



GÉNERO Y
DERECHO
ACTUAL

3 AÑOS

Revista nro. 6

DICIEMBRE 2022

Revista Género y Derecho Actual
Diciembre 2022, 1º Ed.

Directora académica: Nelly Minyersky

Copyright de Nelly Minyersky, Elena Beatriz Mendoza,
Marina Ditieri

ISSN: 2718- 6377

Registro DNDA en trámite

Fecha de publicación: Diciembre de 2022

Esmeralda 740, piso 13, of. 1306, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CP: 1007ABH
contacto@gda.com.ar

Pág. web: www.gda.com.ar

Instagram: @generoyderechoactual

Facebook: Gda Revista

Twitter: @GdaRevista

GDA

CONSEJO EDITORIAL

DIRECTORA ACADÉMICA

DRA. NELLY MINYERSKY

SUBDIRECTORA

DRA. ELENA BEATRIZ MENDOZA

COORDINADORA GENERAL

DRA. MARINA DITIERI

COMITÉ ACADÉMICO

DRA. MARÍA ANDREA CUÉLLAR CAMARENA

DRA. SOLEDAD DEZA

DRA. ALEJANDRA GILS CARBÓ

LIC. PATRICIA GÓMEZ

DRA. MARISA GRAHAM

DRA. ELENA LIBERATORI

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN

DRA. MARÍA SILVIA MORELLO

DRA. MARÍA MARCELA PÁJARO

LIC. VICTORIA OBREGÓN

Índice

- 5** **EDITORIAL**
- JURISPRUDENCIA**
- 8** **SÍNTESIS DE JURISPRUDENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO**
 POR MAGDALENA PERILLO
- DOCTRINA**
- 16** **VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS ESPACIOS DE TRABAJO: UN ABORDAJE DESDE LA
PRÁCTICA, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA**
 POR ALEJANDRA BERNAT, ALDANA CEPEDA Y MARÍA PAULA KERLE
- 27** **EL DERECHO SUCESORIO EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL: UNA ASIGNATURA
PENDIENTE**
 POR FLORENCIA LO DUCA
- 34** **TRANSVERSALIZAR LA PERSPECTIVA DE GÉNEROS Y DIVERSIDAD EN LA
UNIVERSIDAD: ALGUNOS APORTES DESDE LA EXPERIENCIA DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE AVELLANEDA**
 POR ANABELLA C. LUCARDI Y MILAGROS RAYES
- 49** **REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 179 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO, UNA
CONQUISTA QUE LLEVÓ 48 AÑOS**
 POR MARÍA PAULA NIEVAS IBÁÑEZ E INÉS NOTARSTEFANO
- 54** **LA MUERTE DE “ROE”**
 POR PAULA SAGEL
- JURISPRUDENCIA COMENTADA**
- 66** **COMENTARIO AL FALLO “S., E. L. C/K. H. A. S/CUIDADO PERSONAL Y RÉGIMEN DE
COMUNICACIÓN DE LOS HIJOS”**
 POR ADRIANA GRANICA
- 71** **EL RECLAMO DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR SUFRIR VIOLENCIA DE GÉNERO**
 POR MARCELA B. PERONJA

- 81** **INACCESIBILIDAD DE ABORTOS LEGALES EN NIÑAS. LOS MISMOS PROBLEMAS.
¿NUEVAS SOLUCIONES?**
POR MARIANA SOLEDAD ÁLVAREZ
- 94** **LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL CON ENFOQUE DE GÉNERO**
POR VERÓNICA HEREDIA
- 104** **VIOLENCIA PATRIMONIAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**
POR ANDREA DI PRINZIO VALSAGNA

La muerte de “Roe”

POR PAULA SAGEL¹

1. Introducción

El pasado 24 de junio, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó el fallo “Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”. En una de las decisiones más largas de la historia de la Suprema Corte de Estados Unidos y estrenando su nueva conformación pos-Trump, el Máximo Tribunal estadounidense decidió por 6 votos contra 3 eliminar el derecho al aborto del plexo constitucional federal. “Dobbs” presenta diversos puntos salientes, tanto en sus aspectos legales como políticos: no solamente implica un embate frontal contra el derecho a la autonomía reproductiva de varones trans, personas no binarias útero portantes y mujeres, sino que también evidencia un nuevo juego de la Corte Suprema estadounidense con los sectores de la extrema derecha conservadora en relación con los debates contemporáneos sobre los derechos civiles de las identidades sexogenéricas diversas. Así, este fallo clausura una discusión de más de cincuenta años sobre aborto, pero abre nuevas incógnitas sobre el rol que la Corte pretende ocupar en la discusión de derechos fundamentales y cómo se reconfigurará el mapa de alianzas políticas.

En el presente trabajo describiremos el recorrido del caso hasta que llega a la Corte, los principales argumentos que la mayoría y la minoría despliegan en el caso y los de las partes. Prestaremos especial atención a los aspectos de “Roe” que con “Dobbs” quedan revocados, para poder comprender cómo queda configurado el marco jurídico aplicable para las interrupciones de embarazos.

2. Los hechos del caso

En 2018, el estado de Mississippi aprobó una ley llamada ley de edad gestacional, que prohíbe todos los abortos, con pocas excepciones, después de las 15 semanas de edad gestacional. Textualmente, establece: “Excepto en una emergencia médica o en el caso de una anomalía fetal grave, una persona no realizará intencionalmente o a sabiendas (...) o inducir el aborto de un ser humano por nacer si se ha determinado que la edad gestacional probable del ser humano por nacer es mayor de quince (15) semanas”². La Organización de Salud de la Mujer de

¹ Abogada y docente (UBA), candidata doctoral UBA, becaria doctoral CONICET 2022-2027, magister en Derecho/LLM (Cardozo School of Law), becaria Fulbright 2017-2018, profesora de Derecho Constitucional (UBA) y de Clínica Jurídica de DDHH (UTDT), integrante del grupo de investigación Derechos Sociales y Políticas Públicas y de Interpretación y adjudicación en casos sobre derechos humanos en los Superiores Tribunales de Justicia Provinciales y de la CABA, proyecto UBACyT; miembro de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho (UBA) y militante feminista. Agradezco profundamente los comentarios recibidos de Leticia Vita (CONICET/UBA) y Alejandra Olave Albertini (CONICET/UBA). Correo: psagel@derecho.uba.ar.

² Mississippi Cod. Ann. Párrafo 41-41-191.

Jackson, el único centro de aborto con licencia en Mississippi que permanece en actividad, junto con uno de sus médicos, Sacheen Carr-Ellis, presentaron una demanda en un tribunal federal contra Thomas E. Dobbs, oficial de salud estatal del Departamento de Salud del estado de Mississippi, y Kenneth Cleveland, director ejecutivo de la Junta de Licencias Médicas del estado de Mississippi, que desafiaba la constitucionalidad de la ley y solicitaba una medida cautelar que restringiera temporalmente su entrada en vigor (*temporary restriction order*) alegando que violaba los precedentes de la Corte Suprema de la nación que establecían el derecho constitucional al aborto, en particular, “Roe v. Wade” y “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”.

En primera instancia se hizo lugar a un juicio sumario a favor de los demandados y se declaró la inaplicabilidad de la ley, con base en el fallo de “Planned Parenthood v. Casey”, que impide que los estados prohíban el acceso al aborto antes de la viabilidad fetal, generalmente dentro de las primeras 24 semanas, sobre la base de que la elección de aborto de una mujer durante ese tiempo está protegida por el debido proceso establecido en la cláusula de la decimocuarta enmienda a la Constitución federal. Particularmente, el Tribunal determinó que Mississippi no había proporcionado evidencia de que un feto sería viable a las 15 semanas y, por tanto, que existieran intereses legítimos y suficientes para prohibir la interrupción de los embarazos antes de dicha semana.

La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos confirmó dicha sentencia. Mississippi luego llevó el caso a la Corte Suprema pidiendo inicialmente que la Corte mantuviera su prohibición intentando argumentar que era consistente con “Roe v. Wade”. Pero después de que la jueza Amy Coney Barrett –jueza conservadora nominada por Donald J. Trump³– fuera confirmada en la Corte Suprema, Mississippi cambió su estrategia y usó el caso como un vehículo para pedirle a la Corte Suprema que retirase el derecho constitucional federal al aborto, que reconoció por primera vez cincuenta años antes en “Roe v. Wade”⁴.

En el marco de una enorme movilización social y particularmente de una extensa movilización legal (casi 150 *amicus curiae* presentados en el marco del caso)⁵, luego de dos años de discusión en los estrados judiciales (el caso se presentó ante la Corte el 16 de marzo de 2020 y se debatió oralmente el 1 de diciembre de 2021), de un debate acaloradísimo en el seno de la Corte⁶ y de que se filtrara la decisión en los medios⁷, el 24 de junio de 2022 la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió revocar las decisiones de las instancias anteriores. En

³ Para un perfil más extenso, ver Howe, Amy, “Perfil de una posible nominada: Amy Coney Barrett” (traducido al español), SCOTUSblog, 21 de septiembre de 2020, disponible en https://t.ly/8_XZ.

⁴ “Court Cases: Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization”, ACLU, 27 de junio de 2022, disponible en <https://www.aclu.org/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization>.

⁵ Erskine, Ellena, “We read all the amicus briefs in Dobbs so you don’t have to”, SCOTUSblog, 30 de noviembre de 2021, disponible en <https://t.ly/PQaR>. Son particularmente interesantes los *amicus curiae* presentados por 228 miembros del Congreso federal y 12 gobernadorxs (todxs del Partido Republicano) en los que solicitan que el tema sea devuelto a las Legislaturas democráticamente electas. También se presentó un *amicus* por parte de las mujeres legisladoras y uno de la Campaña por el Aborto Libre Seguro y Accesible de Puerto Rico. Ver, respectivamente, en <https://t.ly/k18x>; <https://t.ly/v3rp>; <https://t.ly/Ysn1>; <https://t.ly/dHna>.

⁶ Walsh, Mark, “Feelings run high: dos horas de tenso debate sobre un tema que divide a la Corte y al país”, SCOTUSblog, 1 de diciembre de 2021, disponible en <https://t.ly/Gf4O>.

⁷ Gerstein, John; Ward, Alexander, “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, 5 de febrero de 2022, disponible en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>.

un voto de 6 contra 3 y con un voto mayoritario comandado por el flamante juez Alito –también conservador y nominado por Trump–, el Máximo Tribunal sentó nueva doctrina relativa a las interrupciones voluntarias de embarazos: la Constitución no confiere el derecho al aborto; “Roe v. Wade” y “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey” son anulados; la autoridad para regular el aborto se devuelve al pueblo y a sus representantes electos.

3. Los principales argumentos

El tema principal que se aborda en el fallo consiste en definir si la Constitución confiere un derecho a abortar. Por una amplia mayoría, se decidió en forma negativa. Para responder esa pregunta, el voto de la mayoría utilizó dos grandes argumentos.

a) El derecho al aborto no existe, ni explícita ni implícitamente

El derecho a terminar un embarazo no está expresamente reconocido en la Constitución federal; siendo un derecho implícito creado jurisprudencialmente, se debe aplicar un test especial que requiere que el derecho pueda encontrar bases en las tradiciones o la historia del país, o bien ser una prolongación analógica de otro derecho expresamente reconocido en la Constitución. La Constitución, según la mayoría, no hace referencia concreta al derecho a obtener un aborto. Esto no es algo inusual en la doctrina constitucional estadounidense, ya que la Carta Magna federal es conocida por contener escasas cláusulas que expresamente reconozcan ciertos derechos humanos fundamentales. En efecto, la Constitución tiene algunas secciones originales que datan de la independencia de los Estados Unidos (que regulan principalmente la orgánica del país) y unas 27 enmiendas posteriores (la última de ellas de 1992) que versan principalmente sobre cuestiones también orgánicas. La mayoría de los derechos han sido reconocidos por las Cortes interpretando que estos se desprenden de “cláusulas implícitas” derivadas de las enmiendas. Por ejemplo, el derecho a recibir correspondencia en ámbitos carcelarios ha sido reconocido como prolongación implícita del espectro de protección de la primera enmienda, que reconoce el derecho a la libre expresión y a la privacidad; algunos estados han invalidado la pena de muerte reconociendo que esta puede ser una forma de tortura prohibida por la quinta enmienda, que establece el derecho a ciertas garantías dentro del proceso penal; el derecho al matrimonio igualitario fue reconocido como parte del derecho a la libertad protegida (*ordered liberty*) reconocido en la enmienda decimocuarta.

Así, “Roe” (1973) sostuvo que el derecho al aborto es parte del derecho a la privacidad que emerge de varias enmiendas (primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta). “Casey” (1992) apoyó su decisión en que el derecho al aborto sería parte de la “libertad” protegida por la cláusula del “debido proceso sustancial” de la decimocuarta enmienda. Según “Dobbs”, “Roe” y “Casey” no abordaron apropiadamente el test de “presencia histórica” del derecho al aborto, indicando que, al momento en que la enmienda decimocuarta fue implementada, la mayoría de los estados ya habían declarado como ilegales las prácticas abortivas.

Tal como planteó el voto de la minoría y parte de la academia legal, el argumento de “Dobbs” presenta un problema epistémico, en tanto nos hace preguntar qué miramos cuando indagamos sobre la tradición de un país. ¿Acaso miramos la historia institucional-legal? ¿Las prácticas culturales? ¿Qué actos dejan entrever cuáles son las raíces históricas de la tradición nacional? Si, como decía Walter Benjamin, la historia es el relato de la historia de los vencedores, si la ley es el producto de las discusiones de ciertos sectores sociales que retenían para sí la capacidad de legitimar sus propios intereses, si lo universalmente legítimo es el relato hegemónico de ciertos grupos de poder, ¿qué es una práctica reconocida como tradicional y qué queda en los márgenes? ¿La historia de quiénes es la tradición nacional?

La minoría en su voto explica perfectamente esta trampa: las legislaciones que prohíben el aborto fueron votadas en su gran mayoría durante la época donde las personas con capacidad de gestar (“mujeres” por entonces) no contaban con ciudadanía suficiente para participar de dichas discusiones, por lo que el alegado “consenso” sobre la ilegalidad del aborto es falso. Asimismo, este análisis descarta el derecho consuetudinario a fines del siglo XVIII y principios del XIX, cuando había acceso al aborto temprano.

A propósito de la visión originalista que prima en el voto de la mayoría, Reva Siegel (una estudiosa del derecho constitucional y del derecho al aborto en particular) propone una visión alternativa sobre cómo el originalismo no necesariamente debe anclarse en las visiones antiguas de los debates que primaron en otras épocas y culturas y cómo es posible actualizarlo para que dialogue con las problemáticas contemporáneas del derecho. Según Siegel, el originalismo es “una política cargada de valores, un proyecto político de varias décadas del movimiento legal conservador incrustado en el Partido Republicano que resurgió como método de interpretación entre jueces apuntados por Reagan contra decisiones que se presentaban como amenazas a las ‘formas de vida tradicionales de Estados Unidos (...) valores familiares tradicionales y la santidad de la vida humana inocente’”⁸.

Antes de “Dobbs”, el Tribunal venía interpretando la garantía de libertad de la enmienda decimocuarta de una “manera evolutiva”, entendiendo que la libertad incluye los derechos reconocidos por los estadounidenses en los siglos XX y XXI. Tal como afirma la Suprema Corte de Estados Unidos en “Obergefell v. Hodges” (el fallo que legalizó el matrimonio igualitario), “si los derechos fueran definidos por quienes los ejercieron en el pasado, entonces las prácticas recibidas podrían servir como su propia justificación continua y los nuevos grupos no podrían invocar los derechos una vez negados (...) El derecho a contraer matrimonio es fundamental como cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen únicamente de fuentes antiguas. Surgen, también, de una mejor comprensión de cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia era”.

La opinión del juez Samuel Alito en “Dobbs”, en cambio, define la libertad en referencia a las leyes promulgadas a mediados del siglo XIX y utiliza una campaña de dicha época para

⁸ Gou, Angie, “Cherry-picked history: Reva Siegel on ‘living originalism’ in ‘Dobbs’”, SCOTUSblog, 11 de agosto de 2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/08/cherry-picked-history-reva-siegel-on-living-originalism-in-dobbs/>.

criminalizar el aborto. Este “análisis retrospectivo” es un “estándar selectivo” que disfraza como universal y neutral un discurso altamente discrecional y que, justamente, tiene la capacidad de amenazar muchas decisiones que se basaron en el originalismo evolutivo –el derecho al matrimonio interracial, el derecho a la anticoncepción, el derecho a la intimidad entre personas del mismo sexo, el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo– poniendo la “preferencia judicial” como vara de medida de la tradición nacional.

En una operatoria de “falsa neutralidad” del Poder Judicial en torno a la cuestión del aborto, la mayoría en “Dobbs” elige articular una teoría que descarta la posibilidad de reconocer el derecho al aborto, cuando en realidad tampoco existe ninguna previsión constitucional que autorice a la Corte a adoptar una “teoría de la vida” particular que permita a los estados conferir derechos jurídicos a un feto y quitar derechos legales de las personas embarazadas. “Roe” muestra –con iguales esfuerzos exitosos que “Dobbs”– que los abortos tempranos sí han sido históricamente reconocidos como legales y legítimos y que fue la propia legislación la que avanzó sobre su regulación cuando el asunto se tornó políticamente redituable a nivel electoral⁹.

b) Recortando el aborto

El aborto no es una cuestión sobre privacidad como cualquier otra en tanto plantea una cuestión moral *sui generis* en materia de derecho a la privacidad, puesto que el ejercicio de dicha autonomía reconocida a las personas gestantes no solo afecta derechos de terceros, sino que implica la eliminación de la “vida en potencia” de los fetos. No se trata simplemente de una invasión parcial o negociable sobre los derechos de terceros, sino que entraña la eliminación total de “otra persona”. Este argumento se construye, principalmente, entendiendo a los fetos como sujetos con personalidad jurídica relevante desde su concepción. La idea desarrollada allí puede ser que la privacidad y la autonomía protegen una esfera sobre la cual el individuo es soberano y que termina donde comienza el daño a los demás: estos derechos cubren actos que no afectan directamente a nadie más, o simplemente adultos que consienten¹⁰. Pero el aborto daña directamente a una parte que no da su consentimiento, o más bien es racional y, por lo tanto, permisible que los estados piensen así. Este impacto externo crea una ruptura, una discontinuidad, que impide asimilar el aborto a cualquier derecho de privacidad o autonomía profundamente arraigado. Por ende, para estar protegido de todos modos, el aborto tendría que estar profundamente arraigado, pero según la mayoría no lo está.

Pese a que este presupuesto no se explicita como tal en la sentencia, sí se hace referencia a la necesaria deferencia a los estados para que localmente regulen la protección de la vida en la forma en que democráticamente se acuerde en el distrito. Es importante marcar que dicha

⁹ Greenhouse, Linda; Siegel, Reva B., “Before ‘Roe v. Wade’. Voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court’s ruling”, Yale Law School, 2012.

¹⁰ Girgis, Sherif, “Dobbs’s history and the future of abortion and privacy law”, SCOTUSblog, 28 de junio de 2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/06/dobbs-history-and-the-future-of-abortion-and-privacy-law/>.

“teoría de la vida” que el voto mayoritario dice respetar ha sido descartada en la mayoría de los sistemas de protección de los derechos humanos y en gran parte de la ciencia médica y la bioética, que señalan que la vida posee un valor incremental y que no existen evidencias que indiquen que los fetos poseen capacidades sensoriales suficientes en las primeras etapas del desarrollo embrionario que permitan conferirles personalidad jurídica. Dado que Estados Unidos históricamente se ha mantenido al margen de la mayoría de los sistemas de protección del derecho internacional de los derechos humanos, la doctrina y el consenso internacional al respecto no le serían aplicables.

La principal implicancia de considerar a los fetos como personalidades jurídicas independientes que gozan de protección legal o constitucional legítima es que pone a los cigotos y fetos en la misma jerarquía que las personas gestantes a batallar por la garantía de sus derechos. De esta doctrina surge un test que no le otorga primacía absoluta a la autonomía personal de quienes pueden gestar ni siquiera en las primeras etapas del embarazo y habilita a los estados a regular los embarazos (y las acciones de las personas gestantes durante todo el transcurso de estos) para proteger a los fetos.

Hay quienes señalan que dicha protección podría abarcar incluso hasta momentos previos a la implantación uterina o a embriones extrauterinos¹¹, puesto que muchos métodos anticonceptivos también funcionan después de la concepción para evitar la implantación de un embrión fertilizado, una entidad que varios estados caracterizan como una “persona”. Otros opinan que la Corte ha explicitado que la decisión no se extiende a la regulación de la contracepción, porque no compartiría el daño irreparable inherente a todo aborto de previabilidad en tanto no habría feto formado¹².

La mayoría de los análisis posteriores al fallo presentan un signo de alarma con relación a toda la línea jurisprudencial sobre autonomía personal, piedra basal del liberalismo de Mill y que ha estructurado una gran parte del pensamiento legal estadounidense. Así, “Dobbs” amenaza no solo al derecho al aborto reconocido en “Roe”, sino también a muchos otros precedentes que están protegidos por la cláusula del debido proceso de la enmienda decimocuarta. Dado que la mayoría de los derechos civiles y políticos en Estados Unidos no han sido plasmados en el texto constitucional (siendo entonces todos ellos implícitos y reconocidos pretorianamente), será tarea del litigio cuidarlos con el argumento del arraigo histórico y tradicional, tarea que será además harto dificultosa de sostener, ya que la mayoría de los derechos contemporáneos encuentran poco sustento en la “tradicción” legal-institucional del país, como la contracepción y el matrimonio igualitario. Ninguno de estos otros derechos está enumerado explícitamente en el texto de la Constitución, y varios de los fallos que los reconocen son, en términos históricos, aún recientes.

¹¹ Girgis, Sherif, “Dobbs’s history and the future of abortion and privacy law”, SCOTUSblog, 28 de junio de 2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/06/dobbs-history-and-the-future-of-abortion-and-privacy-law/>.

¹² Gilles, Stephen, “Dobbs’, ‘Obergefell’, and ‘the critical moral question posed by abortion’”, SCOTUSblog, 6 de julio de 2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/07/dobbs-obergefell-and-the-critical-moral-question-posed-by-abortion/>.

El engaño (“hipocresía”, dice el voto disidente) de la mayoría para asegurar que su decisión se limita al aborto y no tiene nada que ver con otros derechos queda claro en la concurrencia del juez Clarence Thomas: cándidamente pide que “Griswold”¹³, “Lawrence”¹⁴ y “Obergefell”¹⁵ también sean anulados. Su enfoque radical eliminaría todos los derechos sustantivos protegidos por la cláusula del debido proceso de la enmienda decimocuarta, que incluye todas las disposiciones de la Constitución que se han incorporado para aplicarse a los estados y relegaría al “debido proceso constitucional” a nada más que protecciones procesales y ya no sustantivas¹⁶.

4. El futuro pos-“Dobbs”

Estos dos argumentos traen dos grandes consecuencias.

a) El derecho al aborto entendido como ámbito protegido de privacidad hasta la viabilidad del feto deja de gozar de protección constitucional a nivel federal y devuelve a cada estado la competencia para regular la cuestión del aborto según los estándares que la ciudadanía local establezca en sus debates democráticos

Bajo la doctrina de “Dobbs”, los jueces decidirán el destino de las restricciones estatales al aborto con un estándar de “revisión proporcional” y se elimina el escrutinio estricto que implicaba el test de “carga indebida”¹⁷ de “Casey”. Esta prueba mínima requiere que la acción del Gobierno tenga un propósito legítimo y que la ley en cuestión esté racionalmente relacionada con ese propósito. Como primera consecuencia material más próxima, es necesario destacar que, al eliminar la protección constitucional del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en forma temprana, la decisión legitima la falta de acceso al aborto en al menos la mitad de los estados¹⁸, activa la prohibición del aborto en trece estados¹⁹,

¹³ Donde la Corte dictaminó que la Constitución de hecho protegía el derecho a la privacidad conyugal contra las restricciones estatales a la contracepción. Si bien la Corte explicó que la Constitución no protege explícitamente un derecho general a la privacidad, las diversas garantías dentro de la Declaración de Derechos crean penumbras, o zonas, que establecen un derecho a la privacidad. Juntas, las enmiendas primera, tercera, cuarta y novena crean el derecho a la privacidad en las relaciones maritales.

¹⁴ El Tribunal sostuvo que el estatuto de Texas que tipifica como delito que dos personas del mismo sexo participen en vínculos sexuales íntimos viola la cláusula del debido proceso. La Corte razonó que las personas adultas son libres y que dichos vínculos son privados en el ejercicio de su libertad sin la intervención del Gobierno, salvo que se pruebe interés estatal legítimo que pueda justificar su intrusión en la vida personal y privada.

¹⁵ El Tribunal sostuvo que la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda garantiza el derecho a contraer matrimonio como una de las libertades fundamentales que protege, y ese análisis se aplica a las parejas del mismo sexo de la misma manera que a las parejas del sexo opuesto. La jurisprudencia ha sostenido que el derecho a contraer matrimonio es una libertad fundamental porque es inherente al concepto de autonomía individual, protege la asociación más íntima entre dos personas, protege a los hijos y a las familias al reconocer legalmente la construcción de un hogar y la crianza de los hijos, e históricamente ha sido reconocido como la piedra angular del orden social. Debido a que no existen diferencias entre una unión del mismo sexo y una unión del sexo opuesto con respecto a estos principios, la exclusión de las parejas del mismo sexo del derecho a casarse viola la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda. La cláusula de igualdad de protección de la decimocuarta enmienda también garantiza el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse, ya que la negación de ese derecho negaría a las parejas del mismo sexo la misma protección ante la ley.

¹⁶ Rao, Radhika, “A eulogy to ‘Roe’”, SCOTUSblog, 28 de junio de 2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/06/a-eulogy-to-roe/>.

¹⁷ El estándar implicaba observar si una regulación estatal del aborto tenía el propósito o el efecto de imponer una “carga indebida”, que se define como un “obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto antes de que el feto alcance la viabilidad”. Se elimina con “Dobbs”, también, la línea de viabilidad que se impuso en “Casey”; previo a la viabilidad extrauterina, se consideraba el aborto como parte de las decisiones privadas de las personas gestantes.

¹⁸ “Supreme Court and ‘Roe v. Wade’”, *The New York Times* (s.f.), disponible en <https://t.ly/b14gr>.

¹⁹ Wolfe, Elizabeth, “13 states have passed so-called ‘trigger laws’, bans designed to go into effect if ‘Roe v. Wade’ is overturned”, CNN, 3 de mayo de 2022, disponible en <https://edition.cnn.com/2022/05/03/us/state-abortion-trigger-laws-roe-v-wade-overturned/index.html>.

penaliza el aborto en la mayoría o en todos los casos²⁰, mientras que otros nueve estados tienen leyes que prohíben los abortos después de seis semanas o leyes promulgadas antes de “Roe” que prohíben el aborto y nunca fueron eliminadas del plexo legislativo. En los últimos años, los estados promulgaron otras medidas como la ley de latidos cardíacos fetales de Mississippi que restringe el aborto muy temprano en el embarazo (seis semanas) antes de que muchas personas se den cuenta de que están embarazadas.

Otras restricciones estatales incluyen leyes que apuntan a los proveedores de servicios de aborto con regulaciones onerosas e innecesarias, limitan las razones por las que se pueden obtener abortos o requieren que los médicos proporcionen información escrita que vincula falsamente el aborto con el cáncer de mama. Ninguna de estas leyes hubiera pasado el test de “Casey”. Estas leyes amenazan a los proveedores con sanciones civiles o penales, como la pérdida de su licencia para ejercer la medicina. “Dobbs” también puede abrir la puerta a la criminalización del comportamiento del paciente²¹. La mayoría de los tribunales federales detuvo la implementación de tales acciones estatales hasta ahora, pero “Dobbs” pareció aprobar este tipo de restricciones. La disidencia de “Dobbs” ya alertó que el cambio de estándar de revisión –que ahora se dirige a descubrir qué tipo de regulación del aborto es “legítima”– conducirá a más litigios por aborto.

Por un lado, como ya explicitamos, la eliminación del derecho al aborto como tal necesariamente impactará en las discusiones sobre otras áreas de los derechos personalísimos en Estados Unidos y ciertamente reconfigurará la capacidad de *lobby* y legitimidad de los sectores conservadores en la discusión sobre derechos, quienes encuentran en los estrados judiciales un jugador aliado fuerte para la rediscusión de la agenda de derechos civiles. Por otro lado, este nuevo precedente podría también tener un impacto sobre la discusión de la legalización del aborto en otros países donde la interrupción del embarazo todavía sigue en discusión legislativa o judicial.

Retóricamente, “Roe” funcionó como plataforma de construcción argumentativa del derecho constitucional liberal y proveyó un argumento que generó amplios consensos en todo el arco político al discutir la interrupción voluntaria del embarazo. En los debates legislativos en Argentina –tanto en 2018 como en 2020– el argumento del cuerpo como espacio de privacidad fue uno de los más efectivos para legitimar el acceso al aborto temprano. “Mi cuerpo, mi decisión” fue uno de los emblemas en las discusiones por la legalización y su raíz proviene principalmente de las discusiones plasmadas en “Roe”.

En los cincuenta años de vigencia de “Roe” se fue construyendo una sólida línea constitucional sobre privacidad protegida que se propone garantizar un espectro de autonomía personal en la toma de decisiones personales fundamentales y ese espectro

²⁰ “Abortion Policy in the Absence of ‘Roe’”, Guttmacher Institute, 1 de agosto de 2022, disponible en <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/abortion-policy-absence-roe>.

²¹ Huberfeld, Nicole, “Returning regulation to the states, and predictable harms to health”, SCOTUSblog, 30 de junio de 2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/06/returning-regulation-to-the-states-and-predictable-harms-to-health/>.

corporal e identitario como última barrera infranqueable por parte de las instituciones. Queda latente y cercana, pues, la pregunta sobre qué sucederá, aquí y allá, si desaparece el derecho a la privacidad tal como lo hemos construido.

b) Se rompe el *stare decisis* sobre autonomía

Dado que “Roe” y “Casey” son “malos precedentes”, es posible revocarlos y romper el *stare decisis* (es decir, la línea de precedentes que regulan la materia) para crear una nueva doctrina al respecto. A partir de “Dobbs” se dejan atrás los precedentes constitucionales en materia de autonomía personal aplicables al aborto, y están nuevamente en discusión los términos en que se interpretan la doctrina de la privacidad y la autodeterminación del propio plan de vida.

La Corte argumenta que “Casey” no revisó apropiadamente el estándar establecido en “Roe” cuando tuvo la chance y que corresponde ahora enmendar los errores en los que la Corte de “Roe” incurrió. Dado que “Roe” sería un “mal precedente” (*bad law*) por contener graves errores interpretativos, la actual Corte considera que corresponde eliminar del *corpus* jurisprudencial toda la doctrina de la privacidad de “Roe”²². “Dobbs” es presentado por la Suprema Corte de Estados Unidos, pues, como una oportunidad para revisar todas aquellas cuestiones que la Corte de “Casey” debería haber analizado, pero que habría omitido oportunamente.

El *stare decisis* es una cultura de adhesión al precedente para la creación de un relato jurisprudencial sólido, coherente y estable. En palabras de Dworkin, se trata de construir el derecho como si fuera un “relato en cadena”, donde cada tribunal debe conocer los fallos anteriores para acoplar nuevas decisiones sobre la base de lo ya decidido precedentemente. Se trata de construir con cada fallo prolongaciones de doctrinas ya establecidas y donde los casos no previstos deben ser integrados dentro de la doctrina general de la temática. Usando como ejemplo fallos citados anteriormente, “Roe” y “Casey” resultarían un desprendimiento analógico de “Griswold”, “Hobby Lobby” de “Casey”, y así sucesivamente. El respeto al precedente es un aspecto constitutivo de la cultura jurídica de Estados Unidos, al igual que en otros países del *common-law*, donde los fallos crean la ley y el respeto al precedente es fundamental para dotar de previsibilidad y estabilidad al sistema legal. Ahora bien, “el *stare decisis* no es un mandato inexorable”²³, toda vez que la ley es creada en los tribunales, lógicamente también es competencia de las Cortes revisar fallos anteriores y, en caso de encontrar errores graves, corregir la ley aplicable.

Siendo “Roe” tan defectuoso, en “Dobbs” se argumenta que es obligación de la Corte corregir dicho error y retirar la línea de precedentes del sistema jurídico del *common-law* por completo. Para habilitar dicha operatoria, el Tribunal pone como ejemplo lo que la Corte hizo previamente

²² “La cuestión crítica es si la Constitución, correctamente entendida, confiere el derecho a obtener un aborto. ‘Casey’ omitió esa pregunta y reafirmó ‘Roe’ únicamente con base en la doctrina del precedente o *stare decisis*. Sin embargo, una aplicación adecuada de *stare decisis* requiere una evaluación de la solidez de los motivos en los que se basó ‘Roe’” (cita textual de “Dobbs v. Jackson”, traducción propia, pág. 8).

²³ En “Dobbs”, págs. 66-69, disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

en “Brown v. Board of Education” (el famoso fallo que eliminó la segregación racial establecida en “Plessy v. Ferguson” aplicado al ámbito de las escuelas), argumentando que –al igual que por entonces– los fallos que habilitaban la estratificación legal entre personas negras y blancas eran de tal inadmisibilidad que la Corte no tenía otra opción más que modificar la interpretación constitucional vigente hasta el momento.

A este respecto, resulta poderosamente llamativo que la Suprema Corte de Estados Unidos haya decidido poner a “Roe” al mismo nivel que “Plessy”²⁴, un fallo que legalizaba la segregación racial y legitimaba los sistemas de exclusión, odio y explotación de las personas negras, una analogía a todas luces débil que pretende unir dos fallos con efectos materiales antagónicos con el mero argumento del “error judicial”. No solamente es altamente controversial argumentar que “Roe” haya constituido un “error judicial”, sino que aún más es haberlo colocado en un mismo nivel de infamia que lo que “Plessy” representó en relación con el racismo en Estados Unidos.

Esta operatoria retórica pareciera abonar a una epopeya dirigida a deslegitimar “Roe” por todos los medios posibles, con un notable esfuerzo de Alito por ubicarlo dentro del grupo de precedentes más nefastos de la historia judicial de Estados Unidos.

“Dobbs” presenta una interpretación un tanto selectiva de la obligatoriedad del *stare decisis*, en tanto decide hacer uso de dicha doctrina para “corregir el error” de “Roe” y “Casey” usando el test de “Glucksberg”, pero al mismo tiempo omite tomar en consideración recientes fallos que descartaron dicho test para otros derechos personalísimos como el del matrimonio igualitario. Tal como señala la minoría en “Dobbs”, Alito decidió ignorar que “Obergefell”, el caso de derechos implícitos más reciente de la Corte, se negó expresamente a usar la prueba de “Glucksberg”, que encontró “inconsistente con el enfoque que esta Corte ha usado al discutir otros derechos fundamentales”, incluyendo el matrimonio y la intimidad. El enfoque de “Obergefell” sostiene que “las aplicaciones de la libertad y la igualdad pueden evolucionar sin dejar de estar fundamentadas en los principios constitucionales, la historia constitucional y los precedentes constitucionales”. Este método de selectividad en torno a la doctrina del precedente, que algunos han definido como “*judicial cherry-picking*”²⁵, se presenta como una decisión metodológica controversialmente utilizada por el voto de la mayoría para eliminar el derecho al aborto.

Por otro lado, la doctrina de la especialidad del aborto es una grave contradicción del *stare decisis*, puesto que “Roe” y “Casey” son una prolongación ampliadora de la doctrina sobre autonomía reproductiva del fallo “Griswold”. En este sentido, la doctrina del voto mayoritario de

²⁴ “Algunas de las decisiones constitucionales más importantes de la Corte han invalidado precedentes anteriores. Véase, por ejemplo, ‘Brown v. Board of Education’, 347 US 483, 491 (anulando la infame decisión en ‘Plessy v. Ferguson’, 163 US 537, y su progenie) (...) Al igual que la infame decisión en ‘Plessy v. Ferguson’, ‘Roe’ también se equivocó atrocemente y chocó con la Constitución desde el día en que se decidió” (en “Dobbs”, págs. 39–66, disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf).

²⁵ Expresión utilizada para referirse a la acción o práctica de elegir y tomar solo los artículos, oportunidades, etc., más beneficiosos o rentables, de lo que está disponible, como eligiendo las cerezas de una canasta.

“Obergefell” vuelve a interpelar a la Corte de “Dobbs”, dado que en él se establecieron reglas para ampliar o reducir el espectro de protección reconocido en un derecho constitucional. La creación pretoriana de derechos por la vía de los tribunales junto con la doctrina del *stare decisis* (y la argumentación en cadena) obligan a las Cortes a construir progresivamente prolongaciones lógicas de los ya establecidos en una suerte de doctrina holística e integral y no derechos *sui generis*. Así, “Loving” no preguntó por un “derecho al matrimonio interracial”; “Turner” no preguntó sobre el “derecho de los reclusos a casarse” y “Zablocki” no preguntó sobre el “derecho de los padres con deberes de manutención infantil no pagados a casarse”. Más bien, cada caso indagó sobre el derecho a casarse en su sentido integral preguntando si había una justificación suficiente para excluir a la clase relevante del derecho.

En el caso del derecho al aborto, así como “Griswold” reconoció el derecho a evitar el embarazo mediante la anticoncepción, “Roe” y “Casey” solo ampliaron ese mismo derecho al derecho a interrumpirlo mediante el aborto; la doctrina legal es la misma. En todos ellos se sostuvo que las mujeres buscan abortos por las mismas razones por las que usan la anticoncepción: para evitar las cargas del embarazo, el parto y la maternidad²⁶. De este modo, el argumento de la “especialidad” del aborto en la línea jurisprudencial de los derechos reproductivos y de planificación familiar es problemático, puesto que resulta un esfuerzo descomunal para escindir “Griswold” de “Roe” y “Casey”. “Dobbs” implica en términos hermenéuticos un nivel de separación cuasi quirúrgica de los aspectos de un mismo derecho y hasta un intento forzoso por mantener con vida un *corpus* doctrinal al mismo tiempo que se le remueve el corazón que lo bombea.

5. “Dobbs” y Argentina: una retroalimentación posible

Resurge también con “Dobbs” la pregunta acerca del problema federal del aborto. Tal como han resaltado estudios²⁷, nuestro arreglo federal y la financiación correspondiente de las políticas sociales por parte de las provincias se presenta generalmente como un obstáculo (y como un factor diferenciador) para acceder a las prácticas médicas necesarias. Así, pese a que en Argentina la cuestión del acceso al aborto ha sido regulada como derecho a nivel federal, dadas las competencias de cada una de las provincias para garantizar el funcionamiento del sistema sanitario público, es posible que los problemas que hoy se presentan en Estados Unidos (el diferencial de acceso a las prestaciones médicas) también se produzcan en estas latitudes.

Si ello sucediera, resta la pregunta sobre el devenir del acceso al aborto en las provincias si nuestra Corte Suprema le tocara entender en un caso particular de provincias más conservadoras o con mayor presencia de *lobby* antiaborto. De esparcirse por el globo, la doctrina de “Dobbs” podría implicar que en Argentina eventualmente se reconozca el derecho

²⁶ Gilles, Stephen, “‘Dobbs’, ‘Obergefell’, and ‘the critical moral question posed by abortion’”, SCOTUSblog, 6 de julio de 2022, disponible en <https://www.scotusblog.com/2022/07/dobbs-obergefell-and-the-critical-moral-question-posed-by-abortion/>.

²⁷ Smulovitz, Catalina, “¿Quién paga por los derechos en las provincias argentinas? El caso de las leyes de violencia”, *Desarrollo Económico*, vol. 55, N° 216, 2015, págs. 155/85, disponible en JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/43894823>.

de las provincias a regular mediante legislaciones locales la cuestión del aborto. ¿Acaso nuestro Tribunal Supremo, en su actual composición, se opondría a reconocer dicha competencia? ¿Cómo se conjugaría esta nueva interpretación con los lineamientos de la ley 27610?

“Dobbs”, sin duda, abre nuevos interrogantes con relación al derecho a la autonomía de las decisiones personales y a las competencias federales en torno a la garantía del derecho a abortar.

Finalmente, es importante destacar el legado de movilización que nuestro continente y nuestro movimiento nacional feminista ha aparejado en la discusión sobre el aborto. El pañuelo verde ha recorrido el mundo y con él nuestras consignas por el derecho a vivir la vida tal como la deseamos. Esta propuesta implica un giro decolonial en la movilización por el aborto, puesto que, así como nosotres hemos aprehendido doctrinas estadounidenses y europeas en la construcción de nuestra agenda, es el turno de los movimientos del hemisferio norte de mirar hacia otros espacios de movilización legal que han tenido éxito en la lucha por los derechos humanos. Una propuesta decolonial de sur a norte surge para aportar nuevas miradas teóricas y prácticas militantes para un feminismo organizado a escala global y aparece atractiva para los sectores más jóvenes y radicalizados del partido demócrata, quienes ven con buenos ojos la vía legislativa federal para asegurar sus derechos.