

**Stith, Richard**

*Rechazos fundamentales de la doctrina de Roe V. Wade*

Vida y Ética Año 18, N° 1, junio 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Stith, Richard. “Rechazos fundamentales de la doctrina de Roe V. Wade” [en línea]. *Vida y Ética*, 18.1 (2017). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/rechazos-fundamentales-doctrina-wade.pdf> [Fecha de consulta:.....]

# RECHAZOS FUNDAMENTALES DE LA DOCTRINA DE *ROE V. WADE*

## Profesor Richard Stith

richard.stith@gmail.com

- J.D. (Yale Law School)
- Ph.D. (Yale University)
- Profesor titular (dedicado a la investigación), Valparaiso University Law School, Valparaiso, Indiana, USA.

### Palabras clave

- Jurisprudencia
- Aborto
- *Roe v. Wade*

### Key words

- Jurisprudence
- Abortion
- *Roe v. Wade*

RESUMEN [1]

La jurisprudencia constitucional estadounidense suele tener considerable influencia en los grandes tribunales de otros países. Así la sentencia *Roe v. Wade* de la Corte Suprema norteamericana puede conducir a la legalización mundial del aborto a petición. Según este fallo, la mayoría de las leyes contra el aborto en los Estados Unidos violaban el "derecho constitucional a la privacidad" bajo la "cláusula del debido proceso" de la "décimo cuarta enmienda" de la Constitución, lo que obligó a modificar todas las leyes federales y estatales que proscribían o que restringían el aborto. Sin embargo, esta sentencia ha sido rotundamente rechazada por fuentes bastante sorprendentes. En este artículo, presentaremos los argumentos que se esgrimieron en su contra.

ABSTRACT

Usually, the American constitutional jurisprudence has considerable influence on the highest courts of other countries. Thus, the sentence in *Roe v. Wade* case settled in the American Supreme Court may facilitate the on-demand legalization of abortion worldwide. According to this sentence, most of the laws against abortion in the United States were in breach of the "constitutional right to privacy" under the "due process clause" of the "fourteenth amendment" to the Constitution, which led to the modification of all federal and state laws that prohibited or restricted the abortion. Nevertheless, such sentence was rejected by quite surprising sources. In this article, we will submit the arguments set forward against such sentence.

La jurisprudencia constitucional estadounidense suele tener considerable influencia en los grandes tribunales de otros países. Así la sentencia *Roe v. Wade* de la Corte Suprema norteamericana puede

conducir a la legalización mundial del aborto a petición. Pero antes de andar el surco abierto por esta corte, esos otros tribunales deben saber que esta sentencia ha sido rotundamente rechazada por

[1] Presentación para el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Suprema de Justicia, Asunción, Paraguay, 20 de octubre de 2016. Revisión de una conferencia pronunciada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 25 de agosto de 2008.

fuentes bastante sorprendentes. El razonamiento de *Roe* ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional alemán, rechazado por peritos académicos y feministas estadounidenses personalmente a favor del aborto, rechazado por la legislación estatal y federal norteamericana que alcanza proteger al no nacido a pesar de *Roe*, y rechazado por la misma Corte Suprema que no ha reafirmado ni extendido el razonamiento de la sentencia y la ha dejado sobrevivir a causa de la doctrina anglosajona del precedente vinculante. Posiblemente más sorprendente de todo, lo que se conoce como la doctrina de *Roe* — la despersonalización del feto y el consiguiente derecho al aborto a petición — fue rechazado por los jueces autores originales de la sentencia, quienes en sus papeles privados (revelados décadas después de esa sentencia) indican que no apoyaban el significado de lo que decretaron.

En 1973, basándose en un derecho constitucional a la "privacidad", un dere-

cho no textual pero supuestamente "fundamental", la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su sentencia *Roe v. Wade*, declaró que el no nacido no disfruta de ninguna protección *constitucional* antes de salir del vientre materno. Aún más: La Corte dijo que antes de la edad en que el feto podría sobrevivir independientemente de su madre, *ni por ley* puede el Estado restringir el aborto para el bien del feto. Es decir, antes de que el feto esté "viable", a las 28 semanas de edad, *Roe* prohíbe que la ley exija justificación alguna para que haya un aborto. [2] E incluso cuando ya ha llegado a esa llamada "viabilidad", durante las últimas 12 semanas, el feto en útero cuenta solo como una vida humana *en potencia*. [3] Por lo tanto, existe un derecho constitucional a abortarlo hasta *el nacimiento mismo* (véase la cita cuatro abajo) [4], no solo para salvar la vida de la madre sino por razones extremadamente amplias de "salud" (véase la cita cinco abajo). [5] *Roe* promulgó un derecho de abortar casi abso-

[2] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, pp. 162, 164-65 (1973). Por ejemplo, *Roe* afirma que la ley no puede exigir una razón de salud materna, ni siquiera una muy amplia, para que se lleve a cabo el aborto antes de esta llamada "viabilidad".

[3] *Roe* llama al feto "vida en potencia" *idem* pp. 150, 154, "vida prenatal" *idem* pp. 151, 155, "vida fetal" *idem* p. 163, y "potencialidad de la vida humana" *idem* pp. 162, 164, refiriéndose aquí a los últimos meses del embarazo. Es decir, en esta sentencia, a veces parece que hay "vida" antes del parto, pero no se llama nunca "vida humana" sino solamente su mera "potencialidad" (hasta que pase por el canal del parto).

[4] *Roe*, *supra*, nota 2, p. 164. "Para la etapa *subsiguiente a la viabilidad*, el Estado en función de promover su interés en la *potencialidad* de la vida humana, puede, *si lo desea*, regular e incluso prohibir el aborto, *excepto* cuando éste sea necesario, según un dictamen médico apropiado, para preservar la vida *o la salud* de la madre". Énfasis añadido.

[5] *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, p. 192 (1973): La "salud" incluye: "todos los factores —físicos, emocionales, psicológicos, familiares, y la edad de la mujer— que tienen que ver con el bienestar del paciente". (*Doe* es la sentencia que acompaña a *Roe*; *Roe* indica qué hay que leer las dos sentencias en conjunto. *Roe*, *supra*, nota 2, p. 165.)

luto durante todos los nueve meses del embarazo, una postura compartida con sólo tres otros países del mundo (China, Corea del Norte, y Canadá). [6]

Solo dos años después de *Roe*, en 1975, el Tribunal Constitucional alemán (el tribunal nacional más destacado de Europa) rechazó la doctrina norteamericana de que el feto es solamente una potencia de vida humana. Rehusando a seguir *Roe v. Wade*, el Tribunal afirmó que el niño no nacido está constitucionalmente protegido durante todo el embarazo, diciendo que "El proceso de desarrollo... es un proceso continuo que no muestra ninguna demarcación pronunciada y que no permite ninguna división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no termina ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que

son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, no aparecen por primera vez hasta bastante tiempo después del nacimiento. Por lo tanto, la protección... de la Ley Fundamental no puede limitarse ni al ser humano 'terminado' con el nacimiento ni al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independientemente... (ni) puede efectuarse aquí ninguna distinción entre las diversas etapas antes del nacimiento de esta vida que se desarrolla a sí misma...". [7] Nuestra experiencia con el nazismo, indica el Tribunal alemán, nos empuja a evitar cualquier sendero hacia la negación de la inviolabilidad del individuo.[8] Posteriormente, en 1993, el Tribunal alemán explicó simplemente que donde hay vida humana hay siempre dignidad humana, y donde hay dignidad humana hay siempre un derecho "*propio*" ("*eigenes*", en alemán) [9] a la vida, que indicaría un derecho subjetivo. [10]

[6] Clarke D. Forsythe, *Abuse of Discretion: The Inside Story of Roe v. Wade*, p. 126, notas 4-5. (New York-London: Encounter Books, 2013)

[7] Sentencia del 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE 1, p. 37.

[8] (1975) 39 BVerfGE 1, p. 67. Para un análisis y comparación de la de 1975 con *Roe v. Wade* y con la sentencia principal del Tribunal Constitucional español sobre el aborto, criticando especialmente la excesiva ampliación española de la doctrina de inexigibilidad, véase R. Stith, "Nueva teoría constitucional y penal sobre el aborto en el derecho español", *Revista de Derecho Público*, segunda época, año 15, volumen II, número 115 (1989), pp. 345-393.

[9] Sentencia del 28 de mayo de 1993, 88 BVerfGE 203, pp. 251-252.

[10] *Id.* Hay que aclarar que el tribunal alemán en 1993 permitió la despenalización del aborto para facilitar la consejería obligatoria (que tiene que ser siempre pro-vida) y la ayuda positiva a la mujer embarazada, siempre que el aborto fuere entendido como delito (y no como acto jurídicamente justificado) y que el Estado tuviere el deber de proteger eficazmente (*id.*) el derecho a la vida del no nacido, recorriendo a la penalización si fuera necesario. Parte de la presunción de que las mujeres que abortan (en su gran mayoría) no querían abortar si estuvieran plenamente informadas sobre la dignidad del feto y empoderadas frente a las presiones que las rodean (de las cuales se tratarán en el texto abajo). Aún la opinión disidente llama al aborto una "auto-herida" de la mujer embarazada. *Id.*, p. 350. Véase para más detalles Stith, R. "On Death and Dworkin: A Critique of His Theory of Inviolability", 56 *Maryland Law Review* 289 (1997), pp. 291-296, 367-368, 376-382. Traducido al castellano, pero no revisado por el autor, en "Sobre la muerte y Dworkin" publicada electrónicamente por *Cuadernos de Bioética*, Grupo de Investigación Bioética, [gibioetica@edunet.es](mailto:gibioetica@edunet.es)

A nivel popular estadounidense, el rechazo de la doctrina de *Roe* es profundo. [11] A una mayoría mínima las palabras "Roe v. Wade" le suenan bien, pero esto puede atribuirse directamente a la falta de información en los periódicos sobre el enorme alcance de esa sentencia. En 2009 un sondeo reveló que solamente un siete por ciento (7%) creían que se debe permitir el aborto en todas las circunstancias durante los nueve meses del embarazo, que es la clara enseñanza de *Roe*. [12]

Muchos académicos norteamericanos de derecho constitucional, estando tanto a favor como en contra del aborto, criticaron en seguida el fallo *Roe* por no estar fundamentado en nuestra Constitución. [13] La Corte Suprema, dijeron ellos, simplemente inventó el derecho al aborto en un acto de activismo judicial. Estas críticas siguen. En 2003 el muy respetado profesor de derecho constitucional Michael Stokes Paulsen escribió, "No conozco a ningún erudito, juez, o abogado serio quien in-

[11] Jean Bethke Elshtain, difunta profesora de ciencia política de la Universidad de Chicago, ha escrito que "la disputa parece posiblemente menos resuelta que nunca", preface, *The Cost of "Choice": Las Mujeres Evalúan el Impacto del Aborto*, editado por Erika Bachiocchi, p. ix (San Francisco: Encounter Books, 2004).

[12] Forsythe, supra, nota 6, p. 295. Una encuesta de Gallup publicado el 8 de Agosto de 2011, encontró incluso que una mayoría (52%) de los respondientes auto-denominados "pro-aborto" o "pro-elección" ("pro-choice") estaban a favor de hacer el aborto *ilegal* en el segundo trimestre el embarazo, y 79% lo prohibirían en el último trimestre. Saad, Lydia, "Plenty of Common Ground Found in Abortion Debate", *Gallup Politics* (8 August 2011). Disponible en web: [http://www.gallup.com/poll/148880/plenty-common-ground-found-abortion-debate.aspx?utm\\_source=email-friend&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=sharing&utm\\_content=morelink](http://www.gallup.com/poll/148880/plenty-common-ground-found-abortion-debate.aspx?utm_source=email-friend&utm_medium=email&utm_campaign=sharing&utm_content=morelink). Un sondeo sobre *Roe* de Harris Poll el 3 de marzo de 2005 mostró "La oposición está al nivel más alto en 20 años". (Harris anunció también que "una pequeña mayoría todavía apoya a *Roe*", pero esto es engañoso. La mayoría aprueba a *Roe* solamente cuando el sondeo no indica su alcance increíble. Véase el reportaje de David Savage: "En una encuesta Gallup en mayo [de 2005] solamente 23% de los cuestionados dijeron que el aborto debe ser 'legal en todas las circunstancias', la regla impuesta por *Roe vs. Wade*". "Roe Ruling: More Than Its Author Intended", *Los Angeles Times*, 14 de septiembre de 2005. Si la encuesta hubiera añadida "durante todo el embarazo", el apoyo habría sido aún menos de 23%.)

Por más de una década, los jóvenes han parecido más anti-aborto que sus mayores. Un sondeo de Harris en septiembre de 2007 reveló que los que tienen 30 años o menos son un 10% menos pro-aborto que los de 31 a 42 años. El apoyo para la re-penalización del aborto se incrementa más rápido entre los jóvenes, según una encuesta de Gallup en 2010. Aparte de la juventud, la otra minoría en los EE.UU. más pro-vida es la de los Latinos. Véase Profesor Charles C. Camosy, "Millennials will change abortion conversation" (*USA Today*, 23 March 2015). Véanse también "Surprise, Mom: I'm Anti-Abortion" (*New York Times*, 30 March 2003), "The Mysterious Disappearance of Young Pro-Choice Women" (*Glamour*, 2005).

[13] Desde el bando que defiende el aborto, véanse, por ejemplo, estas fuertes críticas de *Roe* por conocidos profesores juristas: John Hart Ely, "The Wages of Crying Wolf", 83 *Yale Law Journal* 920 (1973), Edward Lazarus, "The Lingering Problems of *Roe v. Wade*", *FindLaw's Writ*, 3 de October de 2002, disponible en [writ.findlaw.com/lazarus/20021003.html](http://writ.findlaw.com/lazarus/20021003.html), Laurence H. Tribe, "Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law", 87 *Harvard Law Review* 1 (1973), Alexander M., Bickel, *The Morality of Consent* (New Haven: Yale, 1975) pp. 27-29, Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government* (New York: Oxford, 1976), pág. 53, Richard A. Epstein, "Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases", 1973 *Supreme Court Review* 159, pág. 167.

tente defender el análisis de *Roe* en terreno textual o histórico". [14] Es verdaderamente extraordinario que los peritos de los dos bandos, pro- y anti- aborto, de derechas y de izquierdas, estén de acuerdo en afirmar la ausencia de fundamento constitucional en el razonamiento de *Roe*. [15]

Una voz importante contra *Roe*, desde la Izquierda, ha sido la de la feminista Profesora Catherine MacKinnon. En su ensayo "La privacidad contra la igualdad" [16] arguye que

*el aborto facilita la disponibilidad heterosexual de la mujer. En otras palabras, bajo condiciones*

*de no igualdad de género, [el aborto] no libera a las mujeres; libera la agresión sexual varonil. El acceso al aborto elimina la única excusa que quedaba para que las mujeres rehusaran el sexo, más allá del dolor de cabeza.*

*... La Fundación Playboy ha apoyado los derechos de abortar desde el primer día; sigue haciéndolo... [17]*

Refiriéndose específicamente a la sentencia *Roe*, MacKinnon concluye que "el derecho a la privacidad tiene aspecto de agresión presentada como regalo...

Virtualmente cada pizca de control que las mujeres ganaron [en *Roe*] ha ido

---

[14] Michael Stokes Paulsen, "The Worst Constitutional Decision of All Time", *78 Notre Dame Law Review* 995, p. 1007 (2003) (El artículo del profesor Paulsen critica principalmente la sentencia *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), que reafirmó el resultado de *Roe*. Véase la discusión de fallo *Casey* abajo.)

[15] Puede influir aquí el hecho de que, por razones democráticas, se ha disminuido el apoyo para "la supremacía judicial", especialmente entre los profesores de izquierda, que implicaría un rechazo de la autocracia de la Corte en *Roe*. En recientes décadas, la Izquierda ha atacado frecuentemente la supremacía judicial centralizada, a pesar de que sigan en su gran mayoría a favor del resultado de *Roe* (el aborto libre). Los ataques suelen ocurrir bajo los títulos "departamentalismo" (separación de poderes, frenos y contrapesos) y "constitucionalismo popular" (trasferencia al Pueblo mismo el poder de la Corte Suprema de interpretar la Constitución). Véanse especialmente los libros por dos destacados profesores de Derecho: Mark Tushnet, ex-presidente de la American Association of Law Schools ataca fuertemente el activismo judicial en *Taking the Constitution Away From the Courts* (1999), así como hace Larry D. Kramer, en ese tiempo decano de Stanford Law School, en su libro, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004). Véase también Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *115 Yale Law Journal* 1346 (2006). Para la opinión de un servidor, véase "Securing the Rule of Law through Interpretive Pluralism: An Argument from Comparative Law", *35 Hastings Constitutional Law Quarterly* 401 (2008), especialmente notas 6 & 7, alcanzable también en <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/070101.html>

[16] *Feminism Unmodified*, 93-102, (1987)

[17] *Id.*, 99

directamente a manos de los varones...". [18] En fin, ella retoma el argumento izquierdista de siempre en contra de los derechos liberales: Los que toman las decisiones fácticas son los que de veras poseen los derechos, no las que jurídicamente sean sus titulares formales.

Por lo tanto, el derecho de abortar expande, pero a la vez *esconde*, la opresión de la mujer por el padre, el marido, el amante, el empleador, e incluso el proxeneta. Si la mujer aborta, el varón se ve liberado de cualquier responsabilidad, y a la vez conserva a la mujer como objeto de explotación. Este aumento de dominación causado por el aborto resulta más grande en cuanto que la mujer sea más vulnerable (a causa del machismo cultural, o de la pobreza u otra debilidad de ella).

Los economistas han comprobado el efecto reconocido por MacKinnon. El acceso al aborto ha servido como un seguro, alentando los actos sexuales que arriesgan el embarazo, y así incrementando los em-

barazos (y las enfermedades sexuales [19] también).

Más sorprendentemente: si ella rechaza el aborto y da a luz a su hijo también puede perder. Ya que la decisión de no abortar ha sido de ella sola, y sobre todo si él ha ofrecido pagar los costos de la terminación del embarazo, el padre pensará que el nacimiento de la niña o niño es responsabilidad de ella sola. Así también, el cuidado y la formación le pertenecerán a ella sola. A consecuencia de esto, se ha incrementado significativamente el número de familias encabezadas por una madre soltera. (La actual directora del Federal Reserve Bank de los Estados Unidos, Janet Yellen, es co-autora del estudio más importante sobre este efecto. [20])

Peor aún si se descubre durante el embarazo que el niño es discapacitado: Si no lo aborta, ella será considerada la responsable del costo y de las llamadas "molestias" que este niño trae consigo para el padre y para el sistema de seguridad social. Es posible que hasta los médicos [21]

[18] *Id.*, 99-101. La postura de MacKinnon es sutil. Dice que *Roe* daña a la mujer en las condiciones actuales de desigualdad, pero parece que ella prefiere luchar solo para que se cambien estas condiciones y no luchar también para que se cambie a *Roe*.

[19] Véase por ejemplo Jonathan Klick y Thomas Stratmann, "The Effect of Abortion Legalization on Sexual Behavior: Evidence from Sexually Transmitted Diseases", *Journal of Legal Studies* (2003). Véase también Forsythe, *supra*, nota 6, pp. 328-329 (citando más estudios que demuestran que la existencia de la opción del aborto opera como un "seguro", alentando los actos sexuales riesgosos, y así aumenta el número de enfermedades sexuales y de embarazos).

[20] George A. Akerlof, Janet L. Yellen, y Michael L. Katz, "An Analysis of Out-of-Wedlock Childbearing in the United States", 111 *Quarterly Journal of Economics* 277 (1996).

[21] *The Cost of Choice*, *supra*, nota 11, pp. 46-47



y sus conocidos la hagan sentirse culpable por no haberlo abortado.

No debe sorprendernos que a través de las décadas, hay consistentemente un porcentaje más alto de mujeres en contra del aborto que de hombres. [22]

El legislador estadounidense, también ha rechazado la doctrina de *Roe v. Wade* según la cual la ubicación de la criatura (dentro o fuera del vientre materno) puede determinar si se trata o no de una vida humana actual. En una creciente mayoría de los estados norteamericanos, ahora 34 de los 50, la muerte de un niño no nacido puede calificarse como un tipo de homicidio (un acto de matar a un ser humano actual, no sólo potencial) si este se mata *sin* permiso de su madre. [23] Aún más significativo: antes de *Roe*, nin-

gún estado reconocía el homicidio prenatal durante *todo* el embarazo. Pero hoy en día, a pesar de *Roe*, 28 de los 50 estados protegen al no nacido durante todas las etapas de su desarrollo, desde la concepción. [24] En Minnesota, por ejemplo, una persona que mate intencionalmente a un embrión humano recién concebido, al atacar a su madre, puede ser condenada a cadena perpetua por el "asesinato de un niño no nacido". [25] Y en 2004, se agregó al código federal una ley muy similar: la *Ley de las víctimas de violencia prenatal*. [26] En una ataque contra su madre, esta ley otorga al niño no nacido, en *todo* momento de su desarrollo prenatal, la misma protección que la ley federal contempla para ella. En este y en muchos otros campos jurídicos [27], el no nacido se respeta como persona humana actual, no solamente "potencial", como lo llamaba *Roe v. Wade*.

[22] Forsythe, *supra*, nota 6, pp. 74, 305 (citando encuestas desde 1962 hasta 2010). Pero la experiencia de un servidor es que en los estratos más altos de la sociedad es al revés: las mujeres son más pro-aborto que los hombres.

[23] Ninguna de tales leyes ha sido derogada por los tribunales. Forsythe intenta explicar lo que él llama esta "esquizofrenia" en el derecho estadounidense (que el niño no nacido no es persona jurídica cuando se trata del aborto, pero si la es en muchísimos otros contextos jurídicos). *Id.*, nota 6, pp. 278-282. Fundamentalmente, no se puede deshumanizar a los niños no nacidos mientras que la gran mayoría de ellos son deseados por sus padres, quienes entonces querrán protegerlos y hasta fotografiarlos durante todo el embarazo. Por eso, los que luchan contra el aborto pueden no ganar su guerra, porque la guerra puede seguir por un tiempo indefinido. Pero no la pueden perder.

[24] Forsythe, *supra*, nota 6, at 149, 284-285.

[25] *State v. Merrill*, 450 N.W.2d 318, 321 n.1 (Minn. 1990), *cert. denied* 496 U.S. 931(1990).

[26] *Unborn Victims of Violence Act of 2004* (Public Law 108-212), codified en dos secciones del [United States Code](#): Title 18, Chapter 1 (Crimes), §1841 (18 USC 1841) y Title 10, Chapter 22 ([Uniform Code of Military Justice](#)) §919a (Article 119a). Section 1841(d) indica que "... the term "unborn child" means a child in utero, and the term "child in utero" or "child, who is in utero" means a member of the species homo sapiens, at any stage of development, who is carried in the womb". Énfasis añadido.

[27] Forsythe, *supra*, nota 6, at 149, 282-286.

En su fondo, la explicación de esta contradicción en el derecho norteamericano puede ser ésta: no se puede deshumanizar a los niños no nacidos mientras que la gran mayoría de ellos son deseados por sus padres, quienes entonces querrán protegerlos y hasta fotografiarlos durante todo el embarazo. Por eso, los que luchan contra el aborto pueden no ganar su guerra, porque la guerra puede seguir por un tiempo indefinido. Pero no la pueden perder.

La Corte Suprema estadounidense misma ha rechazado muchas oportunidades de reafirmar el razonamiento de *Roe v. Wade*. En 1992, en la sentencia *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte dejó de caracterizar el derecho al aborto como algo "fundamental" y de basarlo en la "privacidad". Toda la doctrina de la privacidad, que se resaltó tanto en *Roe*, se ha abandonado en la jurisprudencia constitucional. (Hoy en día, la Corte habla solamente de la protección de la "libertad", no de la "privacidad".) Además, en *Casey*, la Corte por primera vez indicó que se puede re-

conocer al no nacido como un "hijo" que está presente y vivo durante todo el embarazo: "Aún en las etapas del embarazo más tempranas, el Estado puede... alentar a [la madre] a que sepa que hay argumentos filosóficos y sociales de gran peso...a favor de la continuación del embarazo...y a que [su] decisión contemple las consecuencias [de un aborto] para el feto". [28] Agrega que el Estado mismo "puede expresar respeto profundo por la vida del no nacido" [29] y habla de "la vida del hijo que [ella] lleva". [30] (Fijémonos en que la Corte no alega nunca que haya fundamento religioso debajo de los argumentos en contra del aborto.)

¿Por qué, entonces, si ya en el caso *Casey* se abandonaron la premisas principales de la sentencia de *Roe*, no se ha abandonado su conclusión de que hay un derecho constitucional a abortar? La Corte responde en el mismo fallo *Casey* que la doctrina del precedente vinculante (*stare decisis*) prohíbe que se revoque el resultado de una sentencia simplemente porque ha sido "decidido erróneamente". [31]

[28] *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 872-873 (plurality opinion) (1992).

[29] *Id.*, pág. 877.

[30] *Id.*, pág. 898. Énfasis añadido.

[31] *Id.*, pág. 864. En la decisión *Casey* (resumiendo de manera breve) hubo dos jueces de la Corte que querían reafirmar casi toda la sentencia de *Roe*, y cuatro que querían anular por completo la sentencia *Roe*. Las citas en este ensayo son de la opinión de los tres jueces en el medio, quienes querían reafirmar solamente la conclusión de *Roe*, que hay un derecho a abortar, y no su razonamiento.

Esta opinión representa una concurrente mayoría en general, aunque no en todos sus puntos, y es la opinión que ha tenido más impacto jurídico (más que las opiniones de los votos particulares concurrentes y disidentes).

Admitir errores grandes puede ser especialmente peligroso para la Corte: "Hay un límite a la cantidad de error que puede ser convincentemente imputada a las Cortes previas". [32] Exceder este límite haría que "la legitimidad de la Corte se debilitara". [33] Incluso, si una sentencia ha sido de gran controversia pública, ésta adquiere *más* fuerza vinculante, según la Corte en su fallo *Casey*, porque anularla podría parecer rendirse ante la presión política. Por lo tanto, "una decisión de anular el juicio esencial de *Roe* en las circunstancias actuales trataría de error, si es que hubo error, al costo de daño profundo e innecesario a la legitimidad de la Corte". [34]

Es decir, admitir que la aprobación del aborto libre durante todo el embarazo fue un gran error implicaría, según estos jueces de la Corte Suprema, una inaceptable pérdida de prestigio para dicho tribunal. (Así somos todos. Sentimos la tentación de no admitir nuestros errores, especialmente los errores grandes. Por eso es de suma importancia hacer un gran esfuerzo de no emprender un camino equivocado.)

A pesar de que el fallo *Casey* se basó en el carácter vinculante del precedente *Roe*, *Roe* no ha podido vincular casi nada más en áreas jurídicas cercanas, que tratan también de un derecho a terminar una vida. Por ejemplo, la Corte Suprema no aprobó el argumento que venía del Noveno Circuito según el cual la gente enferma "no viable" (es decir, los que no pueden vivir independientemente, como el feto "no viable") perdería la absoluta inviolabilidad jurídica de su vida. [35]

Y la mayoría de la Corte, después de unos siete años de batalla judicial, rechazó el argumento de dos jueces de la Corte Suprema de que el precedente vinculante de *Roe* conlleva la aprobación de un derecho constitucional a succionar el cerebro del feto hasta durante el parto mismo. [36] El razonamiento de ambos jueces (en sus propias palabras) era que tal acto no es ni más "brutal", ni más "truculento", ni más "cruel", ni más "doloroso", que los actos ya aprobado por *Roe*, en los cuales el feto (todavía escondido dentro de su madre) es desmembrado vivo. Sus miembros y luego

---

[32] *Id.*, pág. 866.

[33] *Id.*

[34] *Id.*, pág. 869.

[35] Fue el argumento tocado por el juez Beezer en *Compassion in Dying v. State of Washington*, 79 F.3d 790, 851 (1996). La Corte no mencionó este argumento directamente cuando el caso le llegó *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) (donde la Corte decidió unánimemente en contra de un derecho constitucional de suicidio asistido).

[36] Este argumento de vinculación y consistencia de Stevens y Ginsburg por fin fue rechazado por la mayoría de la Corte en *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007).

su tronco son extraídos pedazo a pedazo, antes de que la cabeza sea finalmente aplastada. Esos dos jueces de la Corte Suprema también citaron con aprobación estas palabras de un muy destacado juez de segunda instancia federal:

*"Desde el punto de vista del feto y, pensaría yo, de cualquier persona racional, no hay ninguna diferencia, cuando el cráneo es aplastado, si el feto está enteramente dentro del útero o sus pies están fuera del útero. Ninguna razón de política o moralidad que permita lo uno puede prohibir lo otro". [37]* Afortunadamente, como hemos dicho, la mayoría de la Corte negó a seguir la lógica de *Roe* que la hubiera llevado a esta conclusión.

Quizás lo más sorprendente de todo ha sido la revelación, más de tres décadas después de *Roe*, de que el redactor mismo de ese fallo no quiso aprobar el aborto libre. La correspondencia privada del autor de la sentencia, Justice Harry Blackmun, que se pudo ver por primera vez en 2005, revela que Blackmun verdadera-

mente no pensaba que había dejado el aborto al libre albedrío de nadie. [38] El creía, como muchos o todos los jueces de la mayoría en *Roe*, que la sentencia solamente liberaba al médico propio de la mujer para seguir su juicio profesional sobre si el aborto era necesario para la salud de su paciente. [39] El presidente de la Corte, Warren Burger, anunció en el mismo día en que se publicó la sentencia, "Claro que la Corte hoy rechaza cualquier pretensión de que la Constitución requiera el aborto a petición". [40]

El texto mismo de *Roe* indicaría que sus redactores no pensaban que promulgaban un derecho al aborto a petición de la madre. Este texto declara que no será la mujer quien decide sino que "*sin control por el Estado [...] la decisión sobre el aborto... tiene que dejarse al juicio profesional del médico que atiende a la mujer embarazada*" porque esa decisión "*en todos sus aspectos es inherentemente, y primariamente, una decisión médica*". [41] Parece que no se les ocurrió a los jueces de la mayoría pensar bien en las consecuen-

[37] Citaron el juez Richard Posner. Justice John Paul Stevens y Justice Ruth Bader Ginsburg son los dos que propusieron este argumento. Lo hicieron en dos opiniones concurrentes personales; cada juez adoptó la opinión del otro. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 924-26, 938-46, 952 (2000).

[38] Forsythe, *supra*, nota 6, pp. 220-226.

[39] Savage, "Roe Ruling: More Than Its Author Intended", *supra*, nota 12.

[40] *Id.* En inglés, "Plainly, the court today rejects any claim that the Constitution requires abortion on demand."

[41] Énfasis añadido. Hablando del primer trimestre, *Roe* insiste que "without regulation by the State ... the abortion decision... must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician" because "the abortion decision in all its aspects is inherently, and primarily, a medical decision", *supra*, nota 2, pág. 163, 164, 166.

cias de esta entrega absoluta de poder al abortista. De hecho había una cantidad de médicos irresponsables dispuestos a hacer abortos rápidos a la simple petición de clientes antes desconocidas, como advirtió la opinión disidente de Byron White [42] y que ocurrió a corto plazo después de *Roe*. [43] Así es que los mismos autores de la sentencia *Roe* fueron los primeros en huir de su impacto real y evidente.

La verdad es que la mayoría de la Corte nunca tomó en serio lo que hacían en todo el proceso del litigio. En *Roe*, los jueces simplemente agarraron una disputa sobre el derecho penal procesal para decidir una gran cuestión sustantiva. Así es como en *Roe v. Wade* no hubo nunca una confrontación a primera instancia acerca de los

hechos sustantivos, ni los hechos sobre el desarrollo de la vida humana ni tampoco los hechos sobre los peligros del aborto para la salud de la madre. [44] Los borradores de la sentencia de la Corte máxima cambiaron casi al azar, según la política interna de los jueces. [45] Por ejemplo, la división "no viable" contra "viable" se introdujo al último momento sin argumentos orales o escritos previos, ni advertencia alguna a los abogados de las dos partes. [46] (Incluso un integrante de la Corte, el juez William Douglas, escribió en su concurrencia que la sentencia trazaba una línea en la llamada "animación", una sensación que ocurre a mediados del embarazo, en vez de la llamada "viabilidad" y el nacimiento, que eran las líneas escogidas por la mayoría de la Corte. [47])

[42] La decisión, según White en su voto disidente, "values the convenience, whim or caprice of the putative mother more than the life or potential life of the fetus".

[43] Por lo común, los médicos que hacen los abortos se especializan en abortar. Durante los años inmediatamente después de *Roe v. Wade*, el número de abortos se alzó tremendamente, alcanzando su máximo de más de un millón y medio en 1990. Desde ese año es e número ha disminuido más o menos continuamente, y siguió haciéndolo en el último año de que hay datos (2011). Véase Jones RK and Jerman J, "[Abortion incidence and service availability in the United States, 2011](#)", *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 2014, 46(1):3-14, doi:10.1363/46e0414.

[44] Forsythe, Clarke D., "The Medical Assumption at the Foundation of *Roe v. Wade* & Its Implications for Women's Health", 71 *Washington & Lee Law Review* 827, 836-837 (2014). Además, "[T]he factual records [que llegaron a la Corte Suprema] consisted merely of a complaint, an affidavit, and motions to dismiss that addressed legal, not factual, issues." *Id.*, at 840. No hubo tampoco una revisión de segunda instancia, sino solo recurso directo a la Corte Suprema.

[45] Forsythe, *supra* note 6, at 125-153. El juez Blackmun, quien redactaba los borradores, dijo (en un memorandum dos meses antes de la publicación de la sentencia) que quizás cualquier punto límite para el aborto es "arbitrario", mencionando (como posibles puntos) el fin el primer trimestre, la animación, y la viabilidad. *Id.*, at 50.

[46] *Id.*, at 133-140.

[47] Douglas escribió en su concurrencia a *Doe v. Bolton* que "voluntary abortion at any time and place regardless of medical standards would impinge on a rightful concern of society. The woman's health is part of that concern; as is the life of the fetus after quickening." *Supra*, nota 5, p. 215

La única mujer embarazada demandante en *Roe v. Wade*, cuyo nombre verdadero es Norma McCorvey, años después se arrepintió de su rol en el caso [48] e intentó llenar este hueco de información fáctica, introduciendo evidencia de los grandes riesgos del aborto para la salud materna. [49] Pero las cortes no han podido acoger su pleito en gran parte a causa de la doctrina del precedente vinculante. La jueza federal Edith Jones ha protestado: “[En esta manera de entender el poder vinculante de *Roe*], la Corte no podrá nunca revisar los supuestos fácticos [de decisiones como la del aborto] con datos comprobados en una corte”. Este problema judicial-estructural nos deja en un estado de “ceguera intencional” sobre los daños de aborto legal, según la jueza. [50]

¿Qué se puede hacer frente a esta ceguera intencional del alto tribunal federal

estadounidense? En la política actual, probablemente muy poco. Pero el Tribunal Constitucional Alemán ha liderado una salida teórica. Ha mostrado con un razonamiento bien fundado que es posible rechazar directamente tal tipo de vinculación absoluta y ciega a una corte federal. En 1993, el mismo año en que reafirmó el derecho a la vida durante todo el embarazo, ese tribunal reanudó su desacuerdo con el “control de convencionalidad” absoluto que quería imponer el Tribunal de Justicia Europeo, el tribunal más alto de la Unión Europea (que no tiene nada que ver con la Corte Europea de Derechos Humanos frecuentemente citada en América Latina).

Ya en 1974 el tribunal constitucional alemán había determinado que los derechos fundamentales que se encuentran en la Constitución Alemana tienen prioridad

[48] La demandante McCorvey tenía el pseudónimo de “Jane Roe” durante el pleito. Confesó después ante un comité del Senado federal que había mentido: “No pasó como dije en el affidavit sometido a la Corte Suprema.... ¡Menti! [Las abogadas] precisaban un caso extremo para que las cortes se apiadaran de su cliente. Una violación parecía buena idea. ¿Y qué hace la violación todavía peor? ¡Una violación por una pandilla!” Testimonio ante el Senate Subcommittee on the Constitution, 21 de enero de 1998. Véase también su libro que justifica su nueva postura en contra del aborto, *Won by Love: Norma McCorvey, Jane Roe of Roe v. Wade, Speaks Out for the Unborn* (Thomas Nelson, 1998).

[49] En 2016 la fuente de información médica más completa y más puesta al día es probablemente Forsythe, *supra*, nota 44, secciones III y IV, pp. 852-869. Sus apéndices listan un gran número de estudios médicos, nacionales e internacionales, de los cuales 140 indican un aumentado riesgo de parto prematuro después del aborto, 99 indican un aumentado riesgo de trauma mental después del aborto, y 33 indican un aumentado riesgo de cáncer de mama después del aborto.

[50] *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 852-853 (5th Circuit, 2004). Véase también Forsythe, *supra*, nota 6, pp. 267-268. Uno de los principales médicos en el movimiento a favor del aborto antes de la sentencia *Roe v. Wade* confesó después que ellos regularmente enfatizaban estadísticas que sabían que eran “totalmente falsas”, como la de que 5,000 a 10,000 mujeres morían cada año por el aborto ilegal. Bernard Nathanson, *Aborting America*, pág. 193 (New York: Pinnacle Books, 1981). El número verdadero era 40 muertos por abortos ilegales en el año antes de *Roe*, 1972, según el National Center for Health Statistics.

sobre cualquier doctrina conflictiva desarrollada por el Tribunal de Justicia Europeo. La razón básica propuesta por el tribunal alemán fue que el gobierno de la República Federal de Alemania nunca tuvo el poder de anular los derechos constitucionales inalienables, por lo cual no podría haber transferido (alienado) tal poder a cualquier institución europea a través de un tratado. [51] En el caso posterior, de 1993, el alto tribunal alemán sostuvo que una interpretación del Tratado de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia Europeo, que fuera significativamente más allá de cualquier interpretación razonable del lenguaje del tratado sería *ultra vires*, sería una enmienda disfrazada como interpretación. Ya que esa enmienda carecería de la legitimidad democrática que apoyaría la modificación de los tratados aprobados por los países miembros de la Unión Europea, no podría tener efectos dentro de Alemania, según el tribunal alemán. [52]

#### BIBLIOGRAFÍA PARCIAL DE IMPORTANTES CRÍTICAS ACADÉMICAS DE ROE V. WADE:

BACHIOCHI, Erika, "Embodied Equality: Debunking Equal Protection Arguments

for Abortion Rights" 34 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 889 (2011)

DELLAPENNA, Joseph W., *Dispelling the Myths of Abortion History*. Durham: Carolina Academic Press, 2006.

ELY, John Hart, "The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade," *Yale Law Journal* 82 (1973): 920-49.

EPSTEIN, Richard A., "Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases," *Supreme Court Review* (1973): 159-95.

FORSYTHE, Clarke D., *Abuse of Discretion: The Inside Story of Roe v. Wade*. New York-London: Encounter Books, 2013.

FORSYTHE, Clarke D., "The Medical Assumption at the Foundation of *Roe v. Wade* & Its Implications for Women's Health", 71 *Washington & Lee Law Review* 827 (2014)

GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.

---

[51] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVERFG] 29 de mayo de 1974, 37, 271.

[52] 89 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVERFG] 12 de octubre de 1993, 155 (F.R.G.), 2 BvR 2134/92 & 2159/92, 1 C.M.L.R. 57, 105 (1994), 1993 WL 965303, 105

KING, Patricia A., "The Juridical Status of the Fetus: A Proposal for Legal Protection of the Unborn," *Michigan Law Review* 77 (1979): 1647-87.

LAZARUS, Edward. "The Lingering Problems with *Roe v. Wade*, and Why the Recent Senate Hearings on Michael McConnell's Nomination Only Underlined

Them," 3 Oct. 2002. Find Law's Legal Commentary. *FindLaw*. 7 April 2004, <http://writ.findlaw.com/lazarus/20021003.html>.

PAULSEN, Michael Stokes, "The Worst Constitutional Decision of All Time", 78 *Notre Dame Law Review* 995 (2003).