constitución, los tribunales no pueden “sustituir el juicio de los órganos legislativos por sus creencias sociales y económicas”.

En el caso, los intereses legítimos justifican la ley de edad gestacional de Mississippi, de “proteger la vida de los no nacidos”. Por lo que la cuestión de inconstitucionalidad promovida debe desestimarse.

3. Voto concurrente del juez Thomas

3.1. Se une a la opinión del Tribunal porque sostiene correctamente que no existe el derecho constitucional al aborto, adhiriendo a la fundamentación de la mayoría respecto de la XIV^a. Enmienda.

3.2. Escribe por separado para enfatizar una segunda razón fundamental por la cual no existe una garantía de aborto al acecho en la cláusula del debido proceso.

El “debido proceso sustantivo” es un oxímoron que “carece de toda base en la Constitución”

Debido a que la cláusula del debido proceso no asegura ningún derecho sustantivo, no asegura un derecho al aborto.

El Tribunal hoy se niega a perturbar la jurisprudencia sustantiva del debido proceso en general o la aplicación de la doctrina en otros contextos específicos. Casos como los ya mencionados *Griswold v. Connecticut*, *Lawrence v. Texas*, y *Obergefell v. Hodges*, no están en cuestión, ninguna de las partes nos pidió que decidiéramos.

En casos futuros, podríamos reconsiderar todos los precedentes sustantivos del debido proceso de este Tribunal, incluidos esos. Debido a que cualquier decisión sustantiva del debido proceso es “demostrablemente errónea”. tenemos el deber de “corregir el error” establecido en dichos precedentes, Después de anular estas decisiones demostrablemente erróneas, la pregunta seguiría siendo si otras disposiciones constitucionales garantizan la miríada de derechos que han generado nuestros casos sustantivos de debido proceso. Por ejemplo, podríamos considerar si alguno de los derechos anunciados en el debido proceso sustantivo de este Tribunal, son “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos” protegidos por la XIVª Enmienda.

Considera Thomas que para responder a ello, tendríamos que decidir cuestiones antecedentes importantes, incluso si la cláusula de privilegios o inmunidades protege cualquier derecho que no sea enumerado en la Constitución y, de ser así, cómo identificar esos derechos. Dicho esto, incluso si la Cláusula protege derechos no enumerados, el Tribunal concluye demostrando que el aborto no es uno de ellos bajo ningún enfoque interpretativo plausible.

Afirma terminantemente: la “ficción jurídica” del debido proceso sustantivo es “particularmente peligrosa”.

Al menos tres peligros ayudan a desechar la doctrina por completo.

Primero: “el debido proceso sustantivo exalta a los jueces a expensas del Pueblo del que derivan su autoridad”. El Tribunal ha luchado durante mucho tiempo para definir qué derechos sustantivos protege”. El enfoque para identificar esos derechos “fundamentales” “indiscutiblemente implica la formulación de políticas en lugar de un análisis jurídico neutral”

El Tribunal adivina nuevos derechos, en línea con “sus propias preferencias de valor extraconstitucional” y anula las leyes estatales que no se alinean con las garantías creadas judicialmente.

Segundo: el debido proceso sustantivo distorsiona otras áreas. Por ejemplo, una vez que este Tribunal identifica un derecho “fundamental” para una clase de individuos, invoca la cláusula de igual protección para exigir un escrutinio riguroso de estatutos que niegan el derecho a otros. En tanto las que implican ciertos derechos “no fundamentales” reciben solo una revisión superficial.

Considera Thomas que el debido proceso sustantivo es la inspiración central para muchos de los juicios de política constitucionalmente realizados por el Tribunal.

Tercero, el debido proceso sustantivo a menudo se ejerce con “fines desastrosos” (por ej.: esclavos).

Concluye Thomas: hoy, el Tribunal invalida acertadamente *Roe* y *Casey*, dos de las decisiones sustantivas de debido proceso “más notoriamente incorrectas” de este Tribunal. El daño causado por las incursiones de este Tribunal en el debido proceso sigue siendo inconmensurable.

Debido a que la mayoría del Tribunal aplica correctamente nuestros precedentes del proceso para rechazar la fabricación de un derecho constitucional al aborto, y debido a que este caso no presenta la oportunidad de rechazar completamente el debido proceso sustantivo, me sumo a su opinión. Pero, en casos futuros, debe “regir el texto de la Constitución, que establece ciertos derechos sustantivos que no pueden ser arrebatados, y añade, además, un derecho al debido proceso cuando la vida, la libertad, la o la propiedad ha de ser quitada”.

En consecuencia, debemos eliminar las extensiones del debido proceso sustantivo de nuestra jurisprudencia, en la primera oportunidad disponible.

4. Voto concurrente del juez Kavanaugh

4.1. Sostiene que opina por separado para explicar sus puntos de vista adicionales sobre por qué *Roe* se decidió incorrectamente, por qué debe ser anulado en este momento, y las implicaciones futuras de la decisión de hoy.

La cuestión ante este Tribunal, afirma, no es la política o moralidad del aborto. La cuestión ante este Tribunal es qué dice la Constitución sobre el aborto. La Constitución no toma partido en el tema del aborto. el texto de la Constitución no se refiere ni abarca el aborto.

Estima que el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y la tradición de los Estados Unidos, como la mayoría hoy explica.

La Constitución no es, por lo tanto, ni provida ni proabortista. La Constitución es neutral. y deja el tema para que el pueblo y sus representantes electos lo resuelvan en los Estados o en el Congreso, como las numerosas otras cuestiones difíciles de la política social y económica estadounidense que la Constitución no aborda.

Debido a que la Constitución es neutral en el tema del aborto, este Tribunal también debe ser escrupulosamente neutral. Los nueve miembros no electos de este Tribunal no poseen la autoridad constitucional para anular el proceso democrático y decretar una política pro-vida o pro-elección del aborto para los 330 millones de personas en los Estados Unidos.

4.2. La decisión del Tribunal de hoy no prohíbe el aborto por ley en todo Estados Unidos. Por el contrario, la decisión del Tribunal deja propiamente la cuestión de aborto para el pueblo y sus representantes electos en el proceso democrático. A través de ese proceso democrático, el pueblo y sus representantes pueden decidir permitir o limitar el aborto. Como afirmó el juez Scalia, los “Estados pueden, si desean, permitir el aborto a pedido, pero la Constitución no les obliga a hacerlo”.

4.3. Sentado lo precedente, Kavanaugh ingresa a “la pregunta más difícil” en este caso: si corresponde anular la decisión de *Roe*.

El principio de *stare decisis* requiere respeto por los precedentes del Tribunal y por la sabiduría acumulada de jueces que hayan abordado previamente el mismo tema.

El *stare decisis* tiene sus raíces en el Artículo III de la Constitución y es fundamental para el sistema judicial y para la estabilidad del Derecho estadounidense.

La adhesión al precedente es la norma, y *stare decisis* impone un listón alto antes de que este Tribunal pueda invalidar un precedente. La historia del Tribunal muestra, sin embargo, que *stare decisis* no es absoluto, y de hecho no puede ser absoluto.

¿Cuándo exactamente debería el Tribunal anular un precedente constitucional erróneo? La historia del *stare decisis* en el Tribunal establece que puede invalidarse únicamente cuando (i) la decisión anterior no solo es incorrecta, sino que es flagrantemente incorrecta, (ii) la decisión anterior ha causado significativas consecuencias negativas en el plano jurisprudencial o del mundo real, y (iii) si anular la decisión anterior no altera indebidamente los intereses legítimos de confianza.

Todo eso explica por qué decenas de millones de estadounidenses –lo acreditan los veintiséis Estados que solicitan explícitamente al Tribunal anular *Roe*–, no lo aceptan, ni siquiera cuarenta y nueve años después.

Pero el análisis de *stare decisis* aquí es algo más complicado debido a *Casey*, en que se hizo un esfuerzo, bien intencionado, pero no resolvió el debate sobre el aborto y la división nacional no terminó. La experiencia de los últimos treinta años entra en conflicto con el juicio predictivo de *Casey* y, por lo tanto, socava su fuerza como precedente.

4.4. Los argumentos de las partes han suscitado otras cuestiones relacionadas, y pasa a ocuparse de algunas de ellas.

En primer lugar: la cuestión de cómo esta decisión afectará a otros precedentes relacionados con cuestiones como la anticoncepción y el matrimonio. Lo que El Tribunal declara hoy es invalidar *Roe*. Ello no significa anular la decisión de esos precedentes, y no amenaza ni arroja dudas de esos precedentes.

En segundo lugar: en opinión de Kavanaugh, algunas de las otras cuestiones legales relacionadas con el aborto planteadas por la decisión de hoy no son especialmente difíciles como cuestiones constitucionales. Por ejemplo, ¿puede un Estado prohibir a una residente de ese Estado viajar a otro Estado para obtener un aborto? En su opinión, la respuesta es no, basado en el derecho constitucional a los viajes interestatales. ¿Puede un Estado imponer retroactivamente la responsabilidad o el castigo por un aborto que ocurrió antes de que la decisión de hoy entre en vigor? En su opinión, la respuesta es no basada en las cláusulas de debido proceso y *ex post facto*.

Otras cuestiones legales relacionadas con el aborto pueden surgir en el futuro. Pero este tribunal ya no decidirá la cuestión fundamental de si se debe permitir el aborto en todo Estados Unidos hasta las seis semanas, o alguna otra línea. El Tribunal ya no decidirá cómo balancear los intereses de la mujer embarazada con los de proteger la vida fetal a través del embarazo.

4.5. El Tribunal de *Roe* tomó partido sobre una consecuencia moral y cuestión de política de la que este Tribunal no tenía competencia constitucional para decidir. Al

tomar partido, distorsionó la comprensión de la Nación sobre el papel adecuado de este Tribunal en el sistema constitucional estadounidense y, por lo tanto, perjudicó al Tribunal. como institución. Como explicó el juez Scalia, “destruyó los compromisos del pasado, hizo compromisos imposibles para el futuro, y requirió que todo el problema se resolviera de manera uniforme, a nivel nacional.”

5. Voto concurrente del juez presidente John Roberts

5.1. Es generalmente considerado como integrante del grupo calificado como conservador (con Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett) por contraposición a los progresistas, en este caso, los disidentes (Breyer, Sotomayor y Kagan). Sin embargo, en esta sentencia expide una opinión concurrente que desarrolla diversas objeciones respecto de la argumentación mayoritaria, que compromete, por lo dicho, una materia particularmente sensible y recibió puntual y precisa respuesta.

5.2. Propone como pregunta central: “Si son inconstitucionales todas las prohibiciones de los abortos voluntarios previos a la línea de viabilidad”.

Afirma Roberts que Mississippi considera que un fallo a su favor no requiere anular *Roe* o *Casey*. La afirmación es controvertida por la mayoría.

Expresa que él tomaría un camino “más medido”. Dice Roberts: “Estoy de acuerdo con el Tribunal que la línea de viabilidad establecida por *Roe* y *Casey* debe descartarse bajo un análisis de *stare decisis*”. Esa línea nunca tuvo ningún sentido. Nuestros precedentes sobre el aborto describen el derecho en cuestión como un derecho de la mujer. Derecho a optar por interrumpir su embarazo. Ese derecho, por lo tanto, debe extenderse lo suficiente para garantizar “una oportunidad de elegir”, pero no necesita extenderse más, ciertamente no todo el lapso hasta la viabilidad. La ley impugnada de Mississippi permite a una mujer tres meses para obtener un aborto, mucho más allá del punto en el que se considera “tarde” para comprobar el embarazo y hacerse un aborto.

La mayoría argumentó sobre la imprecisión del criterio.

Pero eso es todo lo que diría, por adhesión a un simple principio fundamental de la moderación judicial: si no es necesario decidir más para resolver un caso, entonces es necesario no decidir más.

5.3. Manifiesta su acuerdo con la mayoría sobre la única cuestión que tenemos que decidir aquí: si mantener la regla de *Roe* y *Casey* que el derecho de una mujer a terminar su embarazo se prolonga hasta el punto de que el feto se considera “viable” fuera del útero. Comparte que esta regla debe descartarse.

Define la línea de viabilidad como “una reliquia” de una época en la que reconocíamos solo dos intereses estatales que justificaban la regulación del aborto: salud materna y protección de la “vida potencial”. Eso cambió con *Gonzales v. Carhart*, 550 U. S. 124 (2007). Allí reconocimos una gama más amplia de intereses, como precisar “una línea clara que distinga claramente el aborto y el infanticidio”, manteniendo la ética social y preservando la integridad de la profesión médica. La línea de viabilidad no tiene nada que ver con el avance de los objetivos permisibles.

Considérese, por ejemplo, los estatutos aprobados en varias jurisdicciones que prohíben los abortos después de las veinte semanas de embarazo, basados en la teoría de que un feto puede sentir dolor en esa etapa de desarrollo. Asumiendo que la prevención del dolor fetal es un interés estatal legítimo después de *Gonzales*, no parece haber razón por la cual la viabilidad sería relevante para la permisibilidad de tales leyes. Lo mismo se aplica a las leyes diseñadas para “proteger la integridad y la ética de la profesión médica” y restringir los procedimientos que puedan “empañar a la sociedad” a la “dignidad de la vida humana”.

5.4. Sin embargo, nada de esto requiere que también demos el paso dramático de eliminar por completo el aborto desde el principio reconocido en *Roe*.

Nuestra práctica establecida es, en cambio, no “formular una regla de derecho constitucional” más amplia de lo que exigen los hechos precisos a los que se refiere o se va a aplicar.”

Siguiendo ese “principio fundamental de *self* restraint (auto restricción judicial)”, debe comenzar con la base más estrecha para la disposición, procediendo a considerar una más amplia solamente si es necesaria para resolver el caso en cuestión. Es solo donde no hay un fundamento de decisión válido más limitado que debe pasar a abordar un tema más amplio, como si una decisión constitucional debe ser revocada.

Aquí, hay un camino claro para decidir este caso correctamente, sin desautorizar a *Roe* hasta los cimientos: reconocer que la línea de viabilidad debe descartarse, como hace bien la mayoría, y dejar para otro momento rechazar cualquier derecho al aborto.

Sostiene que *Roe* “no declaró un derecho constitucional incondicional al aborto”, sino que protegió “a la mujer de interferencias indebidamente gravosas” con su libertad de decidir si interrumpir su embarazo”.

La anulación de la regla subsidiaria es suficiente para resolver este caso a favor de Mississippi. La ley en cuestión permite abortos hasta por quince semanas, brindando una oportunidad adecuada para ejercer el derecho que *Roe* protege.

5.5. Si un precedente debe ser anulado es una cuestión “totalmente a discreción del Tribunal”. (*stare decisis* es un “principio de política”). En su opinión, el ejercicio sensato de esa discrecionalidad debería haber llevado al Tribunal a resolver el caso sobre la base de motivos más limitados establecidos anteriormente, en lugar de anular *Roe* y *Casey* por completo.

La decisión del Tribunal de invalidar *Roe* y *Casey* es una seria sacudida para el sistema legal, independientemente de cómo se vean esos casos

6. La opinión disidente

6.1. Los jueces Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan disienten

Consideran que, durante medio siglo, *Roe* y *Casey*, han protegido la libertad e igualdad de las mujeres. *Roe* sostuvo, y *Casey* reafirmó, que la Constitución salvaguarda el derecho de la mujer a decidir por sí misma si tener un hijo; igualmente que, en las primeras etapas del embarazo, el gobierno no puede tomar esa decisión por las mujeres. El gobierno no

puede controlar el cuerpo de una mujer o el curso de la vida de una mujer, ni puede determinar cuál sería el futuro de la mujer. Respetando a la mujer como un ser autónomo, y otorgándole su plena igualdad, significaba darle opciones sustanciales sobre esta persona y la más importante de todas las decisiones de la vida.

Consideran que ambas sentencias entendieron bien la dificultad y la pluralidad de opiniones en el tema. Lograron un equilibrio o balance, como a menudo lo hace cuando los valores y las metas compiten. Sostuvo que el Estado podría prohibir los abortos después de la viabilidad fetal, con excepciones para salvaguardar la vida de una mujer o su salud. Sostuvo que incluso antes de la viabilidad, el Estado podría regular el procedimiento de aborto de múltiples y significativas maneras. Pero hasta que se cruce la línea de viabilidad, el Tribunal sostuvo que un Estado no podría imponer un “obstáculo sustancial” al “derecho de la mujer a elegir el procedimiento” que ella (no el gobierno) creyera adecuado, a la luz de todas las circunstancias y complejidades de su propia vida.

Hoy, la mayoría del Tribunal descarta ese balance.

Los *justices* disidentes ponen en práctica su imaginación, con reiteradas notas de dramatismo, pero sin consideración de la vida del niño por nacer.

Dicen que, desde el mismo momento de la concepción, una mujer no tiene derecho a abortar. Un Estado puede obligarla a llevar a término un embarazo, incluso a los costos personales y familiares más elevados. Una restricción al aborto, sostiene la mayoría, es permisible siempre que sea racional, es decir, el nivel más bajo de escrutinio conocido. Y porque, como ha dicho muchas veces el Tribunal, proteger la vida fetal es racional, los Estados se sentirán libres de promulgar todo tipo de restricciones. La ley en cuestión de Mississippi prohíbe los abortos después de la semana quince de embarazo. Sin embargo, según la opinión de la mayoría, la ley de otro Estado podría hacerlo después de diez semanas, ... o ... desde el momento de la concepción. Los Estados ya han aprobado leyes de este tipo, anticipándose al fallo de hoy. Seguirán más. Algunos Estados han promulgado leyes que se extienden a todas las formas o procedimientos de aborto, incluida la toma de medicamentos en el propio hogar. En los casos de violación o incesto, una mujer tendrá que dar a luz al hijo de su violador o a una niña pequeña de su padre, sin importar si al hacerlo destruirá su vida. Así también, después del fallo de hoy, algunos Estados pueden obligar a las mujeres a llevar a término un feto con graves anomalías físicas, por ejemplo, uno afectado por la enfermedad de Tay-Sachs, que seguramente morirá a los pocos años de nacer. Los Estados pueden incluso argumentar que la prohibición del aborto no necesita prever la protección de la mujer del riesgo de muerte o daño físico. a través de una amplia gama de circunstancias, un Estado podrá imponer su elección moral sobre una mujer y obligarla a dar a luz un niño.

Continúan considerando que la aplicación de todas estas restricciones draconianas también queda en gran medida sujetas a los dispositivos de los Estados. Por supuesto, un Estado puede imponer sanciones penales a los proveedores de servicios de aborto, incluidas largas penas de prisión. Pero algunos Estados no se detendrán allá. Tal vez, a raíz de la decisión de hoy, una ley estatal criminalizará también la conducta de la mujer, encarcelarla o multarla por atreverse a buscar u obtener un aborto.

La mayoría trata de ocultar la expansión geográfica de los efectos de su sentencia. Dicen los disidentes que la decisión de hoy permite que “cada Estado” aborde el aborto como le plazca.

Eso es un frío consuelo, por supuesto, para la pobre mujer. que no puede conseguir el dinero para volar a un Estado lejano para un trámite. Sobre todo, las mujeres que carecen de recursos económicos sufrirán la decisión de hoy. En cualquier caso, las restricciones interestatales también estarán a la vista. Después de esta decisión, algunos Estados pueden impedir que las mujeres viajen fuera del Estado para obtener abortos, o incluso de recibir medicamentos abortivos de fuera del Estado. Algunos pueden criminalizar esfuerzos, incluida la provisión de información o financiación, para ayudar a las mujeres a obtener acceso a los servicios de aborto de otros Estados.

Lo más amenazante de todo es que nada en la decisión de hoy. evita que el gobierno federal prohíba los abortos a nivel nacional, una vez más desde el momento de la concepción y sin excepciones por violación o incesto. Si eso sucede, el punto de vista de los ciudadanos de un Estado individual no importará.

El desafío para una mujer será financiar un viaje no a “Nueva York o California” sino a Toronto.

Continúan: cualquiera que sea el alcance exacto de las futuras leyes, el resultado de la decisión de hoy es cierto: la reducción de los derechos de las mujeres y de su condición de ciudadanos libres e iguales. Ayer, la Constitución garantizó que una mujer que se enfrenta a un embarazo no planeado podría (dentro de límites razonables) tomar su propia decisión sobre si cursar un embarazo o no, con todas las consecuencias transformadoras de la vida que ello implica. Y al salvaguardar así la libertad reproductiva de cada mujer, la Constitución también protegía “la capacidad de las mujeres a participar equitativamente en la economía y la vida social.” Pero ya no. Por lo que hoy sostiene el Tribunal, un Estado siempre puede obligar a una mujer dar a luz, prohibiendo incluso los abortos tempranos. El Estado puede así transformar lo que, cuando se emprende libremente, es una maravilla en lo que, cuando es forzado, puede ser una pesadilla.

Algunas mujeres, especialmente aquellas con disponibilidad de recursos, encontrarán maneras en torno a evadir el poder del Estado. Otras –aquellas sin dinero o con niños a su cuidado o sin la posibilidad de tomarse un tiempo libre de trabajo, no serán tan afortunadas. Tal vez prueben un método de aborto inseguro y sufran daños físicos, o incluso la muerte. Tal vez se sometan a un embarazo y tengan un hijo, pero a un costo personal o familiar significativo. por lo menos, incurrirán en el costo de perder el control de sus vidas.

La Constitución, por lo que sostiene la mayoría de hoy, no proporcionará ningún escudo, a pesar de las garantías de libertad e igualdad para todos.

6.2. Y nadie debe estar seguro de lo que esta mayoría pueda hacer. El derecho que *Roe* y *Casey* reconocieron no es único. Por el contrario, el Tribunal lo ha vinculado por décadas a otras libertades establecidas que implican la integridad corporal, relaciones familiares y procreación. Lo más obvio, el derecho a interrumpir un embarazo surgió directamente del derecho a comprar y usar métodos anticonceptivos. (traen a colación los pluricitados casos *Griswold*, *Eisenstadt*, *Lawrence* y *Obergefell*). Todos son parte del mismo tejido (fábrica) constitucional, protegiendo la toma de decisiones autónoma sobre la más personal de las decisiones de la vida. Sin embargo, la mayoría afirma que no “pone en duda los precedentes que no conciernen al aborto”.

Stare decisis es la expresión latina para una piedra fundamental del *rule of law*: que las cosas decididas deben permanecer así decididas a menos que haya una muy buena razón para el cambio. Es una doctrina de modestia y humildad judicial.

Esas cualidades no son evidentes en la opinión de hoy.

Casey es un precedente sobre precedente. Revisó los mismos argumentos presentados aquí para respaldar la anulación de *Roe* y descubrió que hacerlo no correspondía. El Tribunal cambia de rumbo hoy por una razón y por una sola razón: porque la composición de este Tribunal ha cambiado. *Stare decisis*, ha dicho el Tribunal a menudo, “contribuye a la integridad real y percibida del sistema judicial” asegurando que las decisiones estén “fundadas en la ley más que en las inclinaciones de los individuos”.

7. Las consecuencias en los Estados Unidos y en otros estados

7.1. En los Estados Unidos, el efecto político interno fue inmediato y coincidió con lo esperable. El Gobierno del presidente Joe Biden y los legisladores del Partido Demócrata, así como sus Gobernadores, se alinearon, en general, con la opinión disidente suscrita por los tres jueces considerados progresistas.

Los legisladores del Partido Republicano y Gobernadores pertenecientes al mismo, hicieron lo propio con la opinión de la mayoría, acordada por cinco de los seis jueces llamados conservadores.

Si se expidiera una ley sobre aborto por el Congreso de los Estados Unidos, deberá verificarse su constitucionalidad de acuerdo con los estándares que surgen de *Dobbs*, que es de prever, no cambiarán, en tanto no se modifique sustancialmente la integración del Tribunal Supremo.

7.2 También en la federación estadounidense, pero en el ámbito de los Estados miembros, la sentencia expedida en *Dobbs* impactó de inmediato. Así se advirtió en el referéndum realizado en el Estado de Kansas el 2.VIII-2022, sobre si ¿Debería enmendarse la Constitución de Kansas removiendo el derecho al aborto? (el NO obtuvo el 58,8%).

Y naturalmente se trasladó a los debates sobre iniciativas de enmiendas constitucionales o legales y referéndums que se celebrarán en noviembre de 2022, coincidentemente con las elecciones de medio término, en Estados como Kentucky, Vermont, Michigan, Montana y California.

7.3. El Parlamento Europeo, enmarcado en una curiosa internacionalización, aprobó una decisión el 7-VII-2022, por 425 votos a favor y 122 votos en contra, sobre la sentencia del caso *Dobbs* de invalidar *Roe* y *Casey* y la “necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión”.

7.4. En Francia, al estar la problemática del aborto regulada por ley ordinaria de 1975 y modificativas y alcanzada por las decisiones del Consejo Constitucional de 15-I-1975⁶ (que se fundó en el principio de libertad, reconocido por el artículo 2 de la

6 Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm> (acceso 14-X-2022).

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), y de 27-VI-2001⁷ (que invocó, además, la libertad de conciencia) , se presentó de inmediato un proyecto de ley constitucional, seguido de enmiendas, que incorporaría como artículo 66-2, el siguiente texto: “Nadie puede vulnerar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y la anticoncepción. La ley garantiza a toda persona que lo solicite el libre y efectivo acceso a estos derechos”⁸. Ello ha generado interesante debate doctrinal: por ejemplo: ¿no hay límite temporal alguno?

Se espera, para noviembre de 2022, que se produzca un primer pronunciamiento de la Asamblea Nacional, dentro del muy complejo procedimiento aplicable para reformar la Constitución de la Vª República.

7.5. En lo que atañe a Uruguay, es obvio que debemos advertir las diferencias entre las respectivas estructuras del Estado: federal y unitario. También las relativas a la inexistencia en el sistema jurídico de Uruguay de *stare decisis*, al ser un instituto muy diferente el previsto por la ley 15.982, art. 519, inc. 2.2.

Pero la sentencia tendrá relevancia, al igual que en todo el universo de los Estados democráticos, en los debates político y jurídico sobre interpretación del orden constitucional uruguayo en materia de aborto, posibilitando coadyuvar con algunas opiniones (Esteva, 2012, 87; 2014, 55).

8. Conclusiones

8.1. La principal aportación del voto mayoritario en *Dobbs* es la defensa del derecho a la vida del ser humano desde la concepción –y a través de todo el tiempo de la gestación–, procurando superar el inadecuado concepto difundido por *Roe* durante medio siglo de “vida potencial”.

8.2. Es significativo que el concepto a que llegó la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo tiende a coincidir con el que resulta literalmente del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

8.3. La fundamentación que formuló Samuel Alito –que acompañaron Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett– procura mantener al Tribunal Supremo y, por ende, a todos los órganos del Poder Judicial de los Estados Unidos de América, en el ámbito de su competencia constitucional, sin incurrir en abusos o invasiones de las asignadas al Poder Legislativo –tanto federal como de los Estados– y fundamentalmente del Poder Constituyente. Y lo hace con la necesaria firmeza: en *Roe* se incurrió en “*raw judicial power*”, lo que es singularmente trascendente a la luz de las concepciones en boga en el marco del “activismo judicial” estadounidense y, en otras latitudes, del neoconstitucionalismo ideológico.

7 Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001446DC.htm> (acceso 14-X-2022).

8 Véase, uno de los proyectos, disponible en: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/116b0293_proposition-loi (acceso: 14-X-2022).

8.4 Otra aportación que considero singularmente relevante es la diferenciación entre los derechos implícitos que es dable reconocer a partir de la XIVª Enmienda y otras posibilidades del texto constitucional. Poner en claro cómo debe procederse es decisivo para tratar de evitar que, como sucedió en el último medio siglo en los Estados Unidos, en base a un derecho reconocido por la mayoría en *Roe*, generó, según surge de la sentencia, la práctica de 63.000.000 de abortos (datos en la opinión concurrente de Thomas).

8.5 Como siempre sucede, recordando eminentes jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, todo reposa en la metodología utilizada para la interpretación constitucional y en el empleo del *balancing test*.

8.6 Es fundamental, en esta sentencia, con máximo interés para el ámbito del Derecho estadounidense, la revisión del alcance del *stare decisis* y su afectación por el *overruling*, no solamente en los casos *Roe* y *Casey*, sino con alcance general.

Referencias bibliográficas:

Bachof, O. (2019). *Jueces y Constitución / Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política*, Ediciones Jurídicas Olejnik.

CNN, John Keefe, Shania Shelton, Kaanita Iyer, JiMin Lee, Ariella Phillips, Kenneth Uzquiano and Christopher Hickey, 27 de junio de 2022, disponible en: <https://edition.cnn.com/interactive/2022/06/us/supreme-court-abortion-dobbs-decision-changes/> (acceso: 14-X-2022).

Esteva, E. G. (2012). El orden constitucional uruguayo, en *Veto al aborto / Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, Universidad de Montevideo.

(2014). Aspectos jurídicos, en França Tarragó (Coord.), *El aborto y la protección de toda vida*, Universidad Católica del Uruguay.

Gerstein, J. (2022). *How rare is a Supreme Court breach? Very rare*, 2 de mayo de 2022, en *Político*, <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-draft-opinion-00029475> (acceso 14-X-2022).

POLITICO, Read Justice Alito's initial draft abortion opinion which would overturn *Roe v. Wade* / Read the full 98-page initial draft majority opinion, disponible en: <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504> (acceso 14-X-2022).

Roberts, J. (2022): *Statement*, disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22 (acceso 14-X-2022).

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy