

Comentario a la Sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Análisis e Implicancias para el Derecho chileno

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. Case summary and implications for Chilean law

Comentario

CONSTANZA FUENTES LÓPEZ *

* **MAGISTER** en Derecho de Daños por Universidad Adolfo Ibáñez, defensa de tesina 14 de junio de 2023. Abogada, Universidad de Chile. correo electrónico: conifuentes20@gmail.com

Resumen: El comentario revisa un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos que desecha el precedente existente en relación con el derecho al aborto, y promueve que cada Estado pueda regular dicha materia según lo que señalen sus representantes. Revisado el contexto en el que se dicta esta sentencia y los hechos de esta, se analizan las implicancias que se producirían en Chile, de contar con un reconocimiento constitucional del derecho a interrumpir voluntariamente un embarazo.

PALABRAS CLAVE: Derecho al aborto- precedentes- Constitución

Abstract: *The comment reviews a recent United States Supreme Court's judgement that leaves without effect the former precedent related to an abortion right, and finally decides to promote the regulation of this subject to the authority of the elected representatives in each State. After analysing the context of this judgement and its facts, I present some thoughts that could arise if the voluntarily interruption of pregnancy gets Constitutional recognition in Chile.*

KEY WORDS: *Abortion rights- precedents- Constitution*



Sumario

1. Introducción; 2. Contexto de la sentencia; 3. Hechos relevantes y la decisión; 4. Implicancias en el derecho chileno; 5. Conclusiones

1) Introducción

Este comentario tiene por propósito revisar un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el cual se ha dejado sin efecto el precedente -probablemente uno de los más conocidos en el mundo occidental- denominado *Roe vs. Wade* (“*Roe*”) del año 1973 en que se consagró el derecho al aborto en dicho país. Actualmente, resulta aún más relevante estudiar este fallo, por cuanto en Chile existe un proceso constitucional vigente que podría derivar en el reconocimiento constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo, en caso de ser aprobada la Propuesta de Nueva Constitución presentada por la Convención Constitucional el 4 de julio del presente año. Finalmente, abordaremos ejemplos de implicancias en caso de que hipotéticamente esta última opción se concretara.

2) Contexto de la sentencia

Previo a comentar la sentencia que nos convoca, es menester tener presente el modo en que opera la jurisprudencia en el Derecho anglosajón o *Common Law*, pues las sentencias cuentan con un poder vinculante y son denominados precedentes. En cambio, en nuestro país, las sentencias judiciales solo tienen efecto relativo, esto es, resultan obligatorias solamente respecto de las causas en que se pronunciaren, según lo establece el Código Civil Chileno en su artículo 3°.

Así, el precedente opera en dos direcciones, una de forma vertical, donde la jerarquía mandará. Dicho de otra manera, el fallo de una Corte superior tendrá que ser seguido obligatoriamente por un tribunal de menor jerarquía.

Y por otro lado, encontramos la forma horizontal en la que opera el precedente, esto es, donde una misma Corte -incluso la Suprema Corte - tendrá que hacer valer el criterio de una sentencia del pasado en un caso de similares características, teniendo mayor valor aquella sentencia aun cuando la composición de la Corte fuera distinta o incluso cuando los miembros fueran los mismos, pero hubieren cambiado de opinión¹. Esta es la forma de aplicar la institución de “*Stare decisis*” que en latín significa a estarse a lo decidido.

En palabras del profesor Schauer, resulta crucial destacar que el *Stare decisis* supone que los jueces estarán obligados a aplicar y seguir un precedente cuando lo consideren correcto pero también, cuando no estén de acuerdo y lo consideren incorrecto. Es más, indica derechamente hablando del fallo *Roe*, que los ministros de la Corte deberán seguir aplicando *Roe*, incluso si es que continúan pensando que fue fallado incorrectamente².

Por consiguiente, la vigencia del *Stare decisis*, se funda precisamente en que los jueces no podrán decidir a la ligera cuál precedente podrán dejar

1 SHAUER, FREDERICK (2012) *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, p.37.

2 SHAUER (2012) p. 41.

3 SHAUER (2012) p.60.

4 Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. V. Jackson Women's Health Organization et al., alegado el 1 de diciembre, 2021 fallado 24 de junio 2022.

5 MONDACA ET. AL (2015). Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho Chileno. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. N°1. p. 24

6 "Except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality, a person shall not intentionally or knowingly perform.. or induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks".

sin efecto, pues la regla es firme y para que pueda respetársele de forma relevante, deben existir razones de peso para poder revertir un precedente del pasado, elevando el estándar acerca de la identificación y consecuencias del supuesto error de este³.

3) Hechos relevantes y la decisión

Pues bien, el 24 de junio de 2022 la Corte Suprema de Estados Unidos ("EE. UU.") dictó sentencia en el caso *Dobbs, V. Jackson Women's Health Organization*⁴ o más conocido entre nosotros como el fallo que modificó el precedente *Roe*, que consagró el derecho a elegir terminar un embarazo.

En ese sentido, desde el año 1973 y hasta comienzos de junio del 2022, se comprendía que la Constitución de EE.UU. había reconocido el derecho al aborto pues el derecho a la privacidad es lo suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer a terminar o no con su embarazo⁵, pero que los Estados podrían limitar aquel derecho con posterioridad a las 28 semanas de embarazo, cuando el feto pudiera sobrevivir fuera del útero materno.

Uno de los razonamientos clave del fallo *Roe* fue identificar qué se entendería por "viability", es decir, la capacidad del feto de tener una vida significativa fuera del útero de la madre. Por ello, también se pudo consagrar que hasta antes de las 28 semanas se podría decidir sobre la terminación del embarazo, pues antes de que el feto fuera viable para vivir de forma independiente a su madre, los Estados no podrían obligar a las mujeres a llevar a término un embarazo. Para ello la Corte introdujo una serie de reglas que en particular distinguían el embarazo con tres trimestres, y a partir del tercero, el feto por ser considerado viable tendría una mayor protección.

Ahora bien, el caso que fue resuelto hace menos de un mes por la Corte Suprema de EE.UU. surge a partir de una Ley dictada el 2018 en el Estado de Mississippi, denominada "*Gestational Age Act*", la cual incluyó una norma en estos términos: "*Excepto que exista una emergencia médica o un caso severo de anomalía fetal, una persona no podrá intencional o conocidamente realizar o inducir el aborto de un humano no nacido si es que la edad gestacional probable del humano no nacido ha sido determinada como mayor a 15 semanas*"⁶ (traducción libre).

Como se puede anticipar, esta norma contraviene el tiempo gestacional de "viability" que consagró el precedente de *Roe*. Por ello, luego de publicada esta Ley, *Jackson Women's Health Organization* (una clínica que practica abortos) y uno de sus médicos, presentaron una demanda contra varios organismos de ese Estado. Luego, la Corte de Distrito acogió su demanda y por ello el Departamento de Salud Estatal de Mississippi ("*Dobbs*") recurrió ante la Corte Suprema.

En ese contexto, la Corte Suprema no solo tenía el precedente de *Roe* para revalidarlo, sino que también existía otro caso similar denominado "*Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey*" ("*Casey*") de 1992. En éste se reconoció el derecho al aborto utilizando en parte los argumentos que sirvieron de base para *Roe*. Mencionamos esto, porque como vimos *supra* (II), el *Stare decisis* debía ser aplicado.

7 En específico en Roe se habrían fundado en la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Décimo Cuarta Enmienda para argumentar la validez de este derecho.

8 El Anexo A del fallo incluye una recopilación cronológica de las Leyes existentes referidas al aborto en los diversos Estados, desde 1825 hasta 1901.

9 Fallo que fue redactado por Justice Alito, con el voto concurrente de Justice Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett. También Justice Roberts incluyó una opinión favorable al fallo.

10 Pág. 6 Dissenting.

Es más, la propia sentencia del 24 de junio indica que el *Stare decisis* protege los intereses de quienes han tomado acciones basados en esas decisiones judiciales y al mismo tiempo que casos similares sean resueltos de la misma manera. Sin embargo, la sentencia continúa indicando que, si una decisión que interpreta la Constitución ha sido errada, es necesario revertir incluso sentencias pasadas.

De acuerdo con los argumentos que considera la Corte para revertir el razonamiento de Roe, indican que (i) las reglas sobre las que se interpretó que se consagraba el derecho a elegir optar por un aborto, no lo reconocían propiamente tal y que nunca la Constitución hizo expresa referencia al aborto⁷. (ii) Para que esta libertad de optar al aborto fuera reconocida tendría que haberse fundado en que el derecho al aborto estuviera profundamente arraigado en la historia de la Nación y sus tradiciones, pero la Corte realiza un largo recorrido histórico en el que el aborto sería incluso criminalizado en la mayoría de los Estados⁸. (iii) Por último, la Corte señala que los casos citados para reconocer el derecho a obtener un aborto no podían ser siquiera similares porque a diferencia de Roe, ninguno de esos casos “*destruye una potencial vida*” en los términos que pretendía Roe.

A mayor abundamiento, se realiza una crítica el razonamiento basal de Roe desde que la Corte incorporó una serie de reglas que no se veían fundadas ni por doctrina ni por otros casos jurisprudenciales, y que, en definitiva, parecían ser parte de una actitud que debió tomar el poder legislativo y no que la Corte se autoproclamara la facultad de regular el derecho al aborto.

Es así, como la Corte termina acogiendo⁹ la petición de Dobbs señalando -en síntesis- que la Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado a regular o prohibir el aborto, pero que la Corte en los casos de Roe y Casey se habría arrogado esa facultad, por lo que ahora se devuelve a la gente y a sus candidatos electos, la facultad de elegir esas opciones.

En todo caso, consta el voto disidente de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, quienes defienden que la verdadera razón por la que se transgredió el *Stare decisis*, tiene que ver principalmente con la composición de la Corte en este minuto¹⁰. En otros términos, la mayoría de los miembros de orden conservador -lo cual se alcanzó con la llegada de Amy Coney Barrett que fue nominada bajo el mando del expresidente Trump- promovió este vuelco jurisprudencial contra el precedente sentado por los fallos de Roe y Casey.

Además de oponerse a esta decisión, que se contrapone directamente a la garantía de libertad e igualdad consagrada para las mujeres al poder decidir sobre su propio cuerpo hasta el tercer trimestre del embarazo, indican que nada obsta a que los Estados ahora preparen leyes que prohíban el aborto en cualquiera de sus semanas o incluso prohibiendo de forma irrestricta situaciones límites como cuando el aborto se basa en un embarazo que tuvo como causa una violación o un incesto. Finalmente, -entre tantos otros argumentos que por extensión no podremos abordar- hacen presente que, si es que un nuevo derecho a ser interpretado a partir de la Constitución debiera tener un origen arraigado en las tradiciones de

la Nación, tampoco se hubiera garantizado, por ejemplo, la libre adquisición de anticonceptivos.

Como hemos podido revisar, la importancia de esta sentencia modificará el curso de acción de múltiples Estados de dicho país, que con miradas más conservadoras podrán limitar probablemente de forma absoluta, la libertad de decisión sobre el cuerpo de mujeres embarazadas. A modo referencial los Estados de Texas, Oklahoma, Mississippi, Alabama y Wisconsin entre otros, ya cuentan con una prohibición al aborto¹¹.

¹¹ <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html> (Revisado y disponible el 24/07/2022)

4) Implicancias en el derecho chileno

En base a lo expuesto, resulta pertinente recordar ciertos hitos de la regulación del aborto en Chile. Primero, en 1968 la regulación del Código Sanitario Chileno permitía interrumpir un embarazo sólo con fines terapéuticos. Luego, con una modificación del año 1989 el artículo 119 del mismo cuerpo legal indicó “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Mucho más adelante en nuestra historia, el año 2017, fue promulgada la Ley N°21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: a) peligro para la vida de la mujer; b) inviabilidad fetal de carácter letal; c) embarazo causado por una violación.

Este contexto da cuenta de que actualmente en Chile, en determinados casos, se puede acceder a un aborto. Sin embargo, según la Nueva Propuesta de Constitución, presentada el día 4 de julio de 2022 a la ciudadanía que deberá votar su aprobación o rechazo el 4 de septiembre, la interrupción voluntaria del embarazo sería un derecho. En efecto, el artículo 61 de la propuesta señala:

“Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción.

El Estado garantiza su ejercicio sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural; así como el acceso a la información, educación, salud y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones. (el destacado es nuestro)

La ley regulará el ejercicio de estos derechos. (...)”

De acuerdo con el referido artículo, el Estado deberá asegurar el acceso a una interrupción voluntaria del embarazo, lo cual al quedar regulado en términos amplios no debería suponer restringirlo a las tres causales que

actualmente rigen según la Ley N°21.030. En todo caso, la propuesta constitucional también deriva al Legislador la facultad de regular el ejercicio de estos derechos, por lo que no corresponde anticiparse aún más a dicha legislación.

Sin embargo, por más que la regulación de los márgenes del derecho quede relegada al poder legislativo, la propuesta es clara e incorpora el derecho a decidir libremente sobre el propio cuerpo por lo que la interrupción del embarazo sería una de las expresiones de dicha libertad. Por consiguiente, arribaríamos a una conclusión similar a la que logró Roe, al indicar que la Constitución ampararía el derecho a abortar de las mujeres, mas, en este caso existiría una explicitación del referido derecho.

Al respecto, conviene indicar que más allá de las implicancias sociales y culturales que pudiera tener un reconocimiento constitucional del aborto en Chile, un efecto directo que se produciría, sería amparar las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* que han recibido acogida en otras latitudes¹². La primera se refiere a la acción que intentan los progenitores de un hijo que posee una enfermedad o malformación que, en el caso de haber sido correctamente informados por un especialista, habrían optado por abortar. Mientras que la segunda, consiste en una acción comúnmente entablada por los hijos nacidos con alguna enfermedad o padecimiento tan severo -esperando la mayoría de edad o siendo representados por sus padres-, que consideran que su vida “no merece ser vivida” y que hubieran preferido no haber nacido en esas condiciones¹³.

Pese a que este tipo de acciones podrían ya tener un determinado efecto en nuestro país dentro del régimen de responsabilidad común, alegando la lesión a un interés legítimo¹⁴, la consagración constitucional del derecho al aborto claramente facilitaría alegar la responsabilidad médica respecto a quienes no hubieren informado correcta y oportunamente dichas situaciones. Siendo en aquellos casos, perfectamente plausible alegar la pérdida de la posibilidad de haber abortado.

5) Conclusiones

Este comentario ha tenido por objeto comentar el interesante cambio jurisprudencial que se produjo en EE.UU. a propósito del fallo Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization. Debido a que éste no solamente dejó sin efecto un precedente, cuestión que como se revisó en el acápite II es inusual y de todas maneras no es el efecto querido por el principio *Stare Decisis* consagrado en el Derecho anglosajón, sino que además modificó el curso de acción -y seguirá modificando- la regulación del aborto en cada uno de sus Estados. Lo que trae como directa consecuencia, la limitación al derecho a decidir sobre el propio cuerpo de las mujeres de cada uno de los Estados que restrinja ampliamente el derecho al aborto.

Por su parte, la relevancia del tema nos hizo cuestionarnos sobre las implicancias que podría tener la aprobación de la propuesta del nuevo texto constitucional de Chile, si es que fuere favorable el resultado de 4 de septiembre. Y en ese sentido, se apreció en el marco de la sentencia comentada que una consagración explícita del derecho al aborto permitiría reconocer también, la factibilidad de entablar acciones de *wrongful birth* o *wrongful life* en Chile.

¹² Países Bajos, Estados Unidos, entre otros. Véase: Van Dam, C. (2013) *European Tort Law*, second edition. Oxford University Press.

¹³ VAN DAM, C. (2013) pp. 193-198.

¹⁴ MONCADA (2015) 31.

Bibliografía

- MONCADA, A. ET AL.** (2015) Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho Chileno. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. N°1.
- SHAUER, F.** (2012) Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press.
- VAN DAM, C.** (2013) European Tort Law, second edition. Oxford University Press.

Jurisprudencia citada

- DOBBS STATE HEALTH OFFICER OF THE MISSISSIPPI DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL. V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION ET AL., ALEGADO EL 1 DE DICIEMBRE, 2021 FALLADO 24 DE JUNIO 2022.** (2022) Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf