

2010

Los Grandes Rechazos de la Sentencia Roe v. Wade

Richard Stith

Valparaiso University, richard.stith@valpo.edu

Follow this and additional works at: http://scholar.valpo.edu/law_fac_pubs



Part of the [Human Rights Law Commons](#), and the [Jurisprudence Commons](#)

Recommended Citation

Richard Stith, *Los Grandes Rechazos de la Sentencia Roe v. Wade*, 1 Rev. Der. Humanos 75 (2010).

This Article is brought to you for free and open access by the Law Faculty Presentations and Publications at ValpoScholar. It has been accepted for inclusion in Law Faculty Publications by an authorized administrator of ValpoScholar. For more information, please contact a ValpoScholar staff member at scholar@valpo.edu.

LOS GRANDES RECHAZOS DE LA SENTENCIA ROE V. WADE

Richard Stith¹
Profesor de derecho
Valparaiso University School of Law (Estados Unidos)

RESUMEN: Quizás mayormente a causa del poder económico de los Estados Unidos, su alta jurisprudencia constitucional suele tener mucha influencia en otros países. En particular, la sentencia de la Corte Suprema norteamericana *Roe v. Wade*, que declaró un derecho al aborto durante todo el embarazo, puede conducir a la legalización del aborto a petición por los grandes tribunales de otras naciones. Pero antes de intentar de andar este surco abierto por la Corte estadounidense, los otros tribunales desearán saber que la sentencia ha sido rotundamente rechazada por fuentes bastante sorprendentes. El razonamiento de *Roe* ha sido rechazado por los peritos académicos personalmente a favor del aborto, por la legislación federal norteamericana que alcanza proteger el no-nacido a pesar de *Roe*, por el Tribunal Constitucional alemán, posteriormente por la misma Corte Suprema (en que no ha reafirmado ni extendido el razonamiento de la sentencia y la ha dejado sobrevivir simplemente a causa de la doctrina anglosajona del precedente vinculante), por la demandante "*Roe*" misma (la señora Norma McCorvey) quien indica que su pleito carecía de verdad fáctica, y (más sorprendente de todo) por los jueces autores originales de la sentencia quienes en sus papeles privados indican que ni entendían ni apoyaban el significado de lo que escribían. El artículo termina con una mirada a la razón fundamental de rechazar a *Roe*. No es tanto que *Roe v. Wade* tenga un concepto falso de que es el ser humano que esta por nacer, sino que le falta buscar concepto alguno y así carece del fundamento básico de todo argumento racional.

PALABRAS CLAVE: *Roe v. Wade*, Tribunal Supremo norteamericano, interrupción del embarazo, aborto, derecho a la vida.

ABSTRACT: Perhaps primarily because of United States economic power, American constitutional case law tends to have much influence in other countries. In particular, the U.S. Supreme Court decision *Roe v. Wade*, which declared a right to abortion throughout pregnancy, may lead to the legalization of elective abortion by the great tribunals of other nations. But before following the furrow opened by the U.S. Supreme Court, those courts might wish to consider that *Roe* has been roundly rejected by many surprising sources. The reasoning of *Roe* has been rejected by those academic experts who personally favor abortion, by federal legislation that has managed to protect the unborn despite the Court's decision, by the Constitutional Court of Germany, by the U.S. Supreme Court itself in that it has not been willing to reaffirm or extend the reasoning of *Roe* and has let the case result survive simply because of *stare decisis*, by the *Roe* petitioner herself, Norma McCorvey, who indicates that the factual basis upon which her case rested was falsified, and (most surprisingly of all) by the original justices of the Court who wrote *Roe v. Wade*, whose private papers reveal that they neither understood nor desired the meaning of what they wrote. The article ends with a look at the fundamental reason

¹ Conferencia pronunciada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 25 de agosto de 2008. El autor agradece la gran ayuda de Magaly Llaguno y Pedro de Jesús Pallares en la preparación posterior del manuscrito.

to reject Roe. It is not so much that the decision has a false concept of nascent human life as that it fails to seek any concept whatsoever and thus lacks the foundation of all rational argument.

KEYWORDS: Roe v. Wade, U.S. Supreme Court, interruption of pregnancy, abortion, right to life.

El 22 de enero de 1973, en su sentencia *Roe v. Wade*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América declaró que el no nacido no disfruta de ninguna protección constitucional antes de salir del vientre materno. Es más: antes de la llamada “viabilidad”, alrededor de las 26 semanas del embarazo en 1973, ni por ley puede el Estado restringir el aborto para el bien del feto; no puede requerir, por ejemplo, que haya beneficio significativo para la madre para que se aborte². E incluso cuando es viable, el feto *in útero* cuenta sólo como una vida humana en potencia³, y por tanto puede ser abortado por razones de salud materna⁴ extremadamente amplias, hasta el nacimiento mismo⁵. Basándose en un recientemente reconocido derecho constitucional (no textual pero supuestamente fundamental) a la “privacidad”, *Roe* promulgó un derecho de abortar a petición casi absoluto durante los nueve meses del embarazo.

El rechazo a la sentencia *Roe v. Wade* se ha profundizado y se ha extendido a través del tiempo y de las siguientes generaciones⁶. Muchos expertos en derecho constitucional, estando tanto a favor como en contra del aborto, han criticado el fallo *Roe* por no estar fundamentado en nuestra Constitución⁷. La Corte Suprema, dicen ellos, simplemente inventó el derecho al aborto en un acto de activismo judicial.

² Roe v. Wade, 410 U.S. 113, ps. 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 la viabilidad. Es decir, en más de la mitad del embarazo, *Roe* prohíbe que se exija indicación alguna para que haya un aborto.

³ *Roe* llamó al feto, por ejemplo, “vida en potencia” *idem* ps. 150, 154, “vida prenatal” *idem* ps. 151, 155, “vida fetal” *idem* p. 163, y “potencialidad de la vida humana” *idem* ps. 162, 164, refiriéndose aquí a los últimos tres 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 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”.

⁵ *Roe*, *supra*, nota 3, 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.

⁶ Jean Bethke Elshtain, profesora de ciencia política de la Universidad de Chicago, escribe que “la disputa parece posiblemente menos resuelta que nunca”, preface, *The Cost of “Choice”: Las Mujeres Evalúan el Impacto del Aborto*, editado por Erika Bachiochi, p. ix (San Francisco: Encounter Books, 2004). 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 enorme alcance. Véase el reportaje de David Savage: “En una encuesta Gallop 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.) Los jóvenes parecen más anti-aborto que sus mayores. Un sondeo de Harris en septiembre de 2007 reveló que sólo una minoría los 18-29 son pro-aborto, y que son un 10% menos pro-aborto que la generación 31-42. Véanse también “Surprise, Mom: I’m Anti-Abortion” (*New York Times*, 30 March 2003), “Abortion Activists Fight Youth Apathy” (*Atlanta Journal-Constitution*, 2005), “The Mysterious Disappearance of Young Pro-Choice Women” (*Glamour*, 2005).

⁷ Desde el bando que defiende el aborto, véanse, por ejemplo, estas fuertes críticas de *Roe* por conocidos profesores juristas: HART ELY, John, “The Wages of Crying Wolf”, 83 *Yale Law Journal* 920-49, 1973; LA-ZARUS, Edward, “The Lingering Problems of *Roe v. Wade*”, *FindLaw’s Writ*, 3 de octubre de 2002, disponible en writ.findlaw.com/lazarus/20021003.html; TRIBE, Laurence H., “Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law”, 87 *Harvard Law*

Claro que este tipo de crítica es bastante común después de muchas sentencias judiciales. Pero lo extraordinario es que los dos bandos, pro- y anti- aborto, están de acuerdo en afirmar la ausencia de fundamento constitucional en *Roe*. Aún entre los peritos que defienden el aborto, quienes por lo tanto favorecen el resultado de *Roe*, la gran mayoría no se convence por los argumentos de la Corte⁸.

Puede influir aquí el hecho de que en los últimos años, por razones democráticas, se ha disminuido el apoyo para una “Constitución Viviente” construida por el activismo judicial, especialmente entre los profesores de izquierdas⁹. Ya que *Roe* tiene fama de ser una de las decisiones menos fundadas en toda la jurisprudencia de la Corte Suprema, el rechazo del activismo tiene que implicar un rechazo de *Roe*.

El legislador estadounidense, también ha rechazado la doctrina de la Corte según la cual la ubicación de la criatura (dentro o fuera del vientre) puede determinar si se trata o no de una vida humana. La mayoría de los estados norteamericanos actualmente califican la muerte de un niño no nacido como un tipo de homicidio (un acto de matar a un ser humano actual, no sólo potencial) si es cometido *sin* permiso de la madre. (Tales leyes han sido declaradas plenamente constitucionales debido a que *Roe* no prohíbe el castigo de los abortos que se cometen sin el consentimiento de la madre.) Algunos de esos estados no protegen al embrión en las primeras semanas de su vida, pero muchos lo hacen. 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”¹⁰. Y, en el 2004, se agregó al código federal una ley muy similar: la *Ley de las víctimas de la violencia no nacidas*¹¹, en respuesta al trágico asesinato de Laci Peterson y su

Review 1-53, 1973; BICKEL, Alexander M., *The Morality of Consent*, Yale, New Haven, 1975, ps. 27-29; COX, Archibald, *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, New York, 1976, p. 53; EPSTEIN, Richard A., “Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases”, 1973 *Supreme Court Review* 159, p. 167.

⁸ Profesor Michael Stokes Paulsen escribe “No conozco a ningún erudito, juez, o abogado serio quien intente defender el análisis de *Roe* en terreno textual o histórico”. “The Worst Constitutional Decision of All Time”, 78 *Notre Dame Law Review* 995, 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.)

⁹ En años recientes, la Izquierda ha atacado frecuentemente la supremacía judicial centralizada. Los ataques suelen ocurrir bajo los títulos “departmentalismo” (separación de poderes, frenos y contrapesos) y “constitucionalismo popular” (transferencia 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, decano de Stanford Law School, en su libro, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004). Véase también WALDRON, Jeremy, “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>

¹⁰ *State v. Merrill*, 450 N.W.2d 318, 321 n.1 (Minn. 1990), *cert. denied* 496 U.S. 931 (1990).

¹¹ *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.

hijo no nacido, Conner. Esta ley otorga al niño no nacido, en todo momento de su desarrollo prenatal, la misma protección que la ley federal dispone para su madre (en un ataque contra ella).

De manera muy parecida, el Tribunal Constitucional alemán (el de posiblemente más prestigio en Europa) ha rechazado, en dos sentencias sobre el aborto mismo, la doctrina de *Roe* que el feto es sólo una potencia de vida humana. Rechazando explícitamente a seguir *Roe v. Wade*, el Tribunal afirmó en 1975 que el niño no nacido está constitucionalmente protegido durante todo el embarazo: “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 finaliza ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, aparecen por primera vez bastante tiempo después del nacimiento. Por lo tanto, la protección... de la Ley Fundamental no puede limitarse ni al ser humano “realizado” después del nacimiento ni al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independientemente... (ni) puede efectuarse aquí ninguna distinción entre las diversas fases antes del nacimiento de esta vida que se desarrolla a sí misma...”¹². Si no protegemos la vida humana durante todo el embarazo, según el Tribunal alemán, estamos de vuelta en un sendero tipo nazista hacia la negación de la inviolabilidad del individuo¹³. Posteriormente, en 1993, el Tribunal alemán explica simplemente que donde hay vida humana hay siempre dignidad humana, y donde hay dignidad humana hay siempre el derecho fundamental a la vida¹⁴. Y más: A diferencia de la sentencia de 1975, que habló del no nacido sólo como un “bien jurídico”, la de 1993 indica varias veces que el feto tiene derecho “propio” (“*eigenes*”, en alemán) a la vida, que indicaría un derecho constitucional subjetivo¹⁵.

La Corte Suprema estadounidense misma ha rehusado la oportunidad de reafirmar el razonamiento de *Roe v. Wade*. Desde 1992, en la sentencia *Casey v. Planned Parenthood*, la Corte ha dejado de caracterizar al derecho al aborto como “fundamental” y de basarlo en la “privacidad”. Toda la teoría 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”, cuando habla de actividades íntimas. Ha abandonado también su división previa del embarazo en “trimestres”.) Además, en *Casey*, la Corte por primera vez indica que el no nacido puede llamarse un hijo vivo durante todo el embarazo: “Aún en las etapas del embarazo más tempranas, el Estado puede... alentar a [la madre] que sepa que hay argumentos filosóficos y sociales de gran peso...a favor de la continuación del

¹² Sentencia del 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE 1, 37.

¹³ (1975) 39 BVerfGE 1, 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, véase STITH, Richard, “Nueva teoría constitucional y penal sobre el aborto en el derecho español”, en *Revista de Derecho Público*, segunda época, año 15, volumen II, número 115, 1989, ps. 345-393.

¹⁴ Sentencia del 28 de mayo de 1993, 88 BVerfGE 203, 251-252.

¹⁵ Id. Para un comentario sobre la sentencia de 1993, véase STITH, Richard, “On Death and Dworkin: A Critique of His Theory of Inviolability”, 56 *Maryland Law Review* 289, 291-293, 367-383, 1997.

embarazo...y que [su] decisión contemple las consecuencias [de un aborto] para el feto”¹⁶. Agrega que el Estado mismo “puede expresar respeto profundo por la vida del no nacido”¹⁷ y habla en otra parte de “la vida del hijo que lleva [ella]”¹⁸.

¿Por qué, entonces, si en el caso *Casey* se abandonaron la premisas principales de la sentencia de *Roe*, no se abandonó su conclusión de que hay un derecho constitucional de abortar? La Corte responde que la doctrina del precedente vinculante (*stare decisis*) prohíbe que se revoque el resultado de una sentencia simplemente porque ha sido “decidido erróneamente”¹⁹. 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”²⁰. Exceder este límite haría que “la legitimidad de la Corte se debilitara”²¹. Incluso, si una sentencia ha sido de gran controversia pública, ésta adquiere más fuerza vinculante, según *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 y al compromiso de la Nación al Estado de Derecho”²².

Es decir, admitir que el fallo *Roe* (el que aprobó el aborto libre o a petición) incurre en un gran error en su resultado 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 de precedente *Roe*, *Roe* no ha podido vincular mucho en cercanos campos jurídicos, en cuanto al derecho de 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” (los que no pueden vivir independientemente) perdería la absoluta inviolabilidad jurídica de su vida²³. Y la mayoría

¹⁶ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 872-873 (plurality opinion) (1992). Fijémonos en que la Corte no alega nunca que fundamento religioso debajo de los argumentos en contra del aborto.

¹⁷ *Idem*, p. 877.

¹⁸ *Idem*, p. 898.

¹⁹ *Idem*, p. 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 la pluralidad de los tres jueces en el medio, quienes querían reafirmar solamente la conclusión de *Roe*, que hay un derecho de abortar, y no su razonamiento. Esta opinión representa la 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 concurrentes y disidentes).

²⁰ *Idem*, p. 866.

²¹ *Ibidem*

²² *Idem*, p. 869.

²³ Fue el argumento del juez Beezer en *Compassion in Dying v. State of Washington*, 79 F.3d 790, 851 (1996). La Corte no tocó 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).

de la Corte, después de unos años de batalla judicial, en 2007 rechazó el argumento (de dos de sus jueces) de que hay que aprobar un derecho constitucional a succionar el cerebro hasta durante el parto mismo, porque tal acto no es (en las palabras de los dos jueces) más “brutal”, “truculento”, “cruel” y “doloroso”, que el acto ya aprobado por el fallo precedente y vinculante *Roe*, durante el cual el feto (todavía escondido dentro de su madre) es desmembrado vivo, y sus miembros y luego su tronco son extraídos pedazo a pedazo, antes de que la cabeza sea finalmente aplastada²⁴.

Más sorprendente puede ser la revelación que la base fáctica de la decisión *Roe* fue errónea. La demandante Norma McCorvey, que tenía el pseudónimo de “Jane Roe” durante el pleito, se ha confesado ante un comité del Senado federal que había mentido: “ No pasó como dije en el affidavit sometido a la Corte Suprema.... ¡Mentí! [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 pandilla!”²⁵. Ha dicho también que los argumentos que ella hizo a la Corte a través de sus abogadas fueron falsos en cuanto a la supuesta falta de daño del aborto a las mujeres en general, y ha intentado rectificarlos en un nuevo pleito, sin que este haya sido cogido por las cortes²⁶.

Quizás lo más sorprendente de todo ha sido la revelación reciente de que el mismo autor de esta sentencia de 1973 no quiso aprobar el aborto libre. Los papeles del redactor de la sentencia, Justice Harry Blackmun, que se abrieron por primera vez en 2005, revelan que Blackmun verdaderamente no pensaba que había aprobado el aborto a petición. Parece que los jueces de la mayoría en *Roe* creían que, aún en el primer trimestre, la sentencia solamente liberaba al médico para seguir su juicio profesional sobre si un aborto era necesario para la salud de la mujer embarazada. No habrán imaginado que hubiera una gran cantidad de médicos dispuestos a hacer un aborto a la sola petición

²⁴ Justice John Paul Stevens y Justice Ruth Bader Ginsburg propusieron este argumento en dos opiniones con-currentes personales; cada juez adoptó la opinión del otro. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 924-26, 938-46, 952 (2000). Citaron con aprobación el análisis del juez Richard Posner a favor de *Roe* como precedente vinculante y determinante: “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”. 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).

²⁵ Testimonio ante el Senate Subcommittee on the Constitution, 21 de enero de 1998. Véase también su libro que justifica su nueva posición en contra del aborto, *Won by Love: Norma McCorvey, Jane Roe of Roe v. Wade, Speaks Out for the Unborn* (Thomas Nelson, 1998).

²⁶ Uno de los principales médicos en el movimiento a favor del aborto 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. NATHANSON, Bernard, *Aborting America*, Pinnacle Books, New York 1981, p. 193. El número verdadero era 40 muertos por abortos ilegales en el año antes de *Roe*, 1972, según el National Center for Health Statistics. McCorvey ha intentado de rectificar la información falsa presentada en 1973 que tapaba el daño del aborto a la mujer, pero las cortes no han podido acoger su pleito a causa de la doctrinas de cosa juzgada y precedente vinculante. La jueza Edith Jones ha protestado: “[En esta manera de entender el poder vinculante de *Roe*], la Corte no podrá nunca revisar los supuestos fácticos [de su decisión sobre el aborto] con datos comprobados en una corte”. Este problema judicial-estructural nos deja en un estado de “ceguera intencionada” sobre los daños de aborto legal, según la jueza. *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 852-853 (5th Circuit, 2004).

del cliente, como de hecho ocurrió a corto plazo después de *Roe*²⁷. Es decir, los mismos autores de la sentencia *Roe* fueron los primeros en rechazar su impacto real.

Sin embargo, todavía no hemos tocado directamente el rechazo más a fondo, el rechazo de *Roe v. Wade* que viene de la razón misma. Volvamos a su error fundamental: Según el fallo *Roe v. Wade*, la ubicación –dentro o fuera del vientre materno– determina si existe actualmente una vida humana y si es digna de protección. Es una extremadamente arbitraria descripción del desarrollo del ser humano.

El autor cree que esta misma arbitrariedad está en la base de muchos de los malentendidos sobre el aborto. Incluso en otros países, hay gente que habla como si la ubicación del niño dentro o fuera de la matriz materna fuera decisiva, como si los mismos principios de los derechos humanos no tuvieran que aplicarse tanto al no nacido como al nacido. El caso *Roe* es un caso ejemplar que puede mostrar a la vez la falacia y el peligro que trae esta arbitrariedad.

Demos una mirada otra vez a la opinión de la Corte en el caso *Roe* y al argumento metafísico falaz que éste utilizó como apoyo. He aquí un extracto del resumen final de *Roe*:

“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”²⁸.

Nótese que la Corte dice ahí que un Estado no tiene que proporcionar *ninguna* protección para una criatura no nacida que es totalmente viable (capaz de sobrevivir fuera del vientre de su madre). No hay protección alguna a menos que el Estado “desea” establecer normas para los abortos tardíos. E incluso si decide reglamentar los abortos después de la viabilidad, el Estado todavía deberá permitir el aborto para preservar “la salud” (no solamente la vida) de la madre.

Roe después cita el caso que lo acompañó, titulado *Doe v. Bolton*, para la definición que la Corte hace de “la salud”, la cual incluye: “todos los factores –físicos, emocionales, psicológicos, familiares, y la edad de la mujer– que tienen que ver con el bienestar del paciente”²⁹. Una mujer que obtiene el divorcio en su octavo mes de embarazo, por ejemplo, podría (como persona ahora soltera) desear abortar a su hijo por razones “familiares”. Realmente, puesto que prácticamente no existe ningún tipo de aborto a voluntad que no incluya uno o más factores tan amplios como éstos, *Roe*

²⁷ Savage, “Roe Ruling: More Than Its Author Intended”, *supra*, nota 1. El texto de *Roe* confirma que así pensaron los jueces, porque indica que (aún en el primer trimestre) no será la mujer que decide: la “decisión sobre el aborto ... tiene que dejarse al juicio profesional del médico que atiende a la mujer embarazada” (“the abortion decision ... must be left to the medical judgment of the pregnant woman’s attending physician”). *Supra*, nota 3, p. 164. Parece que los jueces no anticiparon que hubiera tantos médicos abortistas quienes abandonarían el juicio profesional a favor de hacer abortos rápidos a petición.

²⁸ 410 U.S. at 164. Énfasis añadido.

²⁹ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 192 (1973).

v. *Wade* puede resumirse como un mandato que autoriza el aborto electivo en cualquier momento del embarazo, hasta el momento mismo del nacimiento.

¿Cómo pudo la Corte Suprema dejar a todos los niños no nacidos sin casi ninguna posibilidad de ser protegidos por la ley? El fundamento lo encontramos en el párrafo que ya hemos citado: Aun inmediatamente antes del nacimiento, la criatura es supuestamente sólo una vida humana *en potencia*. Nuestro más alto tribunal asegura no saber si hay alguna criatura por nacer que sea verdaderamente humana y que esté viva.

Esta ignorancia no proviene de la Constitución ni de la ley; la Corte hace una aseveración no jurídica acerca de la naturaleza del desarrollo humano. *Roe* sostiene que el cambio de ubicación (desde adentro hacia afuera del vientre materno, el paso a través del canal del parto) puede convertir un ser humano potencial en ser humano actual y verdadero. Un niño no nacido que a los 9½ meses de gestación está fisiológicamente pasado de tiempo; es sin embargo considerado sólo una “potencialidad”, mientras uno de siete meses es una vida humana real si él o ella emerge prematuramente del útero. El abortista tiene que ser muy cuidadoso en asegurarse de que cada niño que remueve del vientre esté muerto de antemano. Si hace algo que cause la muerte del niño un momento después de emerger éste, puede ser culpable de asesinato.

Pero esto no tiene sentido. *Lo que es algo no depende de dónde esté*. La forma en que algo *está siendo percibido* puede cambiar con su ubicación, pero no lo que *es en sí mismo*. Podemos relacionarnos con un bebé de muchas nuevas maneras (cargarlo, contemplarlo, etcétera) después de que nace, pero sabemos que es el mismo ser que estaba vivo y pateando en el vientre de su madre poco tiempo antes. No es simplemente que la Corte haya juzgado mal en el caso *Roe*, sino algo mucho peor. Abandonó la razón por completo en favor de una estipulación totalmente arbitraria, acerca de cuándo ha de considerarse que comienza la vida humana.

Puede que no nos importe que la Corte Suprema arbitrariamente trace una línea en un área menor de los procesos de la ley. Pero *Roe* concierne al más fundamental de todos los asuntos, la cuestión de quién pertenece a la comunidad humana. Un concepto plausible de “quién cuenta” como ser humano es el punto de partida necesario para todo razonamiento jurídico y ético.

He aquí una analogía: Yo vería como racional (aunque estaría en desacuerdo con él), a alguien que argumentara que la pena de muerte es permisible porque los intereses de los asesinos son menos importantes que los intereses de la sociedad. Pero, me quedaría atónito ante alguien que afirmara, que tan pronto un acusado es condenado por un crimen horrendo, cesa de estar vivo o de ser humano, y puede por tanto ser destruido sin remordimiento alguno. Presentar un argumento así no sería simplemente razonar mal sino abandonar enteramente la razón, dejándonos sin nada que decir el uno al otro. ¿Cómo podemos conversar si el más claro de los puntos de partida ha sido abiertamente negado?

Por tanto, una razón fundamental por la cual el fallo *Roe v. Wade* debe ser derogado es ésta: Compromete a nuestra nación a tener una definición totalmente irracional sobre quienes somos, y por tanto sobre la dignidad y los derechos que tendremos. Por ejemplo, los que apoyan el aborto por supuesto quieren defender el fallo *Roe*. Pero ninguno de ellos ha podido jamás explicar cómo es que un ser no vivo y humano recibe mágicamente la vida y se convierte en un ser humano simplemente por pasar a través del canal del parto. Por tanto, a veces exigen obediencia ciega a la Corte Suprema, quizás afirmando que no hay ninguna respuesta científica con respecto a quien está vivo o es un ser humano. Por tanto, la respuesta que proporciona *Roe* es tan buena como cualquier otra. Desde luego, en principio no pueden objetar si la Corte priva a otro grupo de sus derechos ante la ley (por ejemplo, del derecho a la vida a aquellos que están mentalmente impedidos). O, aún más, los que están a favor del derecho al aborto podrán estar de acuerdo con nosotros en que no hay ninguna diferencia de naturaleza entre el nacido y el no nacido, pero después podrían querer extender el alcance de *Roe*, afirmando que el infanticidio post-natal no es tampoco intrínsecamente malo. (Esta es la postura del profesor de la Universidad de Princeton, Peter Singer³⁰, y aparentemente de todo filósofo que apoya el derecho que otorgó *Roe* al aborto durante todo el embarazo³¹. Dudo que muchos pudieran hacer afirmaciones tan extremas, si no se sintieran movidos a defender lo indefensible, esto es, a defender el fallo *Roe v. Wade*.)

Si la respuesta a la más fundamental de todas las preguntas –¿quién pertenece a la comunidad humana?– va a quedar establecida por una estipulación irracional, no sorprende que los estadounidenses hayan dejado de hablarse entre sí de cosas de menor importancia. Si no podemos estar de acuerdo en que una criatura de padres humanos que está activa en el vientre materno es humana y está viva, ¿cómo podemos confiar en la buena fe de la otra persona con relación a verdades menos obvias e importantes?

De acuerdo a *Roe v. Wade*, hoy día muchos afirman que los juicios tanto sobre los hechos como sobre los valores son simplemente estipulaciones que, por tanto, no necesitan ser comprobadas con la realidad. Esto es una excusa para ser indiferentes ante los puntos de vista de los demás. Como resultado, la conversación se convierte en algo imposible. Muchos se desalientan con discursos lógicos y clarificadores, y se sumen en la apatía. Si *Roe* no ha causado por sí mismo este colapso del razonamiento público, ciertamente ha contribuido poderosamente al declive del debate civil en nuestra nación, y no sólo en lo que concierne al aborto. Los derechos humanos y naturales, por el contrario, requieren la razón como fundamento esencial para la ley.

Si el fallo *Roe v. Wade* es derogado por la Corte Suprema en el futuro, el debate sobre el aborto no terminará. Más bien, solo comenzará. No podemos estar seguros de que el lado pro-vida triunfará en un voto democrático. Pero, al menos podemos insistir en que los legisladores que favorecen el aborto expliquen por qué el latido de un corazón

³⁰ Véase e.g., SINGER, Peter, "Killing Babies Isn't Always Wrong", *The Spectator*, 16 de septiembre de 1995, ps. 20-22.

³¹ Una examinación de los argumentos filosóficos a favor de *Roe* no reveló ninguno que viera algo en sí malo con matar a infantes recién nacidos. MARQUIS, Don, "Why Abortion is Immoral", 86 *Journal of Philosophy* 183, 1989.

no prueba que existe vida a las tres semanas de gestación, y a qué especie pertenecen nuestros bebés no nacidos si no son humanos. Podemos pedir una respuesta racional a nuestro más fuerte argumento no religioso: “¿No eras tú un feto, y un embrión humano antes de eso? ¿No eres el mismo organismo, el mismo ser, que eras un momento después de la concepción –sólo que ahora estás más desarrollado?”³².

Bibliografía parcial de artículos científicos y libros que critican el fallo Roe v. Wade:

LEVIN, Mark R., *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America*, Regnery Publishing, Inc., Washington, D.C., 2005.

ARKES, Hadley, *Natural Rights and the Right to Choose*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2002.

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

DELLAPENNA, Joseph A., “Nor Piety Nor Wit: The Supreme Court on Abortion,” in *Columbia Human Rights Law Review* 6 (1974-75): 379-413.

DESTRO, Robert A., “Abortion and the Constitution: The Need for a Life-Protective Amendment,” in *California Law Review* 63 (1975): 1250-1351.

ELY, John Hart, “The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade,” in *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.

KING, Patricia A., “The Juridical Status of the Fetus: A Proposal for Legal Protection of the Unborn,” in *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>.

NOONAN, John T., Jr. “Abortion 1985,” in *Respect Life Program* (1985): 6-11.

³² Como hemos visto arriba, el Tribunal Constitucional alemán ha considerado muy importante el argumento biológico que el proceso de “desarrollo a sí mismo” es continuo y sigue después del nacimiento: Sentencia del 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE 1, 37. Para una discusión más extensa de este argumento, véase “Construcción vs. desarrollo: la raíz de nuestros malentendidos sobre el principio de la vida”, en *Cuadernos de Bioética*, XIX, España, 2008/3^A, ps. 511-523.