

Opinión de la Corte

Opinión de la Corte
CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS
No. 19–1392

**THOMAS E. DOBBS, OFICIAL ESTATAL DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE
SALUD DE MISSISSIPPI, ET AL. SOLICITANTES v. JACKSON WOMEN 'S HEALTH
ORGANIZATION, ET AL.**

SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE LOS
ESTADOS UNIDOS PARA EL QUINTO CIRCUITO

[junio 24, 2022]

EL JUEZ ALITO, en carácter de presidente, redactó la decisión unánime de la Corte.

El aborto presenta un dilema moral profundo del cual los estadounidenses tienen opiniones notablemente divisivas. Algunos creen fervientemente que un ser humano nace al darse la concepción y el aborto acaba con una vida inocente. Otros creen de igual manera que cualquier normativa del aborto vulnera los derechos de las mujeres sobre su cuerpo e impide que alcancen una igualdad plena. No obstante, un tercer grupo considera que el aborto debería estar permitido bajo ciertas circunstancias, con diferentes opiniones dentro del mismo, sobre las restricciones que deberían aplicarse.

Durante los primeros 185 años después de que se adoptara la Constitución, cada Estado podía abordar este problema de acuerdo al punto de vista de sus ciudadanos. Luego, en 1973, esta Corte decidió **el caso** *Roe v. Wade*, 410 EE. UU. 113. Incluso si la Constitución no hace alusión al aborto, la Corte sostuvo que confiere un derecho amplio para **que este se pueda practicar**. No afirmaba que el Derecho estadounidense o el derecho consuetudinario haya reconocido alguna vez tal derecho, y sus antecedentes iban desde lo constitucionalmente irrelevantes (por ejemplo, su discusión del aborto en la antigüedad) hasta lo evidentemente inexacto (por ejemplo, su afirmación de que el aborto probablemente no fue nunca un crimen bajo el derecho consuetudinario). Después de catalogar una gran cantidad de información sin relación con **la postura** de la Constitución **respecto al aborto**, la opinión concluyó con un número definido de reglas similares a aquellas encontradas en los estatutos aprobados por el Congreso.

En este marco de ideas, cada trimestre de embarazo fue regulado de manera diferente, pero la línea fundamental se trazó aproximadamente al final del segundo trimestre, que en su momento correspondía al punto en el que se creía que el feto alcanzaba la “viabilidad”, considerada como la capacidad de sobrevivir fuera del útero. Aunque la Corte reconoció que los estados tienen un interés legítimo en proteger la “vida potencial,”¹ **determinó** que este interés no justificaba ninguna restricción para abortos de fetos previables. La Corte no explicó las bases para esta línea de **razonamiento**, e incluso aquellos que apoyan el aborto encontraron difícil

¹ *Roe v. Wade*, 410 EE. UU. 113, 163 (1973).

Opinión de la Corte

defender el razonamiento de la sentencia de *Roe*. Un prominente académico de Derecho Constitucional escribió que él “votaría por un estatuto similar al que la Corte termin[ó] por redactar” si él fuera “un legislador,” pero su apreciación de *Roe* fue memorable y contundente: *Roe* “no era un derecho constitucional” en lo absoluto y tenía “casi ningún sentido de obligación de tratar de serlo.”²

En los tiempos de *Roe*, 30 Estados aún prohibían el aborto en todos sus niveles. En los años previos a esa decisión, alrededor de una tercera parte de los estados habían liberalizado sus leyes, pero *Roe* acabó con ese proceso político abruptamente. Impuso el mismo y altamente restrictivo régimen en toda la Nación, derogando efectivamente las leyes de aborto en cada Estado.³ Como expresó oportunamente el juez Byron White en su disenso, la decisión representaba “el ejercicio del poder judicial en bruto,” 222 del 410 EE. UU., lo cual provocó una controversia nacional que ha amargado nuestra cultura política por medio siglo.⁴

Posteriormente en el caso de *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992), la Corte revisó *Roe*, pero los miembros de la Corte se dividieron en tres partes. Dos de los jueces expresaron que no tenían deseo alguno de cambiar la sentencia de *Roe* de ninguna forma.⁵ Cuatro de los demás querían derogar la sentencia por completo.⁶ Y los tres jueces restantes, que firmaron la opinión determinante en conjunto, tomaron una tercera posición.⁷ su opinión no apoyaba el razonamiento de la sentencia de *Roe*, e incluso dio indicios de que uno o más de sus autores tengan “reservas” sobre si la Constitución protege el derecho al aborto.⁸ Pero, la opinión concluyó que el *stare decisis*, que dicta respetar antecedentes en la mayoría de los casos, requería adherencia a la “decisión central” de la decisión de *Roe*-que un Estado no podría proteger constitucionalmente vida fetal antes de su “viabilidad”-incluso si esa decisión estaba errada.⁹ Un tiempo menor, según la opinión, comprometería el respeto por esta Corte y el estado de derecho.

Paradójicamente, el juicio de *Casey* anuló en gran medida a *Roe*. Varias decisiones importantes sobre el aborto fueron derogadas *in toto*, y *Roe* fue parcialmente derogada.¹⁰ *Casey*

² J. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 Yale L. J. 920, 926, 947 (1973) (Ely) (emphasis deleted).

³ L. Tribe, *Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, 87 Harv. L. Rev. 1, 2 (1973) (Tribe).

⁴ Véase R. Ginsburg, *Hablando judicialmente*, 67 N. Y. U. L. Rev. 1185, 1208 (1992) (“*Roe* . . . detuvo un proceso político que se dirigía hacia una reforma y por ello, considero, prolongó la división y postergó una solución estable a la cuestión”).

⁵ Véase 505 EE. UU., 911 (Stevens, J., coincide en parte y disiente en parte); *id.*, 922 (Blackmun, J., coincide en parte, coincide con la sentencia en parte, y disiente en parte).

⁶ Véase *id.*, at 944 (Rehnquist, C. J., coincide con la sentencia en parte, y disiente en parte); *id.*, at 979 (Scalia, J., coincide con la sentencia en parte, y disiente en parte).

⁷ Véase *id.*, at 843 (opinión conjunta de O'Connor, Kennedy, y Souter, JJ.).

⁸ *Id.*, 853.

⁹ *Id.*, 860.

¹⁰ *Id.*, 861, 870, 873 (anulación *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 EE. UU. 416 (1983), and *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 EE. UU. 747 (1986)).

Opinión de la Corte

desestimó el programa trimestral de *Roe* y lo sustituyó por una ley de origen incierto bajo la cual los Estados tenían prohibido adoptar cualquier regulación que impusiera “carga indebida” sobre el derecho de una mujer a tener un aborto.¹¹ La decisión no proporcionó pautas claras sobre la diferencia entre carga debida e indebida. Pero los tres jueces encargados de la opinión mayoritaria “llama[ron] a las partes en conflicto de la controversia nacional a terminar con su división nacional,” tratando la decisión de la Corte como la **resolución final** de la pregunta sobre el derecho constitucional a abortar.¹²

Como se ha hecho cada vez más evidente con el transcurso de los años, *Casey* no cumplió con este propósito. Los estadounidenses continuaron teniendo puntos de vista apasionados y ampliamente distintos del aborto, y los Congresos de los Estados actuando de manera acorde. Algunas han decretado recientemente leyes que autorizan el aborto, con algunas restricciones, en todas las fases del embarazo. Otros han restringido fuertemente el inicio del aborto mucho antes de la viabilidad **del feto**. En este caso, 26 Estados pidieron expresamente a esta Corte que derogara *Roe* y *Casey*, permitiendo a los Estados la regulación o prohibición del aborto **previo a la viabilidad**.

Tenemos ante nosotros dicha ley estatal. El estado de Mississippi **solicitó** mantener la constitucionalidad de una ley que prohibiera generalmente el aborto después de la semana 15 de embarazo—varias semanas antes del momento en el que el feto es considerado como “viable” fuera del útero. En defensa de esta ley, el primer argumento del estado es que debemos reconsiderar y derogar *Roe* y *Casey*, y permitir nuevamente a cada estado regular el aborto según los deseos de sus ciudadanos. Por otro lado, los respondientes y el Fiscal general solicitaron ratificar *Roe* y *Casey*, afirmando que la ley de Mississippi no se puede sostener si hacemos eso. Permitir a Mississippi prohibir el aborto después de las 15 semanas de embarazo, argumentan, “no sería diferente de derogar *Roe* y *Casey* por completo.” Memorial **No. 43** presentado por los respondientes. **Afirman** que no hay “**decisiones a medias**” posibles y que debemos ya sea ratificar o derogar *Roe* y *Casey*. Memorial **No. 50** presentado por los respondientes. Sostenemos que *Roe* y *Casey* deben ser derogados. La Constitución no hace ninguna referencia al aborto y tal derecho no es implícitamente protegido por alguna disposición constitucional., incluyendo en la que los defensores de *Roe* y *Casey* principalmente se basan ahora—la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Esta disposición se ha mantenido para garantizar ciertos derechos que no son mencionados en la Constitución, pero tal derecho debe de estar “profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación” e “implícito en el concepto de libertad consagrada.” *Washington v. Glucksberg*, 521 EE. UU. 702, 721 (1997) (comillas internas omitidas).

El derecho al aborto no entra dentro de esta categoría. Hasta finales del Siglo XX, tal derecho era completamente desconocido en la ley estadounidense. En efecto, cuando la Decimocuarta Enmienda se escribió, **28 de los 37 estados** convirtieron al aborto en un crimen en

¹¹ 505 EE. UU., 874.

¹² *Id.*, 867.

Opinión de la Corte

todas las fases del embarazo. El derecho al embarazo también es esencialmente diferente a cualquier otro derecho que esta Corte haya mantenido dentro de la protección de “libertad” contenida en la Decimocuarta Enmienda. Los defensores de *Roe* caracterizan el derecho al aborto como similar a otros derechos reconocidos en pasadas decisiones que involucran cuestiones como las relaciones sexuales íntimas, la anticoncepción y el matrimonio, pero el aborto es fundamentalmente diferente, así como se reconoció en *Roe* y *Casey*, porque destruye lo que esas decisiones llaman “vida fetal” y lo que la ley describe ahora como un “ser humano no nacido.”¹³

Stare decisis, la doctrina en la cual la opinión mayoritaria de *Casey* se basó, no obliga a la adherencia absoluta sin fin al abuso de autoridad judicial de *Roe*. *Roe* estuvo flagrantemente errónea desde el principio. Su razonamiento era excepcionalmente débil y la decisión ha tenido consecuencias perjudiciales. Y lejos de lograr una resolución nacional de la cuestión del aborto, *Roe* y *Casey* han incitado al debate y acentuado la división.

Es tiempo de considerar la Constitución y volver a la cuestión del aborto para los representantes elegidos por el pueblo. “La permisibilidad del aborto, y sus limitaciones, deben resolverse como las cuestiones más importantes en nuestra democracia: por nuestros ciudadanos tratando de convencerse entre ellos y votando.” *Casey*, 505 EE. UU., 979 (Scalia, J., coincide en parte con la sentencia en parte y disiente en parte). Eso es lo que la Constitución y el estado de derecho demandan.

I

La ley en cuestión en este caso, Ley sobre la edad gestacional de Mississippi, véase Miss. Code Ann. §41–41–191 (2018), contiene esta disposición central: “excepto en caso de emergencia o de extrema anormalidad fetal, una persona no debe intencionalmente o deliberadamente practicar... o inducir un aborto de un ser humano no nacido si la edad gestacional probable de dicho no nacido ha sido determinada como mayor a quince (15) semanas.” §4(b).¹⁴

Para apoyar esta ley, el Congreso constató una serie de hechos. Empezó primeramente señalando que, al momento de ser aprobada, sólo seis países, aparte de los Estados Unidos, “permit[ieron] el derecho al aborto no terapéutico o a elección después de la vigésima semana de gestación.”¹⁵ §2(a). El Congreso se percató entonces que a las 5 o 6 semanas de edad gestacional

¹³ Miss. Code Ann. §41–41–191(4)(b) (2018).

¹⁴ En esta Ley se define “edad gestacional” como “la edad de un ser humano no nacido calculada desde el primer día del último periodo de menstruación de la mujer embarazada.” §3(f).

¹⁵ Esos otros seis países fueron Canadá, China, Países Bajos, Corea del Norte, Singapur, y Vietnam. Véase A. Baglini, Charlotte Lozier Institute, Gestational Limits on Abortion in the United States Compared to International Norms 6–7 (2014); M. Lee, ¿son los Estados Unidos uno de los siete países que “permiten abortos por elección después de las 20 semanas de Gestación?” Wash. Post (Oct. 8, 2017), www.washingtonpost.com/news/factchecker/wp/2017/10/09/is-the-united-states-one-of-seven-countries-that-allow-elective-abortions-after-20-weeks-of-pregnancy (afirmando que la reclamación hecha por el Congreso de Mississippi y el Instituto Charlotte Lozier estaba “respaldada por datos”). Una recopilación más reciente del Centro de Derechos Reproductivos indica que Islandia y Guinea-Bissau ahora son

Opinión de la Corte

“el corazón de un ser humano no nacido empieza a latir”; a las 8 semanas “el no nacido empieza a moverse en el útero”; a las 9 semanas “todas las funciones fisiológicas básicas están presentes”; a las 10 semanas “los órganos vitales empiezan a funcionar,” y “el cabello y las uñas de manos y pies... comienzan a formarse”; a las 11 semanas “el diafragma de un no nacido se está desarrollando,” y él o ella puede “moverse libremente por el útero”; a los 12 semanas el no nacido “ha tomado ‘forma humana’ en todos los aspectos relevantes.”§2(b)(i) (citando a *Gonzales v. Carhart*, 550 EE. UU. 124, 160 (2007)). Se señaló que la mayoría de abortos pasadas las 15 semanas emplean “procedimientos de dilatación y evacuación que involucran el uso de instrumentos quirúrgicos para aplastar y destrozarse el no nacido,” y concluyó que “el compromiso deliberado para realizar dichos actos sea por causas no terapéuticas o por elección es una práctica cruel, peligrosa para la paciente materna y degradante para la profesión médica.”§2(b)(i)(8).

Los respondientes son una clínica de aborto, Jackson Women's Health Organization, y uno de sus doctores. En el día en que la Ley de Edad Gestacional fue aprobada, los respondientes presentaron demandas en la Corte Federal del Distrito en contra de varios oficiales de Mississippi, alegando que la Ley violaba los precedentes de esta Corte que establecieron un derecho constitucional al aborto. La Corte del Distrito concedió una decisión sumaria en favor de los respondientes que ordenaron permanentemente el cumplimiento de la Ley, razonando que “la viabilidad marca el punto limite en el que el interés del Estado en lo que respecta a la vida fetal es constitucionalmente adecuado para justificar una prohibición legislativa de abortos no terapéuticos” y que la edad gestacional de 15 semanas es “previa a la viabilidad.” *Jackson Women 's Health Org. v. Currier*, 349 F. Supp. 3d 536, 539–540 (SD Miss. 2019) (comillas internas omitidas). La Corte del Quinto Circuito afirmó. 945 F. 3d 265 (2019).

Concedimos **certiorari**, 593 EE. UU. ____ (2021), para resolver la cuestión de si “todas las prohibiciones previability en abortos electivos son inconstitucionales,” **Pet. for Cert. 1**. La defensa principal de los solicitantes de la ley sobre la edad gestacional de Mississippi es que *Roe* y *Casey* se decidieron erróneamente y que “la ley es constitucional ya que satisface la crítica basada en la racionalidad.” Memorial **No. 49** presentado por los solicitantes. Los respondientes respondieron que permitir a Mississippi la prohibición de los abortos previability “no sería diferente a derogar completamente *Roe* y *Casey*.” Memorial **No. 43** presentado por los respondientes. Nos dicen que no hay decisiones a medias posibles: debemos ratificar o derogar *Roe* y *Casey*. Memorial No. 50 presentado por los respondientes.

II

Empezamos por considerar la cuestión de si la Constitución, entendida apropiadamente, concede el derecho a **obtener** un aborto. Pasando por alto esa cuestión, la opinión mayoritaria en *Casey* ratificó la “decisión central” de *Roe* basado solamente en la doctrina del *stare decisis*, pero

también similarmente permisivas. Véase The World's Abortion Laws, Center for Reproductive Rights (Feb. 23, 2021), <https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>.

Opinión de la Corte

como será explicado, la aplicación apropiada del *stare decisis* requiere de una evaluación de la solidez de los fundamentos en los cuales *Roe* se basa. Véase *infra*, 45–56.

Por lo tanto, pasamos a la cuestión que la mayoría de *Casey* no consideró, y abordamos dicha cuestión en tres pasos. Primero, explicamos el estándar que nuestros casos han usado para determinar si la referencia de la Decimocuarta Enmienda a la “libertad” protege un derecho en particular. Segundo, examinamos si el derecho en cuestión en este caso está arraigado a la historia y tradición de la Nación y si es un componente esencial de lo que hemos descrito como “libertad consagrada.” Finalmente, consideramos si el derecho a realizarse un aborto es parte de un derecho más ampliamente arraigado que es soportado por otros precedentes.

A

1

Un análisis Constitucional debe iniciar con “la literalidad de la norma,” *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 186–189 (1824), que ofrece un “estándar fijo” para determinar qué significa nuestro documento constitutivo, 1 J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* §399, p. 383 (1833). La Constitución no hace alusión clara al derecho a realizarse un aborto, por lo tanto, aquellos que alegan que protege tal derecho deben demostrar que el derecho se implica de alguna forma en el texto constitucional.

Roe, sin embargo, fue considerablemente flexible en su manejo del texto constitucional. Sostenía que el derecho al aborto, el cual no es mencionado en la Constitución, es parte del derecho a la privacidad, que tampoco es mencionado. Véase 410 EE. UU., 152–153. Y ese derecho a la privacidad, que *Roe* observó, surgió de sólo cinco normas constitucionales—la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmienda. *Id.*, 152.

El argumento de la Corte dejó abierta al menos tres formas en algunas combinaciones de estas normas podrían proteger el derecho al aborto. Una posibilidad fue que el derecho “se fundamentaba... en la retención de la Novena Enmienda de los derechos al pueblo.” *Id.*, 153. Otra fue que el derecho se arraigó en la Primera, Cuarta o Quinta Enmienda o en una combinación de esas normas, y que este derecho había sido “incorporado” en la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda como muchas otras disposiciones de la Declaración de derechos habían sido ya incorporadas. *Ibid*; véase también *McDonald v. Chicago*, 561 EE. UU. 742, 763–766 (2010) (opinión mayoritaria) (debatiendo la incorporación). Y una tercera forma era que la Primera, la Cuarta y la Quinta Enmienda no desempeñaban ningún papel y que el derecho era simplemente un componente de la “libertad” protegido por la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. *Roe*, 410 EE. UU., 153. *Roe* expresó el “sentimiento” de que la Decimocuarta Enmienda fue la norma que hizo el trabajo, pero su mensaje parecía ser que el derecho al aborto podría encontrarse en *alguna parte* de la Constitución y que especificar su ubicación exacta no era crucial.¹⁶ La Corte de *Casey* no

¹⁶ Las palabras de la Corte fueron las siguientes: “El derecho a la privacidad, aunque se encuentre en el concepto de libertad personal de la Decimocuarta Enmienda y restricciones a la acción del estado, como consideramos que es, o, como la Corte del Distrito determinó, en la reserva de derechos de la Novena

Opinión de la Corte

defendió este análisis desenfocado y en cambio la decisión se basó meramente en la teoría de que el derecho al aborto es parte de la “libertad” protegida en la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda.

Más adelante discutimos esta teoría en profundidad, pero antes de hacerlo, abordamos brevemente una disposición constitucional adicional que algunos *amici* de los respondientes han ahora ofrecido una nueva posibilidad para apoyar el derecho al aborto: la Cláusula de Igual Protección, de la Decimocuarta Enmienda. Véase Memorial de los Estados Unidos para *Amicus Curiae* 24 (Memorial de los Estados Unidos); véase también el Memorial para Igualdad de Protección Derecho Constitucional sobre *Amici Curiae*. Ni *Roe* ni *Casey* vieron necesario recurrir a esta teoría, y está directamente excluida por nuestros precedentes, que establecen que la normativa del Estado sobre el aborto no es una clasificación basada en el sexo y, por lo tanto, no está sujeta al “escrutinio riguroso” que aplica a dichas clasificaciones.¹⁷ La normativa de un procedimiento médico que solamente un género puede llevar a cabo no provoca un escrutinio riguroso constitucional a menos que la normativa sea “un mero pretexto diseñado para causar una discriminación injusta contra los miembros de un sexo o del otro.” *Geduldig v. Aiello*, 417 EE. UU. 484, 496, n. 20 (1974). Y como ha establecido la Corte, el “objetivo de prevenir el aborto” no constituye una “animadversión discriminatoria injusta” contra las mujeres. *Bray v. Alexandria Women 's Health Clinic*, 506 EE.UU. 263, 273–274 (1993) (comillas internas omitidas). Acordemente, las leyes que regulan o prohíben el aborto no están sujetas a un escrutinio riguroso. En cambio, son reguladas por los mismos estándares de revisión que otras medidas de salud y seguridad.¹⁸

Con esta nueva teoría abordada, recurrimos a la afirmación audaz de *Casey* sobre que el derecho al aborto es un aspecto de la “libertad” protegido por la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. 505 EE. UU., 846; Memorial No. 17 presentado por los respondientes; Memorial de los Estados Unidos 21–22.

2

La teoría subyacente en la que este argumento se basa— que la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda provee protección sustantiva y procedimental a la “libertad”—ha sido controvertida durante mucho tiempo. Pero nuestras decisiones han sostenido que la Cláusula del Debido Proceso protege dos categorías de derechos sustantivos.

La primera consiste en los derechos garantizados por las primeras ocho Enmiendas. Esas Enmiendas originalmente solo se aplicaban al Gobierno Federal, *Barron ex rel. Tiernan v. Mayor of Baltimore*, 7 Pet. 243, 247–251 (1833) (opinión para la Corte por Marshall, C. J.), pero esta Corte ha sostenido que la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda “incorpora” la gran mayoría de dichos derechos y, por tanto, los hace igualmente aplicables a los

Enmienda al pueblo, es suficientemente amplia para abordar la decisión de una mujer si terminar o no su embarazo.” 410 EE. UU., 153.

¹⁷ Véase, e.g., *Sessions v. Morales-Santana*, 582 EE. UU. 47, ____ (2017) (opinión publicada., 8).

¹⁸ Discutimos este estándar en la Parte IV de esta opinión.

Opinión de la Corte

Estados. Véase *McDonald*, 561 EE. UU., 763–767, y nn. 12–13. La segunda categoría— que está en cuestión aquí— comprende una lista selecta de derechos fundamentales que no se mencionan en ninguna parte de la Constitución.

Para determinar si un derecho entra en cualquiera de estas categorías, la Corte se ha preguntado desde hace tiempo si el derecho está “profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición” y si es esencial para el “marco de libertad consagrada” de nuestra Nación. *Timbs v. Indiana*, 586 EE. UU. ___, ___ (2019) (opinión publicada., 3) (comillas internas omitidas); *McDonald*, 561 EE. UU., 764, 767 (comillas internas omitidas); *Glucksberg*, 521 EE. UU., 721 (comillas internas omitidas).¹⁹ Al realizar esta investigación, nos comprometimos a un análisis cuidadoso del derecho en cuestión.

La opinión de la Corte de la Jueza Ginsburg en *Timbs* es un ejemplo reciente. Al concluir que la protección de la Octava Enmienda contra multas excesivas es “fundamental para nuestro marco de libertad consagrada” y “profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación,” 586 EE. UU., ___ (opinión publicada., 7) (comillas internas omitidas), su opinión remonta el derecho a la CARTA MAGNA, comentarios de Blackstone y 35 de las 37 constituciones estatales en vigor a el momento de la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. 586 EE. UU., ___–___ (opinión publicada., 3–7).

Una indagación similar fue realizada en *McDonald*, la cual sostuvo que la Decimocuarta Enmienda protege el derecho de porte y uso de armas. La opinión principal examinó los orígenes de la Segunda Enmienda, los debates en el Congreso sobre la aprobación de la Decimocuarta Enmienda, las constituciones estatales en vigor cuando dicha Enmienda fue ratificada (al menos 22 de los 37 Estados protegían el derecho a porte y uso de armas), leyes federales decretadas durante el mismo periodo **de tiempo**, y otra evidencia histórica relevante. 561 EE. UU., 767–777. Solo entonces la opinión concluyó que “los Artífices y los estados ratificantes de la Decimocuarta Enmienda contaron el derecho de porte y uso de armas dentro de esos derechos fundamentales necesarios para nuestro marco de libertad consagrada.” *Id.*, 778; véase también *id.*, 822–850 (THOMAS, J., coincide en parte y coincide con la sentencia) (examinando la historia y llegando al mismo resultado bajo los privilegios de la Decimocuarta Enmienda o Cláusula de Inmunidades).

Timbs y *McDonald* se refieren a la cuestión de si la Decimocuarta Enmienda protege derechos que están expresamente establecidos en la Declaración de Derechos, y sería anormal si un apoyo histórico similar no fuese necesario cuando un derecho putativo no es mencionado en ninguna parte de la Constitución. Por ende, en *Glucksberg*, **sentencia** que sostuvo la Cláusula del Debido Proceso no otorga el derecho al suicidio asistido, la Corte examinó más de 700 años de

¹⁹ Véase también, e.g., *Duncan v. Louisiana*, 391 EE. UU. 145, 148 (1968) (preguntándose si “un derecho se encuentra en esos ‘principios fundamentales de libertad y justicia los cuales yacen en la base de nuestras instituciones políticas y civiles’ ”); *Palko v. Connecticut*, 302 EE. UU. 319, 325 (1937) (exigiendo “un ‘principio de justicia muy arraigado en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo para ser considerado como fundamental’ ” (citando *Snyder v. Massachusetts*, 291 EE. UU. 97, 105 (1934))).

Opinión de la Corte

“tradición angloamericana de derecho consuetudinario,” 521 EE. UU., 711, y aclaró que un derecho fundamental debe de estar “objetivamente, profundamente arraigado a la historia y tradición de esta Nación,” *id.*, 720–721.

Las indagaciones históricas de este tipo son esenciales cuando nos solicitan reconocer un nuevo componente de la “libertad” protegida por la Cláusula de Debido Proceso porque el término de “libertad” por sí mismo brinda escasa orientación. “Libertad” es un término amplio. Como dijo Lincoln una vez: “todos profesamos por Libertad; pero al usar la misma palabra no significa que todos nos refiramos a lo mismo.”²⁰ En un ensayo reconocido, Isaiah Berlin señalaba que los “[h]istoriadores de ideas” han catalogado más de 200 diferentes sentidos en los cuales el término había sido utilizado.²¹

Al interpretar qué significa la alusión de la Decimocuarta Enmienda a la “libertad,” debemos cuidarnos de la tendencia humana natural de confundir lo que protege la Enmienda con nuestro ferviente punto de vista sobre la libertad que los estadounidenses deberían disfrutar. Es por esto por lo que la Corte se ha mostrado “reacia” a reconocer derechos que no se mencionan en la Constitución. *Collins v. Harker Heights*, 503 EE. UU. 115, 125 (1992). “El derecho substantivo ha sido a veces un campo engañoso para esta Corte,” *Moore v. East Cleveland*, 431 EE. UU. 494, 503 (1977) (opinión mayoritaria), y ha llevado a la Corte a usurpar la autoridad que la Constitución entrega a los representantes elegidos por el pueblo. Véase *Regents of Univ. of Mich. v. Ewing*, 474 EE. UU. 214, 225–226 (1985). Como la Corte advirtió en *Glucksberg*, “debe[mos]... ejercer el máximo cuidado cuando nos solicitan abrir nuevos caminos en este campo, no sea que la libertad protegida por la Cláusula de Debido Proceso sea sutilmente transformada a las preferencias políticas de los Miembros de esta Corte.” 521 EE. UU., 720 (se han omitido las citas y las comillas dentro del texto).

A veces, cuando la Corte ha ignorado los “límites [a]propiados” impuestos por “respeto por las enseñanzas de la historia,” *Moore*, 431 EE. UU., 503 (opinión mayoritaria), ha caído en la desenfrenada formulación de políticas judiciales que caracteriza decisiones desacreditadas como *Lochner v. New York*, 198 EE. UU. 45 (1905). La Corte no debe caer presa de tal enfoque sin escrúpulos. En cambio, guiada por la historia y la tradición que explora los componentes esenciales del concepto de libertad consagrada de nuestra Nación, debemos preguntarnos a qué se refiere la Decimocuarta Enmienda por el término “libertad.” Cuando abordamos esta pregunta en el caso actual, la respuesta obvia es que la Decimocuarta Enmienda no protege el derecho al aborto.²²

²⁰ Discurso en la Feria de Salud de Baltimore, Md. (Abr. 18, 1864), reimpresso en 7 *The Collected Works of Abraham Lincoln* 301 (R. Basler ed. 1953).

²¹ Hay traducción en Español: Cuatro ensayos sobre la Libertad 121 (1969).

²² Esto es verdad independientemente de si miramos a la Cláusula de Debido Proceso de la Enmienda o la Cláusula de Privilegios o Inmunidades. Algunos académicos y Jueces han mantenido que la Cláusula de Privilegios o Inmunidades es una disposición de la Decimocuarta Enmienda que garantiza los derechos materiales. Véase, *e.g.*, *McDonald v. Chicago*, 561 EE. UU. 742, 813–850 (2010) (THOMAS, J., coincide en parte, y coincide con la sentencia en parte); *Duncan*, 391 EE. UU., 165–166 (Black, J., coincide); A. Amar, *Bill of Rights: Creation and Reconstruction* 163–180 (1998) (Amar); J. Ely, *Democracy*

Opinión de la Corte

B

1

Hasta la última parte del Siglo XX, no hubo respaldo en la ley estadounidense para un derecho constitucional de recibir un aborto. Ninguna disposición constitucional de estado ha reconocido tal derecho. Hasta pocos años antes de que *Roe* fuera dictaminada, ninguna corte federal o estatal había reconocido dicho derecho. Tampoco había tratado académico alguno del cual fuéramos conscientes. Y aunque los artículos de revisión de leyes no son reticentes sobre abogar por nuevos derechos, el más reciente artículo propone un derecho constitucional al aborto que ha llegado a nuestra atención fue publicado solo unos pocos años antes de *Roe*.²³

No solamente no había respaldo para dicho derecho constitucional hasta poco antes de *Roe*, sino que también el aborto había sido durante mucho tiempo un *crimen* en cada estado. En derecho consuetudinario, **el aborto era un crimen** en al menos algunas etapas del embarazo y era considerado como ilegal y podía tener graves consecuencias en todas las etapas. La ley estadounidense siguió al derecho consuetudinario hasta una serie de restricciones legales en los **años** 1800 expandieron la responsabilidad penal por aborto. Para el tiempo en que se aprobó la Decimocuarta Enmienda, **28 de los 37 Estados** habían concebido al aborto como un crimen en todas las etapas del embarazo, y los estados restantes los siguieron pronto.

Roe ignoró o tergiversó esta historia, y *Casey* declinó reconsiderar el análisis histórico erróneo de *Roe*. Por lo tanto, es importante aclarar las cosas.

2

a

Empezamos por el derecho consuetudinario, bajo el cual el aborto fue un crimen por lo menos después del “**movimiento**”—*i.e.*, el primer movimiento que se siente del feto en el útero, el cual usualmente ocurre la semana 16 a 18 de embarazo.²⁴

and Distrust 22–30 (1980); 2 W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States* 1089–1095 (1953). Pero incluso desde ese punto de vista, dicho derecho necesitaría estar arraigado a la historia y tradición de la Nación. Véase *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546, 551–552 (No. 3,230) (CC ED Pa. 1823) (describiendo derechos no enumerados bajo la Cláusula de Privilegios e Inmunidades, Art. IV, §2, cómo esos derechos “fundamentales” “los cuales han, en todo momento, sido disfrutadas por los ciudadanos de varios estados”); Amar 176 (apoyándose en *Corfield* para interpretar la Cláusula de Privilegios o Inmunidades); cf. *McDonald*, 561 EE. UU., 819–820, 832, 854 (opinión de THOMAS, J.) (reservando la cuestión de si la Cláusula de Privilegios o Inmunidades protege “cualquier derecho aparte de aquellos enumerados en la Constitución”).

²³ Véase R. Lucas, *Federal Constitutional Limitations on the Enforcement and Administration of State Abortion Statutes*, 46 N. C. L. Rev. 730 (1968) (Lucas); Véase también D. Garrow, *Liberty and Sexuality* 334–335 (1994) (Garrow) (señalando que Lucas fue “innegablemente la primera persona en articular plenamente en papel” el argumento de que “el derecho de una mujer a elegir el aborto era una libertad individual fundamental protegida por la garantía de libertad personal de la Constitución de EE. UU.”).

²⁴ El significado exacto de “movimiento” es tema de debate. Compárese Memoriales de académicos de jurisprudencia como *Amici Curiae* 12–14, y n. 32 (énfasis eliminado) (“‘un **feto perceptible**’ significaba simplemente un niño “vivo”, y bajo esta era de conocimiento de embriología obsoleto, se pensaba que un feto empezaba “a moverse” alrededor de la sexta semana de embarazo), con el Memorial de la Asociación Histórica Estadounidense et al. como *Amici Curiae* 6, n. 2 (“perceptible” y “movimiento”

Opinión de la Corte

Las “autoridades eminentes del derecho consuetudinario (Blackstone, Coke, Hale, y demás),” *Kahler v. Kansas*, 589 EE. UU. ___, ___ (2020) (opinión publicada., 7), *todos* describieron al aborto después del movimiento fetal como un crimen. El tratado del Siglo XIII de Henry de Bracton explica que si una persona ha “golpeado a una mujer embarazada o la ha envenenado, por lo cual le ha causado un aborto, si el feto se había formado ya y había cobrado vida, y particularmente si había cobrado vida, cometió un homicidio.” 2 De Legibus et Consuetudinibus Angliae 279 (T. Twiss ed. 1879); véase también 1 Fleta, c. 23, reimpresso en 72 Selden Soc. 60–61 (H. Richardson & G. Sayles eds. 1955) (tratado del Siglo XIII).²⁵

El tratado del Siglo XVII de Sir Edward Coke igualmente afirmó que el aborto de un feto perceptible era “homicidio” si el “niño naciese vivo” y una “transgresión grave” si el “niño muriese en su útero.” 3 Institutes of the Laws of England 50–51 (1644) (“transgresión,” *Misprision en inglés*, se refería a “algunas ofensas atroces bajo el grado de delito grave.” *Id.*, 139.) Dos tratados de Sir Matthew Hale igualmente describieron el aborto de un feto perceptible que muriese en el útero como un “crimen grave” y una “transgresión grave.” Pleas of the Crown 53 (P. Glazebrook ed. 1972); 1 History of the Pleas of the Crown 433 (1736) (Hale). Y escribiendo cerca del tiempo en que se adoptó nuestra Constitución, William Blackstone explicó que el aborto de un “quick” child fue “por la ley antigua homicidio o asesinato” (citando a Bracton), y como mínimo una muy “atroz falta” (citando a Coke). 1 Commentaries on the Laws of England 129–130 (7th ed. 1775) (Blackstone).

Los casos ingleses que remontan hasta el Siglo XIII corroboran las declaraciones de los tratados sobre que el aborto fue un crimen. Véase generalmente J. Dellapenna, *Dispelling the Myths of Abortion History* 126, and n. 16, 134–142, 188–194, y nn. 84–86 (2006) (Dellapenna); J. Keown, *Abortion, Doctors and the Law* 3–12 (1988) (Keown). En 1732, por ejemplo, Eleanor Beare fue condenada por “destruir el feto en el útero” de otra mujer y “por lo tanto causarle un aborto espontáneo.”²⁶ Por ese crimen y otra “falta” Beare fue sentenciada a dos días en el cepo y tres años de cárcel.²⁷

Aunque un aborto pre-movimiento no era considerado per se un homicidio, no significa que fuese permitido por el derecho consuetudinario—mucho menos que el aborto fuera un derecho legal. Cf. *Glucksberg*, 521 EE. UU., 713 (el retiro de “sanciones severas del derecho consuetudinario no representaba la aceptación del suicidio”). Muy al contrario, en el caso de

significaban comúnmente “la percepción de una mujer de movimiento fetal”). Necesitamos no adentrarnos en este debate. Primero, basta para los propósitos que nos ocupan mostrar que el aborto era un crimen para al menos la semana 16 o 18 de embarazo. Segundo, como mostraremos, durante un periodo relevante—*Id.*, el periodo alrededor de la aprobación de la Decimocuarta Enmienda—la distinción de movimiento fue abandonada cuando los estados criminalizaron el aborto en todas las etapas del embarazo. Véase *infra*, 21–25.

²⁵ Incluso antes de la época de Bracton, la legislación inglesa impuso un castigo por el asesinato de un feto. Véase *Leges Henrici Primi* 222–223 (L. Downer ed. 1972) (imponiendo el castigo por cualquier aborto y considerando a cualquier mujer que abortara un hijo “perceptible” “como si fuera una asesina”).

²⁶ 2 *Gentleman’s Magazine* 931 (Ag. 1732).

²⁷ *Id.*, 932.

Opinión de la Corte

1732 antes mencionado, el juez dijo sobre la acusación de aborto (sin mención del movimiento) que él “nunca ha conocido un caso tan cruel y anormal.”²⁸ Similarmente, una condena de 1602, la cual no distinguía entre un aborto pre-movimiento y post-movimiento, describiendo al aborto como “perjudicial” y “en contra de la paz de nuestra señora la Reina, su corona y su dignidad.” Keown 7 (debatendo *R. v. Webb*, Calendar of Assize Records, Surrey Indictments 512 (1980)).

Que el derecho consuetudinario no apoyará incluso los abortos pre-movimiento se corrobora por lo que uno podría llamar proto-regla de delito y asesinato. Hale y Blackstone explicaron una forma en la cual un aborto pre-movimiento podría elevarse al nivel de un homicidio. Hale escribió que si un médico le diera a una mujer “con un bebé” una “poción” para causar un aborto, y la mujer muriese, era considerado “homicidio” porque la poción fue dada “*indebidamente* para destruir al bebé dentro de ella.” 1 Hale 429–430 (énfasis añadido). Como explica Blackstone, para ser un “homicida” un asesinato tiene que hacerse con “premeditación,... manifestada o implicada.” 4 Blackstone 198 (énfasis eliminado). En el caso de una abortista, Blackstone escribió, “la ley supondrá [malicia]” de la misma **forma** que supondría malicia si una persona que intentó matar a otra matara accidentalmente a alguien más:

“[s]i uno dispara a A y falla, pero mata a B, es homicidio; por las intenciones criminales anteriores, las cuales la ley transfiere de uno al otro. Es el mismo caso cuando alguien coloca veneno para A; y B, contra quien el prisionero no tiene intenciones maliciosas, lo toma y muere; esto es igualmente homicidio. Así también, si alguien le da a *una mujer con un bebé* una medicina para abortar y actúa tan **fuerte** que mata a la mujer, *esto es homicidio* por parte de quien se la dio.” *Id.*, 200–201 (énfasis añadido; nota de pie de página omitida).²⁹

Notablemente, Blackstone, como Hale, no afirmó que esta proto-regla de delito y asesinato requiriera que la mujer tuviese un bebé “quick”—solo que “tuviese un bebé.” *Id.*, 201. Y es revelador que Hale y Blackstone trataron a los abortistas de manera diferente a *otros* médicos o cirujanos que causan la muerte de un paciente “sin ninguna intención de hacer ninguna herida en el cuerpo [del paciente].” Hale 429; Véase 4 Blackstone 197. Estos otros médicos—incluso “sin licencia”—no serían encontrados “culpables de homicidio o asesinato.” Hale 429. Pero un médico practicando un aborto lo sería, precisamente porque su objetivo es uno “indebido.”

Para resumir, aunque las autoridades en derecho consuetudinario difieran en la severidad del castigo por abortos cometidos en diferentes etapas del embarazo, ninguno aprobaba la práctica. Además, estamos al tanto de que ningún caso de derecho consuetudinario o autoridad,

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Otros tratados reiteraron la misma ley. Véase 1 W. Russell & C. Greaves, *Crimes and Misdemeanors* 540 (5th ed. 1845) (“así que si una persona daba medicina a una mujer para causar un aborto, y si una persona pusiera palillos dentro de una mujer por el mismo proposito, por el cual en ambos casos las mujeres fueran asesinadas, estos actos claramente **se mantenian como** homicidio” (nota de pie de pagina omitida)); 1 E. East, *Pleas of the Crown* 230 (1803) (similar).

Opinión de la Corte

ni las partes involucradas han apuntado a cualquiera, que remotamente sugiriera un supuesto derecho que permitiese el aborto en cualquier etapa del embarazo.

b

En este país, el registro histórico es similar. La “edición estadounidense inicial más importante de los comentarios de Blackstone,” *District of Columbia v. Heller*, 554 EE. UU. 570, 594 (2008), señaló la afirmación de Blackstone de que el aborto de un bebé quick era cuanto menos “una falta atroz,” 2 St. George Tucker, Blackstone’s Commentaries 129–130 (1803), y esa edición también incluía la discusión de Blackstone sobre la proto-regla de delito y asesinato, 5 *id.*, 200–201. Los manuales para los jueces de paz impresos en las colonias en el Siglo XVIII normalmente reiteraron las leyes del derecho consuetudinario sobre el aborto, y algunos manuales repitieron las afirmaciones de Hale y Blackstone de que cualquiera que prescribiera “indebidamente para destruir el bebé” sería culpable de homicidio si la mujer muriese. Véase, e.g., J. Parker, *Conductor Generalis* 220 (1788); 2 R. Burn, *Justice of the Peace, and Parish Officer* 221–222 (7th ed. 1762) (manual Inglés afirmando lo mismo).³⁰

Los pocos casos disponibles de inicios del periodo colonial corroboran que el aborto era un crimen. Véase generalmente Dellapenna 215–228 (casos recopilados). En Maryland en 1652, por ejemplo, una acusación imputó que un hombre “Mortalmente empeñado a destruir o Asesinar el Bebé engendrado por él en el útero.” *Proprietary v. Mitchell*, 10 Md. Archivos 80, 183 (1652) (W. Browne ed. 1891). Y para el Siglo XIX, las cortes frecuentemente explicaban que el derecho consuetudinario hizo del aborto de un feto perceptible un crimen. Véase e.g., *Smith v. Gaffard*, 31 Ala. 45, 51 (1857); *Smith v. State*, 33 Me. 48, 55 (1851); *State v. Cooper*, 22 N. J. L. 52, 52–55 (1849); *Commonwealth v. Parker*, 50 Mass. 263, 264–268 (1845).

c

La base original para trazar una distinción entre abortos pre- y post-movimiento no es clara del todo, pero algunos han atribuido a la norma la dificultad de probar que un feto pre-movimiento estaba vivo. En ese momento, no habían métodos científicos para detectar el embarazo en sus etapas tempranas,³¹ y entonces, cómo decidió una Corte en 1872: “[H]asta el

³⁰ Para manuales reiterando una o ambas reglas, véase J. Davis, *Criminal Law* 96, 102–103, 339 (1838); *Conductor Generalis* 194–195 (1801) (impreso en Filadelfia); *Conductor Generalis* 194–195 (1794) (impreso en albania); *Conductor Generalis* 220 (1788) (impreso en Nueva York); *Conductor Generalis* 198 (1749) (impreso en Nueva York); G. Webb, *Office and Authority of a Justice of Peace* 232 (1736) (impreso en Williamsburg); *Conductor Generalis* 161 (1722) (impreso en Filadelfia); véase también J. Conley, *Doing*

It by the Book: *Justice of the Peace Manuals and English Law in Eighteenth Century America*, 6 J. Legal Hist. 257, 265, 267 (1985) (destacar que estos manuales eran “la fuente principal de referencia legal” de los jueces y el “valor práctico para un público más amplio que los jueces”).

Para casos que declaran la proto-regla de delito y asesinato, véase, e.g., *Commonwealth v. Parker*, 50 Mass. 263, 265 (1845); *People v. Sessions*, 58 Mich. 594, 595–596, 26 N. W. 291, 292–293 (1886); *State v. Moore*, 25 Iowa 128, 131–132 (1868); *Smith v. State*, 33 Me. 48, 54–55 (1851).

³¹ Véase E. Rigby, *A System of Midwifery* 73 (1841) (“Bajo cualquier circunstancia, el diagnóstico de embarazo debe ser siempre difícil y poco claro durante los primeros meses”); Véase también *id.*, 74–80

Opinión de la Corte

periodo de movimiento no hay *evidencia* de vida; y cualquier cosa que sea dicha del feto, la ley ha establecido este periodo de gestación como el momento en el que el bebé es dotado con vida” porque “los movimientos fetales son las primeras *evidencias de vida* claramente notables y bien definidas.” *Evans v. People*, 49 N. Y. 86, 90 (énfasis añadido); Cooper, 22 N. J. L., at 56 (“**Ante la ley** la vida comienza al momento de movimiento , en ese momento en el que el embrión da la *primera prueba física de vida*, sin importar cuándo fue concebida primero” (énfasis añadido)).

El Fiscal general ofrece una explicación diferente para la base de la norma de movimiento , concretamente, que antes del movimiento el derecho consuetudinario no consideró un feto “como **algo que tiene** una ‘existencia separada e independiente.’” Memorial de los Estados Unidos No. 26 (citando a *Parker*, 50 Mass., 266). Pero el caso en el cual el Fiscal general se basa para esta afirmación también sugirió que la norma de movimiento del derecho penal estaba **desfasada** respecto al tratamiento de vida prenatal en otras áreas de la ley, nada que “a varios propósitos, en referencias a los derechos civiles, un infante ***in ventre sa mere*** es conocido como una persona.” *Ibid.* (citando a 1 Blackstone 129); véase también *Evans*, 49 N. Y., 89; *Mills v. Commonwealth*, 13 Pa. 631, 633 (1850); *Morrow v. Scott*, 7 Ga. 535, 537 (1849); *Hall v. Hancock*, 32 Mass. 255, 258 (1834); *Thellusson v. Woodford*, 4 Ves. 227, 321–322, 31 Eng. Rep. 117, 163 (1789).

En todo caso, la base original para la norma de movimiento es de poca importancia para los propósitos actuales ya que fue abandonada en el Siglo XIX. Durante este periodo, los **tratadistas** y comentaristas criticaron la distinción de movimiento como “ni de acuerdo con el resultado de la experiencia médica, ni con el derecho consuetudinario.” F. Wharton, *Criminal Law* §1220, p. 606 (rev. 4th ed. 1857) (notas de pie de página omitidas); véase también J. Beck, *Researches in Medicine and Medical Jurisprudence* 26–28 (2d ed. 1835) (describiendo la distinción de movimiento como “absurda” y “perjudicial”).³² En 1803, el Parlamento Británico hizo del aborto un crimen en todas las etapas de embarazo y autorizó la aplicación de sanciones graves. Véase Lord Ellenborough’s Act, 43 Geo. 3, c. 58 (1803). Un académico sugirió que la decisión del Parlamento “puede haber sido atribuible en parte a las inquietudes del **médico** de que la vida fetal debía de ser protegida por la ley en todas las etapas de gestación.” Keown 22.

(debatiendo técnicas rudimentarias para detectar el embarazo temprano); A. Taylor, *A Manual of Medical Jurisprudence* 418–421 (6th Am. ed. 1866) (lo mismo).

³² Véase *Mitchell v. Commonwealth*, 78 Ky. 204, 209–210 (1879) (reconociendo la norma del derecho consuetudinario pero argumentando que “la ley debería sancionar abortos y abortos espontáneos, elaborados deliberadamente, en cualquier momento durante el periodo de gestación”); *Mills v. Commonwealth*, 13 Pa., 631, 633 (1850) (la norma **de** movimiento “nunca debería de haber sido parte de la ley”); J. Bishop, *Commentaries on the Law of Statutory Crimes* §744, p. 471 (1873) (“Si vemos el razonamiento de la ley, preferiremos una norma que “descarta[rá] esta doctrina de la necesidad del movimiento”); I. Dana, *Report of the Committee on the Production of Abortion*, in 5 *Transactions of the Maine Medical Association* 37–39 (1866); *Report on Criminal Abortion*, in 12 *Transactions of the American Medical Association* 75–77 (1859); W. Guy, *Principles of Medical Forensics* 133–134 (1845); J. Chitty, *Practical Treatise on Medical Jurisprudence* 438 (2d Am. ed. 1836); 1 T. Beck & J. Beck, *Elements of Medical Jurisprudence* 293 (5th ed. 1823); 2 T. Percival, *The Works, Literary, Moral and Medical* 430 (1807); Véase también Keown 38–39 (recopilando autoridades inglesas).

Opinión de la Corte

En este país durante el Siglo XIX, la gran mayoría de los estados promulgaron leyes que penalizaban el aborto en todas las etapas del embarazo. Véase Anexo A, *infra* (enumerando las disposiciones legales estatales en orden cronológico).³³ Para 1868, el año en que la Decimocuarta Enmienda fue ratificada, 28 de los 37 estados, habían promulgado leyes que penalizaban el aborto incluso si era practicado antes del movimiento.³⁴ Véase *ibid.* De los 9 estados que no habían penalizado aún el aborto en todas las etapas, todos con excepción de uno lo hicieron para 1910. Véase *ibid.*

La tendencia en los territorios que se convertiría en los últimos 13 estados fue similar: todos ellos penalizaron el aborto en todas las etapas de embarazo entre 1850 (el reino de Hawaii) y 1919 (Nuevo Mexico). Véase Anexo B, *infra*; véase también *Casey*, 505 EE. UU., 952 (Rehnquist, C. J., coincide con la sentencia en parte y disiente en parte); Dellapenna 317–319. Para el final de 1950, de acuerdo a el conteo propio de la Corte de *Roe*, las leyes en todos menos cuatro estados y el Distrito de Columbia prohibieron el aborto “como y donde sea practicado, a menos que se lleve a cabo para salvar o preservar la vida de la madre.” 410 EE. UU., 139.³⁵

Este consenso contundente perduró hasta el día en que *Roe* se decidió. En ese momento, también por el conteo de la Corte de *Roe*, una mayoría substancial —30 estados— aún prohibían el aborto en todas las etapas de embarazo excepto para salvar la vida de la madre. Véase *id.*, 118, y n. 2 (estados listados). Y aunque *Roe* discernió una “tendencia hacia la liberalización” en alrededor de “un tercio de los estados,” estos estados aún penalizaban algunos abortos y los regulaban más estrictamente de lo que *Roe* hubiese permitido. *Id.*, 140, y n. 37; Tribe 2. En

³³ Véase generalmente Dellapenna 315–319 (catalogando el desarrollo de la ley en los estados); E. Quay, Justifiable Abortion—Medical and Legal Foundations, 49 Geo. L. J. 395, 435–437, 447–520 (1961) (Quay) (lo mismo); J. Witherspoon, Reexamining Roe: Nineteenth-Century Abortion Statutes and The Fourteenth Amendment, 17 St. Mary's L. J. 29, 34–36 (1985) (Witherspoon) (lo mismo).

³⁴ Algunos académicos afirman que sólo 27 estados prohibieron el aborto en todas sus etapas. Véase, e.g., Dellapenna 315; Witherspoon 34–35, y n. 15. Esos académicos parecen haber pasado por alto Rhode Island, el cual penalizaba el aborto en todas sus etapas en 1861. Véase Acts and Resolves R. I. 1861, ch. 371, §1, p. 133 (penalizando el intento de “llevar a cabo un aborto” de “cualquier mujer embarazada” o “cualquier mujer supuesta por dicha persona de estar embarazada,” sin la mención del movimiento). El Memorial *amicus* de la American Historical Association afirma que sólo 26 estados prohibieron el aborto en todas las etapas del embarazo, pero ese Memorial excluye erróneamente Virginia Occidental y Nebraska del conteo. Compárese Memorial de la American Historical Association 27–28 (citando a Quay), con el Anexo A, *infra*.

³⁵ Las leyes de tres estados (Massachusetts, Nueva Jersey, y Pennsylvania) prohibieron abortos practicados “ilícitamente” o “sin justificación legal.” *Roe*, 410 EE. UU., 139 (comillas internas omitidas). En Massachusetts, el derecho consuetudinario sostuvo que el aborto era permitido cuando, de acuerdo al juicio de los médicos en la comunidad pertinente, el procedimiento era necesario para preservar la vida de la mujer o su salud física o emocional. *Commonwealth v. Wheeler*, 315 Mass. 394, 395, 53 N. E. 2d 4, 5 (1944). En los otros dos estados, sin embargo, no hay un apoyo claro del derecho consuetudinario para la afirmación de que el aborto era legal cuando la vida de la madre no estaba en riesgo. Véase *State v. Brandenburg*, 137 N. J. L. 124, 58 A. 2d 709 (1948); *Commonwealth v. Trombetta*, 131 Pa. Super. 487, 200 A. 107 (1938).

Las leyes en las dos jurisdicciones restantes (el Distrito de Columbia y Alabama) permitieron “el aborto para preservar la salud de la madre.” *Roe*, 410 EE. UU., 139. El derecho consuetudinario en esas jurisdicciones no aclara el alcance de estas excepciones.

Opinión de la Corte

resumen, la “opinión de la Corte en *Roe* en sí misma refutó la noción de que la libertad de aborto esta profundamente arraigada en la historia o tradición de nuestro pueblo.” *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 EE. UU. 747, 793 (1986) (White, J., disiente).

d

La conclusión inevitable es que un derecho al aborto no esta profundamente arraigado en la historia y tradición de la Nación. Al contrario, una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo pena de castigo penal persistio desde el incio del derecho consuetudinario hasta 1973. La Corte en *Roe* podría haber dicho del aborto exactamente lo mismo que *Glucksberg* dijo del suicidio asistido: “Las posturas hacia [el aborto] han cambiado desde Bracton, pero nuestras leyes han condenado consistentemente, y continuado prohibiendo, [esa practica].” 521 EE. UU., 719.

3

Los respondientes y sus *amici* no tuvieron respuesta convincente ante esta evidencia histórica.

Ni los respondientes ni el Fiscal General cuestionan el hecho de que para 1868 la gran mayoría de estados penalizaron el aborto en todas las etapas del embarazo. Véase Memorial de los solicitantes No. 12–13; véase también Memorial de la American Historical Association et al. así como *Amici Curiae* No. 27–28, y No. 14–15 (reconociendo que 26 de 37 estados prohibieron el aborto antes del movimiento); Tr. of Oral Arg. No. 74–75 (el abogado de los respondientes reconociendo lo mismo). En cambio, los respondientes están forzado a alegar que “no importa que algunos estados prohibieran el aborto en el momento en que *Roe* fue decidida o o cuando la Decimocuarta Enmienda fue aprobada.” Memorial de los respondientes No. 21. Pero este argumento va en contra del estándar que hemos aplicado al decidir si un derecho alegado que no es mencionado en ninguna parte de la Constitución está aun así protegido por la Decimocuarta Enmienda.

No solo son los respondientes y sus *amici* incapaces de demostrar que un derecho constitucional al aborto fue establecido cuando la Decimocuarta Enmienda fue aprobada, sino que no han encontrado ningun apoyo a la existencia de un derecho al aborto que preceda finales del Siglo XX—ninguna norma constitucional, ningún estatuto, ninguna desición judicial, ningún tratado distinguido. Las fuentes iniciales que llamaron nuestra atención son algunas pocas decisiones de cortes del distrito y del estado decididas poco antes de *Roe* y un pequeño número de artículos de reseña del mismo periodo de tiempo.³⁶

³⁶ Véase 410 EE. UU., 154–155 (recopilación de casos decididos entre 1970 y 1973); C. Means, The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra or Ninth-Amendment Right About To Arise From the Nineteenth-Century Legislative Ashes of a Fourteenth-Century Common-Law Liberty? 17 N. Y. L. Forum 335, 337–339 (1971) (Means II); C. Means, The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664–1968: A Case of Cessation of Constitutionality, 14 N. Y. L. Forum 411 (1968) (Means I); Lucas 730.

Opinión de la Corte

Algunos pocos *amici* de los respondientes aúnan argumentos históricos pero estos son muy débiles. El Fiscal General repitió el alegato de *Roe* el cual es “‘discutible’...‘el aborto siempre fue firmemente establecido como un crimen del derecho consuetudinario incluso respecto a la destrucción de un feto perceptible.’” Memorial de los Estados Unidos No. 26 (citando a *Roe*, 410 EE. UU., 136). Pero como hemos visto, grandes autoridades del derecho consuetudinario como Bracton, Coke, Hale, y Blackstone escribieron que un aborto post-movimiento era un crimen—y uno serio. Además, Hale y Blackstone (y muchas otras autoridades que los siguieron) afirmaron que un aborto pre-movimiento era “ilícito” y que por ello, como resultado, un abortista era culpable de asesinato si la mujer moría en el intento.

En vez de seguir a estas autoridades, *Roe* se apoyó mayormente en dos artículos de un abogado pro-aborto que afirmaba que Coke había tergiversado intencionalmente el derecho consuetudinario por su fuerte opinión antiabortista.³⁷ Estos artículos han sido desacreditados,³⁸ y ha salido a la luz que incluso miembros del equipo legal de Jane Roe no los consideraban una investigación seria. Un memorándum interno caracterizó el trabajo de este autor como usar “el pretexto de una investigación imparcial mientras se impulsan las metas ideológicas apropiadas.”

³⁹ Es insostenible seguir apoyándose en dicha investigación.

El Fiscal General sugirió después que la historia apoya un derecho al aborto porque el fracaso del derecho consuetudinario en penalizar el aborto antes del movimiento significa que “en los inicios y décadas después, las mujeres generalmente podían acabar un embarazo, al menos en sus etapas iniciales.”⁴⁰ Memorial de los Estados Unidos No. 26–27; véase también Memorial de los respondientes No. 21. Pero la insistencia en el movimiento no era universal, véase *Mills*, 13 Pa., 633; *State v. Slagle*, 83 N. C. 630, 632 (1880), y de todas formas, el hecho de que varios estados a finales del Siglo XVIII y principios del XIX no penalizaban los abortos pre-movimiento no quiere decir que se pensara que los estados carecían de la autoridad para

³⁷ Véase 410 EE. UU., 136, n. 26 (citando a Means II); 410 EE. UU., 132–133, n. 21 (citando a Means I).

³⁸ Para críticas del trabajo de Means, Véase, e.g., Dellapenna 143–152, 325–331; Keown 3–12; J. Finnis, “Shameless Acts” in Colorado: Abuse of Scholarship in Constitutional Cases, 7 Academic Questions 10, 11–12 (1994); R. Destro, Abortion and the Constitution: The Need for a LifeProtective Amendment, 63 Cal. L. Rev. 1250, 1267–1282 (1975); R. Byrn, An American Tragedy: The Supreme Court on Abortion, 41 Ford. L. Rev. 807, 814–829 (1973).

³⁹ Garrow 500–501, and n. 41 (comillas internas omitidas).

⁴⁰ En cualquier caso, *Roe*, *Casey*, y otras decisiones relacionadas al aborto impusieron restricciones substanciales en la capacidad del estado de regular los abortos practicados después del movimiento. Véase, e.g., *June Medical Services L. L. C. v. Russo*, 591 EE. UU. ____ (2020) (declarando una ley que exigía que los médicos que practican abortos para obtener privilegios de admisión sean inconstitucionales); *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 EE. UU. 582 (2016) (similar); *Casey*, 505 EE. UU., 846 (declarando que las prohibiciones en “abortos antes de la viabilidad” son inconstitucionales); *id.*, 887–898 (declarando que la disposición de notificación conyugal era inconstitucional). Adicionalmente, *Doe v. Bolton*, 410 EE. UU. 179 (1973), ha sido interpretado por algunos de proteger un derecho amplio a recibir un aborto en cualquier etapa del embarazo dado que un médico dispuesto a certificar que es necesario debido a las necesidades “emocionales” de la mujer o las preocupaciones “familiares.” *Id.*, 192. Véase, e.g., *Women's Medical Professional Corp. v. Voinovich*, 130 F. 3d 187, 209 (CA6 1997), cert. denied, 523 EE. UU. 1036 (1998); pero véase *id.*, 1039 (THOMAS, J., disintiendo en la denegación del certiorari)

Opinión de la Corte

hacerlo. Cuando los congresos empezaron a ejercer esa autoridad a medida que el siglo transcurría, nadie, que sepamos, alegó que las leyes que aprobaron violaban un derecho fundamental. Esto no es sorpresa ya que como las autoridades en derecho consuetudinario han condenado repetidamente el aborto y lo han descrito como un acto “ilícito” sin importar si ocurrió antes o después del movimiento. Véase *supra*, 16–21.

Otro Memorial *amicus* en el que se basan los respondientes (véase Memorial de los respondientes No. 21) trata de desestimar la importancia de las leyes penales estatales que estaban en vigor cuando la Decimocuarta Enmienda fue aprobada insinuando que fueron aprobadas por razones ilegítimas. Según este Memorial, el cual se basa casi enteramente en afirmaciones hechas por un prominente partidario de los estatutos, motivos importantes para las leyes fueron el miedo de que los inmigrantes Católicos estaban teniendo más bebés que los protestantes y que la disponibilidad del aborto estaba conduciendo a mujeres protestantes Blancas a “evadi[r sus] deberes maternos.” Memorial de la American Historical Association et al. así como *Amici Curiae* 20.

Recurrir a este argumento es una prueba de la falta de cualquier apoyo histórico real al derecho que *Roe* y *Casey* reconocieron. Esta Corte ha desfavorecido durante mucho tiempo los argumentos basados en supuestos motivos legislativos. Véase, e.g., *Erie v. Pap’s A. M.*, 529 EE. UU. 277, 292 (2000) (opinión mayoritaria); *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 EE. UU. 622, 652 (1994); *United States v. O’Brien*, 391 EE. UU. 367, 383 (1968); *Arizona v. California*, 283 EE. UU. 423, 455 (1931) (casos recopilados). La Corte ha reconocido que las indagaciones en motivos legislativos “son una cuestión *enrevesada*.” *O’Brien*, 391 EE. UU., 383. Incluso cuando un alegato sobre un motivo legislativo es respaldado por afirmaciones hechas por congresistas que votaron por una ley, hemos sido reacios a atribuir estos motivos al órgano legislativo en su conjunto. “Lo que motiva a un congresista a hacer una ponencia sobre un estatuto no es necesariamente lo que motiva a muchos otros a aprobarlo.” *Id.*, 384.

Aquí, el alegato sobre un motivo legislativo no se basa siquiera en las afirmaciones de los congresistas, sino en las afirmaciones hechas por unos pocos partidarios de las nuevas leyes de aborto del Siglo XIX, y es asumir demasiado el atribuir estos motivos a todos los congresistas cuyos votos fueron responsables de la aprobación de esas leyes. Recordar que al momento en que se aprobó la Decimocuarta Enmienda, 28 de los 37 estados habían aprobado estatutos que penalizaban el aborto (usualmente en todas las etapas del embarazo), y que desde inicios del Siglo XX hasta el día en que *Roe* fue *decidido*, cada estado tenía tal ley en sus libros. ¿Debemos creer que los cientos de legisladores cuyos votos fueron necesarios para aprobar estas leyes fueron motivados por la hostilidad hacia los católicos y las mujeres?

Hay amplia evidencia de que la aprobación de estas leyes fue impulsada por la creencia sincera de que el aborto mata a un ser humano. Muchas decisiones judiciales de finales del Siglo XIX e inicios del XX plantearon esa cuestión. Véase, e.g., *Nash v. Meyer*, 54 Idaho 283, 301, 31 P. 2d 273, 280 (1934); *State v. Ausplund*, 86 Ore. 121, 131–132, 167 P. 1019, 1022–1023 (1917); *Trent v. State*, 15 Ala. App. 485, 488, 73 S. 834, 836 (1916); *State v. Miller*, 90 Kan. 230, 233,

Opinión de la Corte

133 P. 878, 879 (1913); *State v. Tippie*, 89 Ohio St. 35, 39–40, 105 N. E. 75, 77 (1913); *State v. Gedicke*, 43 N. J. L. 86, 90 (1881); *Dougherty v. People*, 1 Colo. 514, 522–523 (1873); *State v. Moore*, 25 Iowa 128, 131–132 (1868); *Smith*, 33 Me., 57; véase también *Memphis Center for Reproductive Health v. Slatery*, 4 F. 4th 409, 446, y n. 11 (CA6 2021) (Thapar, J., coincide con la sentencia en parte y disiente en parte) (citando casos).

Uno puede estar en desacuerdo con esta creencia (y nuestra decisión no se basó en cualquier perspectiva sobre cuando un estado debería tratar la vida prenatal como si tuviera derechos o intereses legalmente reconocidos), pero incluso *Roe* y *Casey* no cuestionaron la buena voluntad de los opositores al aborto. Véase, e.g., *Casey*, 505 EE. UU., 850 (“Hombres y mujeres de buena conciencia pueden estar en desacuerdo...sobre las profundas implicaciones morales y espirituales de finalizar un aborto incluso en su etapa inicial”). Y no vemos razón para descartar la importancia de las leyes del estado en cuestión basada en la sugerencia de estos *amici* sobre el motivo legislativo.⁴¹

C

1

En lugar de insistir seriamente en el alegato de que el derecho al aborto tiene por sí mismo profundas raíces, los partidarios de *Roe* y *Casey* sostienen que el derecho al aborto es parte integral de un derecho más amplio. *Roe* calificó esto como un derecho a la privacidad, 410 EE. UU., 154, y *Casey* lo describió como la libertad de tomar "elecciones íntimas y personales" que son “cruciales para la dignidad personal y la autonomía,” 505 EE. UU., 851. *Casey* explicó: "En el corazón de la libertad está el derecho a definir el concepto propio de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana." *Ibid.*

La Corte no alegó que este derecho ampliamente enmarcado fuera absoluto, y ninguna de esas alegaciones sería plausible. Mientras que los individuos son ciertamente libres de pensar y decir lo que quieran sobre la "existencia", el "significado", el "universo" y "el misterio de la vida humana", no siempre son libres de actuar de acuerdo a esos pensamientos. La licencia para actuar sobre la base de tales creencias puede corresponder a uno de los muchos entendimientos de "libertad", pero ciertamente no es "libertad consagrada."

La libertad consagrada establece límites y define la frontera entre los intereses en conflicto. *Roe* y *Casey* alcanzaron un equilibrio particular entre los intereses de una mujer que quiere un aborto y los intereses de lo que llamaron "vida potencial." *Roe*, 410 EE. UU., 150

⁴¹ Otros Memoriales *amicus* presentaron alegatos sobre los motivos de defensores del acceso liberal al aborto. Señalan que algunos de estos partidarios han sido motivados por el deseo de suprimir el tamaño de la población afroamericana. Véase Memorial por African-American Organization et al. así como *Amici Curiae* 14–21; véase también *Box v. Planned Parenthood of Ind. y Ky., Inc.*, 587 EE. UU. ___, ___–___ (2019) (THOMAS, J., coincidiendo) (opinión publicada., 1–4). Y está más allá de discusión que *Roe* ha tenido un efecto demográfico. Un porcentaje muy desproporcionado de fetos abortados son Negros. Véase, e.g., Dept. of Health and Human Servs., Centers for Disease Control and Prevention (CDC), K. Kortsmitt et al., Abortion Surveillance—United States, 2019, 70 Morbidity and Mortality Report, Surveillance Summaries, p. 20 (Nov. 26, 2021) (Cuadro 6). Por nuestra parte, no cuestionamos los motivos de quienes han apoyado o se han opuesto a las leyes que restringen los abortos.

Opinión de la Corte

(énfasis borrado); *Casey*, 505 EE. UU., 852. 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 aún más amplio que el derecho que *Roe* y *Casey* reconocieron. Los votantes de otros Estados pueden desear imponer restricciones estrictas basadas en su creencia de que el aborto destruye un "ser humano no nacido." Miss. Code Ann. §41-41-191(4)(b). La comprensión histórica de nuestra nación de la libertad consagrada no impide que los representantes electos del pueblo decidan cómo se debe regular el aborto.

El derecho a abortar tampoco tiene precedentes sólidos. *Casey* se basó en casos relacionados con el derecho a casarse con una persona de una raza diferente, *Loving v. Virginia*, 388 EE. UU. 1 (1967); el derecho a contraer matrimonio en prisión, *Turner v. Safley*, 482 EE. UU. 78 (1987); el derecho a obtener anticonceptivos, *Griswold v. Connecticut*, 381 EE. UU. 479 (1965), *Eisenstadt v. Baird*, 405 EE. UU. 438 (1972), *Carey v. Population Services Int'l*, 431 EE. UU. 678 (1977); el derecho a vivir con familiares, *Moore v. East Cleveland*, 431 EE. UU. 494 (1977); el derecho a tomar decisiones sobre la educación de los hijos, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 EE. UU. 510 (1925), *Meyer v. Nebraska*, 262 EE. UU. 390 (1923); el derecho a no ser esterilizado sin consentimiento, *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 EE. UU. 535 (1942); y el derecho en determinadas circunstancias a no someterse a cirugía involuntaria, administración forzada de drogas u otros procedimientos sustancialmente similares, *Winston v. Lee*, 470 EE. UU. 753 (1985), *Washington v. Harper*, 494 EE. UU. 210 (1990), *Rochin v. California*, 342 EE. UU. 165 (1952). Los respondientes y el Fiscal General también se basan en decisiones posteriores a *Casey* como *Lawrence v. Texas*, 539 EE. UU. 558 (2003) (derecho a participar en actos sexuales privados y consensuados), y *Obergefell v. Hodges*, 576 EE. UU. 644 (2015) (derecho a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo). Véase Memorial por los respondientes No. 18; Memorial de los Estados Unidos 23–24.

Estos intentos de justificar el aborto apelando a un derecho más amplio a la autonomía y a definir el "concepto de existencia" propio resultan excesivos. *Casey*, 505 EE. UU., 851. Esos criterios, a un alto nivel de generalidad, podrían autorizar los derechos fundamentales al consumo de drogas ilícitas, la prostitución y otros derechos similares. Véase *Compassion in Dying v. Washington*, 85 F. 3d 1440, 1444 (CA9 1996) (O'Scannlain, J., disintiendo con la denegación de la nueva audiencia **en banc**). Ninguno de estos derechos **puede alegar** estar profundamente arraigado en la historia. *Id.*, 1440, 1445.

Lo que distingue claramente el derecho al aborto de los derechos reconocidos en los casos en los que *Roe* y *Casey* se basan es algo que ambas decisiones reconocieron: El aborto destruye lo que esas decisiones llaman "vida potencial" y lo que la ley en cuestión en este caso considera como la vida de un "ser humano no nacido." Véase *Roe*, 410 EE. UU., 159 (el aborto es "inherentemente diferente"); *Casey*, 505 EE. UU., 852 (el aborto es "un acto único"). Ninguna de las otras decisiones citadas por *Roe* y *Casey* involucró la cuestión moral crítica planteada por el aborto. Por lo tanto, no son compatibles. No apoyan el derecho a abortar y, por la misma

Opinión de la Corte

razón, nuestra conclusión de que la Constitución no confiere ese derecho no los afecta de ninguna forma.

2

Al establecer esta distinción crítica entre el derecho al aborto y otros derechos, no es necesario cuestionar la afirmación de *Casey* (que aceptamos como argumento) de que "las prácticas específicas de los estados en el momento de la adopción de la Decimocuarta Enmienda" no "mar[can] los límites exteriores de la esfera sustantiva de libertad que protege la Decimocuarta Enmienda." 505 EE. UU., 848. El aborto no es nada nuevo. Ha sido abordado por los legisladores durante siglos, y la cuestión moral fundamental que plantea es atemporal.

Los defensores de *Roe* y *Casey* no afirman que ningún nuevo aprendizaje científico requiera una respuesta diferente a la cuestión moral subyacente, pero sostienen que los cambios en la sociedad requieren el reconocimiento de un derecho constitucional para obtener un aborto. Sin la disponibilidad del aborto, sostienen, las personas se verán inhibidas de ejercer su libertad para elegir los tipos de relaciones que desean, y las mujeres no podrán competir con los hombres en el lugar de trabajo y en otras iniciativas.

Los estadounidenses que creen que el aborto debe restringirse presionan argumentos contrarios sobre avances modernos. Señalan que las actitudes sobre el embarazo de las mujeres solteras han cambiado drásticamente; que las leyes federales y estatales prohíben la discriminación basada en el embarazo;⁴² que la licencia de maternidad está ahora garantizada por la ley en muchos casos;⁴³ que los gastos de atención médica relacionados con el embarazo están cubiertos por el seguro o la ayuda del gobierno;⁴⁴ que los estados han aprobado cada vez más leyes de "refugio seguro", que generalmente permiten a las mujeres dejar a sus bebés de forma

⁴² Véase, e.g., Pregnancy Discrimination Act, 92 Stat. 2076, 42 U. S. C. §2000e(k) (la ley federal que prohíbe la discriminación por embarazo en el empleo); Dept. of Labor, Women's Bureau, Employment Protections for Workers Who Are Pregnant or Nursing,

<https://www.dol.gov/agencies/wb/pregnant-nursing-employment-protections> (demostrando que 46 estados y el Distrito de Columbia tienen protecciones laborales contra la discriminación por embarazo).

⁴³ Véase, e.g., Family and Medical Leave Act of 1993, 107 Stat. 9, 29 U. S. C. §2612 (Ley federal que garantiza la licencia laboral por maternidad); Bureau of Labor Statistics, Access to Paid and Unpaid Family Leave in 2018,

<https://www.bls.gov/opub/ted/2019/access-to-paid-and-unpaid-family-leave-in-2018.htm> (demostrando que el 89 por ciento de los trabajadores civiles tuvieron acceso a licencia familiar no remunerada en 2018).

⁴⁴ La Ley de Asistencia Asequible (ACA, por sus siglas en inglés) requiere que los planes de salud sin derechos adquiridos en los mercados individuales y de grupos pequeños cubran ciertos beneficios esenciales de salud, que incluyen la maternidad y el cuidado del recién nacido. Véase 124 Stat. 163, 42 U. S. C. §18022(b)(1)(D). La ACA también prohíbe límites anuales, Véase §300gg–11, y limita las obligaciones anuales de costos compartidos sobre tales beneficios, §18022(c). Los planes estatales de Medicaid deben proporcionar cobertura para los servicios relacionados con el embarazo, incluyendo, pero no limitado a, atención prenatal, parto y atención posparto, así como servicios para otras condiciones que podrían complicar el embarazo. 42 CFR §§440.210(a)(2)(i)–(ii) (2020). Los planes estatales de Medicaid también tienen prohibido imponer deducciones, costos compartidos o cargos similares por servicios relacionados con el embarazo para mujeres embarazadas. 42 U. S. C. §§1396o(a)(2)(B), (b)(2)(B).

Opinión de la Corte

anónima;⁴⁵ y que una mujer que da a su recién nacido en adopción hoy tiene pocas razones para temer que el bebé no encuentre un hogar adecuado.⁴⁶ También afirman que muchas personas ahora tienen una nueva apreciación de la vida fetal y que cuando los futuros padres quieren que un niño vea una ecografía, por lo general no tienen ninguna duda de que lo que ven es su hija o hijo.

Ambas partes hacen argumentos políticos importantes, pero los partidarios de *Roe* y *Casey* deben demostrar que esta Corte tiene la autoridad para sopesar esos argumentos y decidir cómo se puede regular el aborto en los estados. No lo han demostrado y, por lo tanto, devolvemos el poder de sopesar esos argumentos al pueblo y a sus representantes elegidos.

D

1

La disidencia es muy franca en cuanto a que no puede demostrar que un derecho constitucional al aborto tenga algún fundamento, mucho menos uno “‘profundamente arraigado’,” en “‘la historia y la tradición de esta nación.’” *Glucksberg*, 521 EE. UU., 721; Véase *post*, 12–14 (opinión conjunta de BREYER, SOTOMAYOR, y KAGAN, JJ.). La disidencia no identifica *ninguna* autoridad previa a *Roe* que apoye tal derecho-ninguna disposición o estatuto, ningún precedente judicial federal o estatal, ni siquiera un tratado académico. Compárese *post*, 12–14, n. 2, con *supra*, 15–16, y n. 23. La disidencia tampoco discute el hecho de que el aborto era ilegal en el derecho consuetudinario al menos hasta después del movimiento ; que el siglo XIX vio una tendencia hacia la penalización de los abortos pre-movimiento ; que en 1868, una mayoría de los estados (al menos 26 de 37) había aprobado estatutos que penalizaban el aborto en todas las etapas del embarazo; que a finales de 1950 por lo menos 46 Estados prohibían el aborto “en cualquier momento y forma en que se practicara”, salvo que fuera necesario para salvar “la vida de la madre,” *Roe*, 410 EE. UU., 139; y que cuando se decidió *Roe* en 1973 estatutos similares todavía estaban en vigor en 30 estados. Compárese *post*, 12–14, nn. 2–3, con *supra*, 23–25, y nn. 33–34.⁴⁷

⁴⁵ Desde *Casey*, los 50 estados y el Distrito de Columbia han promulgado tales leyes. Dept. of Health and Human Servs., Children’s Bureau, Infant Safe Haven Laws 1–2 (2016), <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/safehaven.pdf> (señalando que las leyes de refugio seguro comenzaron en Texas en 1999).

⁴⁶ Véase, e.g., CDC, Adoption Experiences of Women and Men and Demand for Children To Adopt by Women 18–44 Years of Age in the United States 16 (Aug. 2008) (“[c]erca de 1 millón de mujeres buscaban adoptar niños en 2002 (i.e., estaban solicitando un niño), mientras que la oferta doméstica de bebés abandonados al nacer o dentro del primer mes de vida y disponibles para ser adoptados se había vuelto prácticamente inexistente”); CDC, National Center for Health Statistics, Adoption and Nonbiological Parenting, https://www.cdc.gov/nchs/nsfg/key_statistics/a-keystat.htm# adopción (demostrando que aproximadamente 3,1 millones de mujeres de entre 18 y 49 años de edad han “[t]omado medidas para adoptar un niño” según los datos recopilados entre 2015 y 2019).

⁴⁷ A modo de contraste, en ese momento *Griswold v. Connecticut*, 381 EE. UU. 479 (1965), fue decidido, el estatuto de Connecticut en cuestión era en extremo atípico. Véase Memorial por Planned Parenthood Federation of America, Inc. como *Amicus Curiae* en *Griswold v. Connecticut*, O. T. 1964, No. 496, p. 27.

Opinión de la Corte

El fracaso de la disidencia para relacionarse con esta larga tradición es devastador para su posición. Hemos sostenido que el "método establecido de análisis sustantivo del debido proceso" requiere que un derecho no mencionado esté "profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación" antes de que pueda ser reconocido como un componente de la "libertad" protegida en la Cláusula de Debido Proceso. *Glucksberg*, 521 EE. UU., 721; cf. *Timbs*, 586 EE. UU., ____ (opinión publicada, 7). Pero a pesar de la profesada fidelidad de la disidencia al *stare decisis*, no logra relacionarse seriamente con ese importante precedente— que no puede satisfacer.

la disidencia intenta ocultar este fracaso tergiversando nuestra aplicación de *Glucksberg*. La disidencia sugiere que nos hemos centrado solo en "la situación legal del aborto en el siglo 19," *post*, 26, pero nuestra examinación de la tradición de esta Nación se extiende mucho más allá de ese período. Como se explicó, durante más de un siglo después de 1868, incluyendo "otro medio siglo" después de que las mujeres ganaran el derecho constitucional al voto en 1920, véase *post*, 15; Amdt. 19—estaba firmemente establecido que las leyes que prohibían el aborto como la ley de Texas en cuestión en *Roe* eran actividades permisibles de la autoridad reguladora estatal. Y hoy, medio siglo después, más de la mitad de los estados nos han pedido que derogemos a *Roe* y *Casey*. La disidencia no puede establecer que el derecho al aborto haya sido parte de la tradición de esta Nación.

2

Debido a que la disidencia no puede argumentar que el derecho al aborto está arraigado en la historia y la tradición de esta Nación, sostiene que la "tradición constitucional" no es "capturada al completo en un solo momento," y que su "significado gana contenido del largo recorrido de nuestra historia y de los sucesivos precedentes judiciales." *Post*, 18 (comillas internas omitidas). Esta formulación vaga no impone restricciones claras sobre lo que el Juez White llamó el "ejercicio del poder judicial en bruto", *Roe*, 410 EE. UU., 222 (opinión disidente), y mientras que el disenso afirma que su estándar "no significa que todo se valga," *post*, 17, cualquier restricción real es difícil de discernir.