

## Dobbs and the future of self-determination in the United States of America

Sagel, Paula

Paula Sagel

psagel@derecho.uba.ar

UBA/CONICET, Argentina

**Derecho y Ciencias Sociales**

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

ISSN-e: 1852-2971

Periodicidad: Bianaual

núm. 28, e112, 2022

derechoycienciasociales@jursoc.unlp.edu.ar

Recepción: 22 Agosto 2022

Aprobación: 23 Marzo 2023

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/724/7243855002/>

DOI: <https://doi.org/10.24215/18522971e112>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional.

**Resumen:** El 24 de junio de 2022, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó el fallo Dobbs, una decisión que echa por tierra el derecho al aborto a nivel federal. La Corte decidió así revertir una larga trayectoria de precedentes que regulaban el acceso a la interrupción del embarazo, legalizado en el mítico caso *Roe v. Wade* en 1973. Pese a que la mayoría de los análisis presentan a *Dobbs* como un precedente sin precedentes, aquí proponemos que el nuevo fallo es tan solo el golpe de gracia en una larga estrategia por goteo para dismantelar el derecho al aborto que se venía construyendo desde la década de los '80. Reconstruiremos sus argumentos salientes, revisaremos sus mayores controversias y analizaremos las consecuencias sobre los derechos a la autonomía y a la (no) reproducción, tanto en aquellas latitudes como sus posibles proyecciones hacia las nuestras<sup>1</sup>.

**Palabras clave:** aborto, autonomía, Dobbs, Roe, Casey.

**Abstract:** On June 24, 2022, the Supreme Court of the United States issued a ruling that overturns the right to abortion. With *Dobbs*, SCOTUS decided to reverse a long history of precedents that regulated access to termination of pregnancy, which began with the mythical case *Roe v. Wade* in 1973. Despite the fact that the vast majority of legal academia presents *Dobbs* as an unprecedented ruling, we propose that the new precedent is only the last blow in a long chip-down strategy to dismantle the right to abortion that the Court has been sustaining since the '80s. We also propose to reconstruct their salient arguments, review their major controversies and analyze the consequences on the rights to autonomy and (non) reproduction, both in those latitudes and their possible projections towards ours.

**Keywords:** abortion, self-determination, Dobbs, Roe, Casey.

## INTRODUCCIÓN

El retroceso en la protección de la autonomía reproductiva en Estados Unidos (EE. UU.) no es noticia de último momento. Ya desde los '80 han existido esfuerzos tanto institucionales como del tercer sector para dismantelar el derecho al aborto y reinstaurar con ímpetu el interés del Estado en regular la vida reproductiva de las personas con capacidad para gestar. Tampoco es novedad que el sistema constitucional

de los Estados Unidos provee pocas salvaguardas para los derechos humanos en general. Su Constitución, ampliada sucesivamente por enmiendas, posee pocos derechos textualmente consagrados, generando un desafío argumentativo para ampliar la carta de derechos. Esta estructura constitucional también ha sido funcional al paulatino desmantelamiento del derecho al aborto, entendido desde antaño como “derecho implícito” en el sistema estadounidense.

En esta intersección de derechos constitucionales débiles y el avance significativo de los poderes conservadores es que la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS) -estrenando su flamante conformación luego de las nominaciones del expresidente Donald J. Trump- dicta un fallo que probablemente será recordado por las generaciones venideras como el que eliminó el derecho al aborto. En resumidas cuentas, SCOTUS argumenta en *Dobbs v. Jackson* (2022) que el derecho al aborto no existe como tal y que la decisión sobre cómo regular la interrupción de los embarazos es competencia de las legislaturas de cada Estado. De este modo, *Dobbs* viene a cerrar una discusión judicial de cinco décadas en EE. UU. pero también abre nuevos frentes de discusión sobre la autonomía en general.

Desde una perspectiva constitucional feminista (Atrey, 2022) reconstruiremos la línea jurisprudencial estadounidense en materia reproductiva y analizaremos *Dobbs* desde una mirada crítica. Finalmente, indagaremos posibles impactos de la doctrina *Dobbs* sobre derecho a la autonomía personal tanto en EE.UU. como en Argentina.

## LA CURVA DE ROE

Esta primer sección se dirige a derribar dos mitos sobre *Dobbs*: no es el primer fallo que recorta el derecho al aborto en Estados Unidos desde *Roe v. Wade* (1973) ni resulta un gran salto dentro de la línea jurisprudencial de la SCOTUS de los últimos 30 años. Un breve repaso por los precedentes en la materia nos enseña que existieron al menos cinco grandes decisiones donde se discutió la regulación de la contracepción en general y casi veinte fallos que regularon la cuestión de la interrupción del embarazo en EE. UU.<sup>2</sup>

En este sentido, resulta relevante resaltar que *Dobbs* representa tan sólo la última etapa en la socavación de *Roe*, ya que los esfuerzos por deshacer su doctrina (y el derecho a la interrupción del embarazo como expresión de un derecho a la autonomía) no han cesado en las últimas cuatro décadas. Según Murray y Luker (2015), la regulación sobre los cuerpos con úteros y las relaciones afectivas y jurídicas de las disidencias género-sexuales ha merecido por parte de la legislación y la jurisprudencia estadounidense una desproporcionada atención a lo largo de los años. La Corte se ha estado pronunciado en forma sistemática y con marcado interés sobre la regulación del sexo, el binomio de la sexualidad normativa-desviada (Rubin, 1984), las relaciones maritales, la gestación, el parto, la organización/planificación familiar hasta la contracepción y aborto. Ya desde la salida de *Roe* y en virtud de la creciente partidización de los sectores a favor y en contra de la legalización del aborto (Greenhouse y Siegel, 2012)<sup>3</sup>, el tema permaneció en el centro de la discusión política tanto dentro como fuera de las Cortes. Previo al siglo XX, el Partido Republicano mostraba posiciones más liberales en asuntos reproductivos, mientras que el Partido Demócrata estaba asociado a electorados católicos y urbanos. No es hasta 1980 que la oposición al aborto se convirtió en una cuestión central en la agenda republicana y su apoyo en la agenda demócrata. Desde la ciencia política definen esto como “issue evolution”, proceso mediante el cual asuntos controversiales conducen a realineaciones partidarias (Adams, 1997).

Si bien *Dobbs* se presenta mediática y políticamente como un precedente especial, único y sorprendente, lo cierto es que la SCOTUS ya venía estableciendo una línea clara y crecientemente restrictiva en torno al aborto. La discusión legal se presentó<sup>4</sup> como una disputa bilateral entre mujeres<sup>4</sup> (que detentan zonas de no intromisión de actividad gubernamental) y el Estado (como ente abstracto con intereses más o menos legítimos para regular las vidas de las identidades disidentes de la heteronormatividad)<sup>5</sup>. Es decir que en la

mayoría de los precedentes se discute si los Estados tienen o no la capacidad de imponer ciertas restricciones al libre albedrío y control de los cuerpos y las trayectorias vitales de las mujeres y personas no heterosexuales.

El embarazo ha funcionado desde siempre en el sistema legal estadounidense como evento obstétrico politizado para controlar la autonomía de las personas con capacidad de gestar y el feto ha sido el sujeto-vehículo para legitimar dicho interés. Desde la imposición de las obligaciones de autocuidado (como el uso de cinturón de seguridad si se está embarazada) o prohibición de ciertas acciones que podrían poner en riesgo al feto (*Johnson v. State* de 1992, *Whitner v State* de 1997, *State v. McNight* de 2003<sup>6</sup>) la SCOTUS históricamente fue reconociendo cada vez más un interés legítimo del Estado en proteger la “vida potencial” del feto, haciendo retroceder el espectro de la protección que el derecho a la privacidad de *Roe* confería y creando así escenarios de “privacidad atenuada”.

Reconociendo, pues, que los cambios en la doctrina sobre aborto no han sido puntuales sino graduales, podríamos hablar de dos grandes etapas: antes de *Roe* y después de *Roe*. Unos años antes de *Roe* y fruto del litigio estratégico feminista, se sucedieron una serie de precedentes a nivel local que invalidaban estatutos estatales que prohibían el aborto. Esta serie surge de las estrategias de la sociedad civil y grupos de militancia a favor de la legalización a nivel local. En *People v. Belous* (1969) la Corte Suprema de California, en la primera decisión sobre la constitucionalidad de cualquier estatuto antiaborto, invalidó la ley antiaborto de California por dos principales motivos: (1) que la frase, “necesario para preservar la vida” era tan vaga que violaba la garantía de debido proceso de la ley penal y (2) que el estatuto violaba los derechos fundamentales de las mujeres a la vida y a elegir si tener hijos. La Corte sostuvo que el Estado no tenía interés legítimo (apremiante) en la regulación del aborto que justificara una vulneración tan profunda de los derechos fundamentales de mujeres. Asimismo, de este último argumento se deriva el reconocimiento de la SCOTUS de un derecho a la intimidad o a la libertad en asuntos relacionados con el matrimonio, la familia y el sexo. En *Estados Unidos v. Vuitch* (1971), el Tribunal de Distrito de Columbia declaró inconstitucional el estatuto del Distrito de Columbia que convertía el aborto en un delito grave a menos que lo realizara un médico con licencia para la preservación de la vida o la salud de la madre. El tribunal sostuvo esta frase tan incierta y ambigua que permitía invalidar el estatuto por falta de garantía del debido proceso, y recomendó apelar a la SCOTUS (Roemer, 1971).

A nivel federal encontramos, previo a *Roe*, precedentes que se dedican primordialmente a establecer un ámbito privilegiado de privacidad para decisiones sexuales, reproductivas y de planificación familiar. En este sentido, se fueron creando jurisprudencialmente dos esferas de intervención o regulación de las vidas de las personas gestantes, esto es, la personal y la institucional (estatal y médica) y se fue contorneando así el ámbito de autonomía de las mujeres en relación con sus decisiones reproductivas. El argumento por este entonces es que ambas esferas se constituyen mutuamente como espacios de disputa con relación a la reproducción y la organización de la vida y donde mientras una avanza, la otra retrocede. Es importante señalar que *Roe* se nutre de dos grandes argumentos: el primero de ellos proviene de la teoría de la privacidad de las decisiones fundamentales aplicada por vía analógica desde los precedentes *Eisenstadt v. Baird* (1972) y *Griswold v. Connecticut* (1965) que regulan la planificación de la vida familiar (sexo y contracepción) como espacios de no-intromisión del Estado. *Griswold* es especialmente relevante dado que allí se reconoce que desde mitades del siglo XIX existe una tradición en la legislación del Commonwealth -que los EE. UU. continuaron- que establece que previo a cierto momento del embarazo (el quickening<sup>7</sup>) no existen terceros sujetos a quienes el Estado puede proteger en contra de la decisión de abortar. Esta doctrina es la base fundante de la privacidad de las decisiones personales sobre los propios cuerpos. Destacamos aquí *Poe v. Ullman* (1961)<sup>8</sup> y *Griswold v. Connecticut* (1965)<sup>9</sup>, relativos al uso de anticonceptivos; otros tales como *Muller v. Oregon* (1908)<sup>10</sup>, *Eisenstadt v. Baird* (1972)<sup>11</sup>, *Geduldig v. Aiello* (1974, curiosamente citado en *Dobbs*)<sup>12</sup>. Esta cronología permite establecer que si bien *Roe* es el primer fallo de la SCOTUS “sobre” aborto, este se construyó sobre

la base del *stare decisis* de otros precedentes que ya abordaban la cuestión reproductiva desde la perspectiva de la privacidad.

Roe irrumpe en esta escena jurisprudencial en 1973 y zanja una discusión que la SCOTUS venía intentando traducir en los fallos mencionados previamente. Mediante la doctrina de la privacidad, se establece el sistema de trimestres basados en legislación del Commonwealth y costumbres médicas que identificaban el inicio de la vida en el quickening, ese momento donde mediante el uso del estetoscopio se podía identificar latidos en el útero. Otro aspecto importante de la doctrina Roe tiene que ver con la calidad de los intereses que el Estado deberá demostrar que posee para regular estas decisiones; no son intereses simples, sino agravados, convincentes, irrenunciables. Al reconocer al aborto como derecho a la privacidad, se interpreta que el Estado debe demostrar “*compelling interests*”, una forma que la SCOTUS encontró para elevar el escrutinio sobre la actividad estatal alrededor de los derechos reproductivos sin introducirse en cuestiones de derecho antidiscriminatorio, cuestión que la Corte no deseaba abordar en Roe.

Sobre la base de la doctrina de la privacidad, la SCOTUS siguió construyendo otros precedentes alrededor de la cuestión reproductiva. Por ejemplo, en *Carey v. Population Services International* (1977) reconoce el derecho a adquirir anticonceptivos sin receta ni restricciones puesto que la decisión de procrear se encontraba dentro “del seno de este grupo de opciones constitucionalmente protegidas” al mismo tiempo que también reconocía el derecho de los estados de regular la actividad de las empresas que distribuían contraceptivos siempre y cuando no infringieran decisiones individuales protegidas. El concepto de privacidad y el de las opciones disponibles para ejercer nuestra autonomía (Alvarez, 2015) ya se introducen en este fallo, reconociendo que “limitar la distribución de anticonceptivos sin receta impone claramente una importante carga en el derecho de los individuos de usar anticonceptivos si así lo desean”. Tal como veremos, este argumento volverá en la jurisprudencia estadounidense con fuerza.

También se dictaron los precedentes *Bellotti v. Baird* (1976), que regula el acceso al aborto para personas menores de edad y las condiciones en que debería manifestarse el consentimiento (modelo que fue parcialmente tomado por nuestra Corte Suprema en Argentina en el fallo F.A.L) y *Harris v. McRae* (1980), donde se estableció (en forma diametralmente opuesta a nuestro sistema) que el Estado tiene obligación de financiar la interrupción de embarazos sólo si estos ponen en riesgo la vida de la persona gestante y no aquellos que resulten del ejercicio de su decisión privada.

Algo para notar en la jurisprudencia sobre aborto (tanto antes como después de Roe) es la ausencia de argumentos relativos a la discriminación por motivos de géneros cuando se discuten políticas reproductivas. La SCOTUS nunca reconoció al derecho al aborto como protegido por el Título IX<sup>13</sup> de la Ley Federal de Derechos Civiles y, tal como veremos, esto tiene un efecto directo en *Dobbs*, que niega reconocer a la criminalización del aborto como práctica discriminatoria hacia los varones trans, personas no binarias úteroportantes y mujeres, especialmente aquellas racializadas y/o pobres. Otro aspecto que consolidó la doctrina estadounidense (y que se repite en otros países occidentales) es la deferencia hacia los saberes médicos e institucionalizados para decidir sobre cuestiones reproductivas, quienes en definitiva deciden cuándo comienza la vida y cómo es posible reconocerle personalidad jurídica al feto mediante mediciones médico-biologicistas. En tercer lugar, Roe y sus precedentes consolidaron el modelo hermenéutico de la cuestión de los derechos reproductivos como una disputa de intereses entre dos bloques antagónicos, modelo que fue incorporado por muchos otros países de occidente, especialmente aquellos con democracias constitucionales liberales.

Demarcados los términos de la discusión en un binomio en competencia, comienza con Roe una larga y sostenida disputa del Estado en ampliar su capacidad para legítimamente regular las vidas de las mujeres y disidencias y de quitar la cuestión del aborto de las manos de las cortes. En este contexto surge el caso *Casey*, el primer intento exitoso en la “*chip-away strategy*” para desarmar paulatinamente el derecho al aborto.

## CASEY Y LA EROSIÓN LOCALISTA

Luego de Roe, las posiciones antiaborto nucleadas bajo el Partido Republicano sólo se endurecieron. La Administración de Reagan comenzó a apoyar los intereses de los Estados para regular aspectos clave del acceso al aborto. Por entonces, los Estados habían comenzado a rediseñar la legislación local relativa a las interrupciones de embarazos para hacerlas compatibles con la doctrina de Roe y aquellos Estados antiaborto volcaron sus esfuerzos a restringir el acceso a prácticas abortivas mediante la imposición de ciertos requisitos administrativos que, en algunos casos, vedaba prácticamente la realización de la práctica en las clínicas. Este giro administrativo restrictivo se apoyaba en el “interés legítimo de los Estados” en “proteger la vida fetal” reconocido en el sistema bilateral que describimos.

Entre los años 1980 y 1985 se dictaron algunos fallos donde se discutía la capacidad de los Estados para limitar el acceso al aborto mediante barreras administrativas (el consentimiento informado, determinación de viabilidad fetal, el grado de cuidados requeridos en abortos en etapa de pos-viabilidad fetal y requerimientos de médicos complementarios). En 1983, la SCOTUS se expidió sobre estas restricciones administrativas en el caso *Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.* El caso discutía la constitucionalidad de una ordenanza que imponía numerosas restricciones previas a la práctica abortiva. La Corte, en base a Roe, declaró la inconstitucionalidad de las restricciones administrativas impuestas por la ciudad de Akron ya que, pese a reconocer el interés de un estado en la regulación de la salud se vuelve apremiante aproximadamente al final del primer trimestre, las cinco disposiciones invalidadas “colocaron injustificadamente un obstáculo significativo en el camino de una mujer que busca un aborto” y constituyeron un intento de persuasión contra el aborto. En *Thornburgh v. American College* (1986), el fallo más parecido a nuestro F.A.L. en su faz exhortiva, la Corte estableció un nuevo límite a este tipo de restricciones administrativas, considerando ilegítimas todas aquellas acciones estatales que busquen “intimidar a las mujeres para que continúen con sus embarazos” y cuya regulación sea tan restrictiva que esconda “un intento directo de (...) desalentar el aborto en la privacidad del diálogo de consentimiento informado entre la mujer y su médico”.

En este contexto, Samuel Alito (por entonces Asistente del Procurador General y ahora juez de la Corte Suprema y, casualmente, autor del voto de la mayoría en Dobbs) emitió un dictamen en el marco de tres casos<sup>14</sup> instando al Procurador General ante la Corte para que apoyara la restauración de las regulaciones sobre aborto de los Estados que habían sido invalidadas por las Cortes locales. En su memorándum, Alito muestra la línea jurisprudencial que buscará desarrollar luego de su entrada a la SCOTUS y que logra establecer finalmente en Dobbs. En la llamada la “*chip-away strategy*” [estrategia de astillaje], Alito argumenta que las restricciones estatales al acceso al aborto son constitucionalmente válidas y compatibles con la línea jurisprudencial de Roe, siempre que los esfuerzos institucionales estén dirigidos a la protección de la salud y la potencialidad de la vida. Textualmente, Alito indica que

*“...incluso después de Akron, el aborto no es imposible de regular. Puede haber una oportunidad de arrimar a la Corte hacia los principios en la disidencia de Akron de la Jueza O’Connor, para proporcionar un mayor reconocimiento del interés de los Estados en proteger a los no nacidos durante el embarazo, o para disipar en parte la fe mística sobre los médicos tratantes que apoyan Roe y los casos posteriores. Encuentro este enfoque preferible a un ataque frontal a Roe v. Wade. Tiene la mayoría de las ventajas de un dictamen dedicado a la anulación de Roe v. Wae: aclara nuestra posición, ni siquiera concede tácitamente la legitimidad de Roe y señala que consideramos la cuestión como viva y abierta. Al mismo tiempo, está libre de muchas de las desventajas que acompañarían a un esfuerzo por derrocar a Roe. Cuando el Tribunal dicte su decisión y si Roe no es anulada, la decisión no se interpretará como una reprimenda llamativa”* (Alito, 1985:9)

En evidente contradicción con los argumentos que Alito despliega en Dobbs en relación a la supuesta imparcialidad e ilegitimidad de la intervención del Poder Judicial en decidir la cuestión del aborto, de este y otros documentos surge que los sectores anti-aborto (que Alito representa en la Corte) tenían ya luego de Roe un nuevo game-plan para abordar la cuestión del aborto. Esto es, deslegitimar al derecho al aborto como

tal a nivel federal y poder así devolverle a los Estados la capacidad de decidir cómo regular la cuestión de la interrupción de los embarazos mediante legislaciones locales restrictivas. Casualmente, este es -casi cuarenta años más tarde- el principal holding de Dobbs, cocinado a fuego lento desde las burocracias de las altas esferas judiciales.

*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (“Casey”) vino a reconfigurar el mapa trazado por Roe<sup>15</sup> y sus ramificaciones. En 1992 y bajo la influencia de la chip-away strategy de Alito, la SCOTUS hizo un doble movimiento donde reconoció la validez de Roe al mismo tiempo que reestablecía el grado de competencia de los Estados para regular la cuestión del aborto. Abandonando el sistema de trimestres de Roe, en Casey se estableció un nuevo criterio guiado por el momento de la “viabilidad” embrionaria. Bajo este nuevo paradigma, el embarazo se regulaba en dos etapas: previo a la viabilidad, las personas gestantes retenían el poder de decidir el destino del embarazo bajo el paradigma de la libertad protegida; con la posibilidad de sobrevida del embrión por fuera del útero y el desarrollo del feto se iniciaba la etapa en la cual los Estados gozaban de un “creciente interés” en regular (prohibir) el aborto. Fue el primer caso exitoso de la estrategia de Alito. Lxs jueces establecieron un esquema de balances entre mantener el derecho al aborto y reconocer que el estado tiene un “profundo interés en la vida potencial”, creando un nuevo estándar de “carga indebida”. Siempre y cuando una restricción del aborto no implique una carga adicional o un “obstáculo sustancial” a la persona que busca un aborto antes de que el feto sea viable, la restricción está permitida. Esto, fundamentalmente, devolvía a cada Estado la capacidad para determinar el nivel de aseguramiento del acceso al aborto mediante sus políticas sanitarias, puesto que ahora podían elegir legítimamente imponer algunas barreras para desincentivar la decisión de abortar. Si bien Casey confirmó a Roe, también allanó el camino para más restricciones en el acceso al aborto porque declaró que las restricciones estaban permitidas siempre que no hubiera una “carga indebida” (“undue burden”).

Asimismo, Casey significó un cambio de criterio en cuanto a qué derecho expresamente reconocido en la Constitución estadounidense servía de base para establecer un derecho al aborto: mientras que Roe lo anclaba a la no-intromisión del Estado frente a las decisiones privadas (primera enmienda), en Casey la SCOTUS vira a un derecho a la autonomía entendida como libertad (enmienda decimocuarta).

La doctrina de la undue burden en su momento fue preservada de las críticas, pero a la luz de nuevos fallos resulta clave en nuestro análisis, porque fue la primera vez que la Corte cambió el estándar sobre la validez de ciertas leyes que restringían los abortos. De esta manera, el gran problema que Casey impone radica en el ámbito de enorme discrecionalidad que el sistema de “carga indebida” concedió a las instituciones estatales y médicas. ¿Cómo decidir qué es una carga sustancial que pone en jaque el derecho al aborto? ¿Desde qué perspectiva se evalúa esto? Tal como sostiene Khiara Bridges, esto condujo a una toma de decisiones demasiado subjetiva en cabeza de lxs juecxs que evaluaron estas medidas legislativas: “Cuando preguntamos ‘¿Impone una carga indebida?’, ¿de qué persona estamos hablando? Si es una persona adinerada con un automóvil y tarjetas de crédito, muy pocas regulaciones del aborto impondrían una carga indebida” (NPR, 2022). Así, el acceso al aborto pasó a estar legalmente estratificado.

Casey significó también la habilitación de un giro administrativo en torno al derecho al aborto en Estados Unidos, con un gradiente de intervenciones estatales amplio y difuso. Implicó, a su vez, la posibilidad de discutir el aborto distrito por distrito, horadando las capacidades de las organizaciones de la sociedad civil y activistas para sostener la agenda a nivel nacional. Se trató de una etapa de nuevas regulaciones, en su mayoría restrictivas, creadas mediante legislaciones ejecutivas (y excepcionalmente legislativas) cuya validez era luego refrendada por las Cortes locales si pasaban el test de “carga indebida”. Sin perjuicio de ello, es importante reconocer que -a diferencia de como veremos que sucedió con Dobbs- se mantuvo el stare decisis, el hilo argumental sostenido en Roe como parte de un relato judicial único en relación al derecho al aborto

## DOBBS: LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS

En una de las decisiones más extensas en la historia de la jurisprudencia estadounidense (Truscott y Feldman, 2022)<sup>16</sup> y luego de que su opinión se “filtrara” en los medios unos meses antes de su publicación oficial<sup>17</sup>, el último fallo de la SCOTUS sobre aborto viene, casualmente, a clausurar la discusión judicial abierta por Roe (y los precedentes donde éste se sostiene). Mediante dos grandes argumentos, la Corte Suprema estableció que “la Constitución no confiere un derecho al aborto” y que “la autoridad para regular al aborto es devuelta al pueblo y sus representantes electos”.

En Dobbs, la Corte discute la legalidad de una legislación de Mississippi que establece que, excepto en el caso de una emergencia médica o en el caso de una anomalía fetal, una persona no podrá con intención ni conocimiento realizar o inducir el aborto de una persona humana no nacida si la edad gestacional de esa persona supera las quince semanas. El caso fue presentado por el Centro de Derechos Reproductivos en marzo de 2018 en nombre de la Organización de Salud de Mujeres de Jackson, la última clínica de aborto que queda en Mississippi, para cuestionar la prohibición estatal de abortos después de quince semanas de embarazo, por entender que limita arbitrariamente el derecho a la interrupción del embarazo, reconocido en Roe y Casey.

Tanto primera como segunda instancia hicieron lugar al reclamo de las organizaciones, ante lo que el Estado de Mississippi apeló ante la Corte Suprema de la Nación, pidiendo inicialmente que la Corte mantuviera su prohibición intentando argumentar que era consistente con Roe. Pero después de que la jueza Barrett fuera confirmada en la Corte Suprema, Mississippi cambió su estrategia y pidió que se eliminaran los precedentes de Roe y Casey de plano. Finalmente, el 24 de junio de 2022, la Corte Suprema revocó las decisiones de los tribunales inferiores por entender que la Constitución nunca reconoció el derecho al aborto y que los precedentes que así lo sostuvieron (en particular Roe y Casey) fueron errores judiciales graves.

A continuación proponemos un análisis pormenorizado de los tres principales argumentos que la mayoría utilizó para revocar a Roe y Casey: que el aborto nunca estuvo dentro de la tradición constitucional-legal de Estados Unidos; que el aborto no forma parte de las libertades esenciales protegidas por la Constitución y que el aborto presenta una cuestión moral especial.

### El argumento de la tradición

El primer argumento de Dobbs radica en que el derecho al aborto no existe. 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. La mayoría de los derechos han sido reconocidos por las Cortes interpretando que éstos se desprenden de “cláusulas implícitas” derivadas de las enmiendas<sup>18</sup>. En esta misma línea, Roe sostuvo que el derecho al aborto es, implícitamente, parte del derecho a la privacidad que emerge de varias enmiendas (primera, cuarta, quinta, novena y décimo cuarta) y Casey apoyó su decisión en que el derecho al aborto sería parte de la “libertad” protegida por la cláusula del “debido proceso sustancial” de la décimo cuarta enmienda.

Roe proponía el reconocimiento del derecho al aborto a nivel federal, basándose en lo que posteriormente se conocería después como el “test de *Gluckberg*”, que postula que los derechos implícitos solamente pueden ser reconocidos cuando están históricamente imbricados en la “tradición nacional” [*deeply rooted in nation's tradition*] o son una prolongación lógicamente derivable de un derecho expresamente reconocido en la Constitución federal. Roe aborda ambas cuestiones, indicando que los Estados -incluso previo a la independencia de 1776- tenían una larga tradición de permitir abortos previos al *quickenning* y, a su vez, considera a la interrupción del embarazo como una decisión protegida por la primera enmienda dentro del ámbito infranqueable de privacidad de las personas frente al Estado.

Dobbs dedica gran parte de su argumentación a desarticular estas dos líneas. El voto de la mayoría sostiene que: (a) Desde los años 1200 hasta 1960, ningún estatuto, ningún caso inglés, ningún caso estatal, ningún caso federal, ningún tratado legal y ningún artículo de revisión de leyes insinuó el derecho al aborto. Por el contrario, el aborto en cualquier etapa era (b) ilegal en el derecho consuetudinario y (c) ampliamente penalizado en el momento de la ratificación de la Enmienda 14 en 1868 y hasta 1960. Así, se sostiene que los abortos tempranos no solamente eran ilegales sino que se los trató como delitos graves bajo la figura del homicidio. Este argumento fue reconocido por el Procurador General, quien dictaminó que en el common law no se llegó a criminalizar el aborto previo a la etapa media del embarazo, pero la Corte no tomó esto en consideración en su decisión. La disidencia marcó además que un criterio estrictamente histórico socava no solo la legitimidad del derecho al aborto, sino incluso el derecho a la anticoncepción y otros precedentes contruidos sobre esta doctrina (Girgis, 2022).

Algunxs analistas plantean que en realidad la Novena Enmienda<sup>19</sup> comprende tanto los derechos enumerados como los no enumerados y que la intención original de sus redactores fue su inclusión para promover el bienestar general y garantizar la libertad. Además, se ha resaltado que la importancia de ampliar los derechos se reconoció incluso en la Ley Colonial de la Colonia de la Bahía de Massachusetts de 1620. Los redactores originalmente escribieron, "promulgamos, constituimos y estructuramos leyes, ordenanzas, actas, constituciones y oficios justos e iguales, de vez en cuando, según se considere más adecuado y conveniente para el bien general de la Colonia". Estos redactores, al igual que los redactores de la Constitución, reconocieron que no podían enumerar suficientemente todos los derechos que serían necesarios para el bienestar general de todas las personas (Jackson, 2022).

A su vez, cabe preguntarse desde qué perspectiva epistemológica es que la mayoría en Dobbs llega a la conclusión de que Roe legalizó el aborto "sin ningún tipo de base en el texto constitucional, historia o precedentes". ¿Quién y cómo se decide qué forma parte de las raíces históricas de la tradición nacional? ¿Qué es una práctica reconocida como parte de la tradición y qué queda en los márgenes? ¿Es este un criterio que pueda quedar al arbitrio de las Cortes? La pregunta sobre qué constituyen prácticas enraizadas en la cultura nacional implica necesariamente un problema de violencia epistémica, puesto que quienes definen hoy (y han definido siempre) qué constituye legítimamente parte de la Historia de un país han sido los mismos que hoy se niegan a reconocer al aborto como práctica ancestral y han abogado por su ilegalidad. Es así que resulta problemático que busquemos las raíces culturales de una nación en actos institucionales. En efecto, las legislaciones que prohíben el aborto fueron votadas en su gran mayoría durante la época donde las personas con capacidad de gestar y las personas racializadas (especialmente afectadas por la criminalización del aborto) no contaban con ciudadanía suficiente para participar de dichas discusiones.

Asimismo, pese a los esfuerzos de los sectores más conservadores por promover una visión originalista del derecho, lo cierto es que ni el *stare decisis* ni las tradiciones que dieron lugar a los derechos son mandatos inmutables que prohíben la actualización de los valores que la jurisprudencia viene a recoger. Tal como se afirmó en *Obergefell v. Hodges*, los derechos no provienen únicamente de fuentes antiguas sino que surgen también de una actualización de la "libertad" según valores contemporáneos.

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 a conferir derechos jurídicos a un feto y quitarle derechos legales de las personas embarazadas. Roe muestra -con iguales esfuerzos exitosos que Dobbs- que los abortos tempranos sí han sido históricamente protegido por la ley y que fue la propia legislación la que avanzó sobre su regulación cuando el asunto se tornó políticamente redituable a nivel electoral.

## La criminalización del aborto no viola la libertad y ni el derecho antidiscriminatorio

En segundo lugar, dado que Casey estableció que el derecho al aborto era una prolongación analógica del “derecho a la libertad”, el voto mayoritario cuestiona que Roe y Casey ignoraron maliciosamente que para el momento en que se adoptó la enmienda decimocuarta, tres cuartos de los Estados ya había definido el aborto como un crimen en cualquier etapa del embarazo y que dicha criminalización se habría mantenido incluso luego de la enmienda hasta el día que se decidió Roe.

Por su parte, Dobbs también entiende que el derecho al aborto tampoco forma parte de del derecho antidiscriminatorio protegido por enmienda décimocuarta. Según la jurisprudencia, la regulación estadual del aborto no es una clasificación basada en el género y, por ende, no quedaría sujeta al escrutinio estricto que merecen las clasificaciones discriminatorias. Por el contrario, se vuelve a reiterar que las regulaciones y prohibiciones sobre el aborto deben ser revisadas mediante el estándar de mera racionalidad, utilizado en otras regulaciones referentes a la salud. El problema que plantea este estándar es que implica una deferencia hacia el Poder Legislativo. El objetivo de Roe fue reconocer judicialmente el derecho constitucional al aborto para quitar el tema de la discusión legislativa<sup>20</sup>. Esto fue duramente criticado especialmente por lxs Republicanxs, ya que la cuestión reproductiva se había configurado como un espacio de disputa clave a nivel electoral, sobre todo en los llamados “*swing states*”. Sin ese tema en agenda, parte de las plataformas electorales se quedaron sin espacios temáticos sobre los cuales traccionar el voto para un lado o para el otro.

### Lo especial del aborto

Dobbs plantea que “el aborto es especial” puesto que presenta una cuestión moral distinta a otros precedentes sobre autonomía y privacidad (como matrimonio y contracepción) en tanto se trata de una decisión que tiene efectos directos sobre la subsistencia del feto, sujeto al que le atribuyen la calidad de tercero con personería jurídica propia. El voto mayoritario entiende que no hay consenso científico que dé cuenta de que la vida comience luego de una etapa de gestación intrauterina, por lo que es posible considerar al feto como tercero desde el inicio del embarazo, con derechos e intereses que los Estados pueden decidir proteger legalmente. La SCOTUS separa al aborto de otras líneas de precedentes (sobre las cuales Roe se apoya) entendiendo que “[n]inguna de estas decisiones involucró lo que distingue al aborto: su efecto sobre lo que Roe denominó *vida potencial*” (Dobbs 2022:5). La Corte ensaya así una nueva clasificación en la protección de la privacidad, intensificando la protección de terceros cuando se trata de vida fetal.

Este es un argumento engañoso puesto que todas las decisiones personales necesariamente afectan derechos de terceros y no por ello son -a priori- inválidas; el test de la privacidad implica siempre sopesar los intereses propios y los ajenos, entendiendo que prima facie debe permitirse un margen de discrecionalidad personal fundamental para desplegar y materializar nuestra personalidad. Nuestros planes de vida frecuentemente colisionan con derechos de terceros o, al menos, implican una superposición con los intereses de otras personas. Asimismo, este argumento niega la teoría de la progresividad de la vida y presenta al aborto como homicidio, cuando en la mayoría de las regulaciones del aborto a nivel mundial la interrupción del embarazo se permite hasta el primer trimestre, momento en que los cigotos aún no alcanzan a poseer un desarrollo neuronal y orgánico mínimo dentro del útero (Harman, 2003). Finalmente, nada en la historia jurisprudencial o legal de los Estados Unidos indica que se debe considerar a los fetos como personas jurídicas legalmente protegibles, siendo esta lectura producto de la discrecionalidad del Tribunal.

Por su parte, si bien la operación de “especialidad” del aborto le permite a la Corte desarticular esta serie de precedentes generados a partir de Roe sin anular otros precedentes sobre autonomía y privacidad, no descarta la posibilidad de que la actual conformación de la SCOTUS avance en la revisión de otras líneas de precedentes. Dobbs puede ser el primer precedente que conduzca a la revisión (y posible desmantelamiento)

de la doctrina de la autodeterminación en otras áreas como identidad de géneros, matrimonio igualitario o educación sexual. La disidencia alertó que a pesar de las garantías en contrario, “nadie debe confiar en que esta mayoría haya terminado con su trabajo” (Dobbs, 2022:151). El derecho al aborto es parte del “mismo tejido constitucional” que los derechos a la anticoncepción y la intimidad y el matrimonio entre personas del mismo sexo. “O la mayoría de la opinión de la mayoría es hipocresía”, sugirieron los disidentes, “o los derechos constitucionales adicionales están bajo amenaza. Es uno o el otro” (Dobbs 2022:152).

Desde la bioética también se contradice la alegada especialidad del aborto, puesto que sin el escudo del derecho constitucional a la privacidad, lxs ciudadanxs no tendrían protección frente a las intervenciones estatales en asuntos médicos privados, dejando a los estados libres de legislar prácticamente cualquier restricción sobre las decisiones corporales y médicas individuales (Annas, Glanz y Mariner, 1989). Dobbs funciona implícitamente como punto de entrada para toda una nueva serie de intervenciones por parte de la SCOTUS en la doctrina de la autonomía. Resulta particularmente alarmante cuando la SCOTUS indica que “[l]os intentos de justificar el aborto apelando a un derecho más amplio a la autonomía y a definir los propios “*términos de existencia*” resultan demasiado. Esos criterios, en un alto nivel de generalidad, podrían autorizar los derechos fundamentales al uso de drogas ilícitas, la prostitución y similares”. Si una decisión tan personal e íntima como la de interrumpir un embarazo puede ser regulada por el Estado y puesto que casi todas nuestras decisiones personales tienen efectos sobre las vidas de otros con quienes cohabitamos en sociedad, ¿qué impediría avanzar sobre otras decisiones personales que tengan anulen o afecten derechos de terceros?

Parte de los análisis sobre el fallo se inclinan por descartar que Dobbs implique restricciones en el acceso a otras áreas de salud sexual y reproductiva como el acceso a medicamentos o procedimientos realizados para interrumpir un embarazo ectópico o para extraer un feto muerto o a la atención médica relacionada con el embarazo (Kirk y Skop 2022), puesto que incluso post-Dobbs subsiste el deber de los Estados de resguardar la vida y la salud de la persona gestante. Asimismo, indican que en Estados donde se ha prohibido totalmente el aborto, se promueve simultáneamente que las personas embarazadas continúen recibiendo atención médica vital, lo que podría incluir la atención médica a abortos espontáneos. Por su parte, en los Estados donde se suscribió a un sistema de causales, es probable que la Constitución permita la interrupción de embarazos por emergencias médicas, pero no una excepción de salud más amplia. Según el fallo, los abortos para embarazos producto de relaciones sexuales no consentidas tampoco están protegidos.

Otros sostienen que el estándar de revisión proporcional permite defender cualquier ley de aborto que pudiera haber pensado que “servía a intereses legítimos”, incluido el “respeto y la preservación de la vida prenatal en todas las etapas de desarrollo” (Girgis, 2022). Este interés y otros enumerados en Dobbs justificarían casi cualquier ley de prohibición total de aborto (en ausencia de algún problema no relacionado estrictamente con el aborto, como la discriminación racial) y protegería también a los embriones incluso antes de la implantación. Asimismo, el test de proporcionalidad permite que la Corte no se expida sobre el nivel de ajuste de la política cuestionada, ya que se presume la validez de la norma cuestionada. Así, ni siquiera debe analizar si la política restrictiva en el acceso al aborto ha sido diseñada de tal manera que respete los derechos de las personas gestantes, considerando legítimo cualquier interés que los Estados tengan en preservar la vida fetal.

Dobbs aclara que la prohibición del aborto no constituye discriminación por motivos de géneros. En el fallo, la mayoría indica que otros precedentes ya han descartado la aplicación de la Cláusula de la Igualdad y que, por lo tanto, “*no está sujeta al escrutinio más intenso que se aplica a tales clasificaciones*” (Dobbs 2022:9-11). Paradójicamente, pese a que el aborto es una cuestión que afecta especialmente a mujeres, personas no binarias úteroportantes y varones trans, la Corte considera “especial” al aborto pero no a población que aborta, escindiendo así la cuestión reproductiva de lxs sujetxs directamente implicadxs. Esta operación de desarticulación de la cuestión del aborto y la discriminación por motivos de géneros<sup>22</sup> no es casual y tiene efectos directos en los estándares de revisión judicial, puesto que se analiza al aborto bajo el estándar de mera racionalidad como en cualquier otro caso de políticas sanitarias, habilitando así la posibilidad de los Estados

de regular la cuestión reproductiva sin la obligación de analizar las leyes que prohíben los abortos desde una perspectiva de géneros.

Cari Jackson (2022) indica que el voto de la mayoría utilizó en Dobbs una forma de manipulación política y simbólica para minimizar los conflictos de poder subyacentes en la eliminación del derecho al aborto, planteando una visión romantizada del nivel y calidad de la participación política de las mujeres y personas LGBT+ en la discusión de sus derechos e ignorando abiertamente el patrón histórico de disparidad económica entre mujeres y hombres. Resalta que el voto de Alito, al sobrevalorar el poder político-simbólico de las mujeres, deja a aquellas que están marginalizadas disputando con recursos limitados dentro de un sistema social que está diseñado para pasar por alto, marginar y controlar sus cuerpos y su trabajo. Esto es especialmente cierto para aquellas que son pobres, racializadas, con discapacidad, con identidades de género no normativas y migrantes.

## CONCLUSIONES

En el presente trabajo trazamos una línea histórica sobre la actividad de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativa a la autonomía personal y la doctrina de la privacidad sobre decisiones reproductivas. Pudimos establecer que Dobbs no es el primer fallo que desarticula la protección constitucional del derecho a la interrupción voluntaria de los embarazos, pero sí es el primero desde Roe que logra -mediante argumentos altamente controversiales- barrer con él y se presenta como punto final a una discusión iniciada hace más de cincuenta años. La decisión activa hoy la prohibición total o parcial del aborto en 13 estados y otros 9 estados tienen leyes que prohíben los abortos después de 6 semanas o leyes promulgadas antes de Roe que prohíben el aborto y nunca fueron eliminadas del plexo legislativo.

Recorrimos los principales argumentos del voto de la mayoría y ofrecimos una mirada crítica, tanto desde la dogmática constitucional como desde una perspectiva material y práctica respecto a los efectos que el fallo importa para la vida de las personas con capacidad de gestar. En particular, planteamos que la “especialidad” del aborto y la “falta de tradición histórica” de la legalidad del aborto constituyen argumentos débilmente contruidos por la mayoría. Dobbs tiene un gran impacto político presentándose como un intento abierto de cuestionar toda una línea jurisprudencial relativa a un aspecto del desarrollo de la autonomía personal y disminuir el estándar de revisión judicial de los actos estatales que regulan la vida privada. Al sopesar el ámbito personal con otros intereses legítimamente protegidos, la Corte habilita un ejercicio discrecional de los Estados para balancear intereses, sin otorgarle a los individuos ningún espacio privilegiado de protección; al bajar el estándar de revisión, esas decisiones de los Estados son -a priori- legítimas, dejando a la autonomía personal prácticamente en jaque.

La eliminación del derecho al aborto podría impactar en las discusiones sobre otras áreas de los derechos personalísimos en Estados Unidos y reconfigurar la capacidad de lobby y legitimidad de los sectores conservadores en la discusión sobre derechos. Pensemos, pues, cómo la doctrina de Dobbs podría afectar los derechos de las personas travestis y trans a autodeterminar sus identidades y sus planes de vida. Si la capacidad de tomar decisiones personales íntimas puede ser limitada por la posible afectación a intereses de tercerxs, la SCOTUS queda peligrosamente cerca de los argumentos de las derechas conservadoras homo- y trans-odiantes, quienes reclaman que los derechos de autodeterminación de las identidades travestis y trans “ponen en peligro” a los intereses de las familias y les niñas y deben ser regulados<sup>23</sup>. Si bien los Estados ya han estado regulando en contra de los derechos de las diversidades sexogenéricas, Dobbs se presenta como un envalentonamiento retórico para que los Estados avancen en esa línea prohibicionista<sup>24</sup>. Organizaciones ya han reconocido el potencial problema que Dobbs presenta para las agendas de los colectivos de las diversidades sexogenéricas, temiendo que su doctrina sirva de justificación para ir hacia atrás en derechos ya reconocidos como matrimonio igualitario y derecho a la contracepción<sup>25</sup>. En efecto, tan solo

días después de conocida la decisión judicial, Estados como Alabama y Texas ya han utilizado la plataforma discursiva desplegada en Dobbs para reclamar la prohibición de transiciones de género<sup>26</sup> y la prohibición de la “sodomía”<sup>27</sup>

A nivel global, también se teme algún nivel de efecto dominó a partir de Dobbs, especialmente en los países donde la legalización del aborto continúa en discusión legislativa y 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, como fue “mi cuerpo mi decisión”. 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.

Particularmente en nuestro país, Dobbs hace resurgir la pregunta acerca del problema federal del aborto. Nuestro arreglo federal y la delegación del financiamiento de las políticas sociosanitarias en las provincias se presenta generalmente como un factor diferenciador obstaculizante para acceder a las prácticas médicas necesarias (Smulovitz, 2015). Así, pese a que en Argentina el acceso al aborto está garantizado a nivel federal, se podrían producir los problemas que hoy se presentan en Estados Unidos (por ejemplo, el diferencial de acceso a las prestaciones médicas, obligando a realizar viajes interdistritales). Si ello sucediera, también resta la pregunta sobre el devenir del acceso al aborto en las provincias si nuestra Corte Suprema le tocara que entender en un caso particular de provincias más conservadoras o con mayor presencia de lobby antiaborto. Estudios muestran que incluso luego de aprobada la ley 27.610, han surgido numerosos cuestionamientos judiciales a nivel provincial así como barreras informales para el acceso a las prácticas por parte de los profesionales de la salud (Cano, 2022). ¿Se volverá mainstream en estas tierras la hasta ahora desconocida chip-away strategy de Alito? ¿Acaso nuestro Tribunal Supremo, en su actual composición, se opondría a reconocer la competencia local? ¿Cómo se conjugaría esta nueva interpretación con los lineamientos de la Ley 27.610?

Finalmente, es importante destacar el legado de movilización que nuestro continente y nuestro movimiento nacional feminista ha aparejado en la discusión sobre el aborto. Se evidencia un giro decolonial en la movilización por el aborto. En este sentido, es importante destacar que la ley de interrupción voluntaria del embarazo en Argentina fue un producto de larga movilización social y que, incluso luego de su aprobación su implementación en muchas provincias es fruto de los esfuerzos y redes construidas previo a la legalización para facilitar el acceso a las prácticas sanitarias (Iturrieta, 2022). Muchas de las representantes legislativas en Estados Unidos están comenzando a reforzar y activar vinculaciones estratégicas en cada distrito. El poder de movilización, pues, se muestra especialmente importante en países con organización federal para difundir información, acompañar y avanzar por una legislación uniforme. Décadas de aprendizajes en varios sectores del mundo, numerosas discusiones y avances teóricos en torno a los feminismos legales logran conformar un paisaje dialógico interesante y se presenta un panorama nada desechable de organización global, orientado a la garantía de la autonomía personal a través de la organización colectiva. Quizás la gran incógnita pasa por el poder de tracción de los nuevos sectores que se conforman alrededor de la discusión por la autodeterminación y la contrahegemonía pero ciertamente se abre una nueva etapa para el avance de los feminismos en la disputa sobre los derechos.

## BIBLIOGRAFÍA:

- Atrey, S. (2022). Feminist constitutionalism: mapping a discourse in contestation. *International Journal of Constitutional Law*, 20(2). <https://academic.oup.com/icon/article/20/2/611/6611796>
- Adams, G. (1997). Abortion: evidence of an issue evolution. *American Journal of Political Science*, 41, 718–737
- Alito, S. J. (1985) Memorandum to the solicitor general. Holdings of the national archives and records administration record group 60, department of justice files of the deputy assistant attorney general, Charles Cooper, 1981-1985.

- Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*. <https://www.archives.gov/files/news/samuel-alito/accesion-060-89-216/Thornburgh-v-ACOG-1985-box20-memoAlitotoSolicitorGeneral-May30.pdf>
- Álvarez, S. (2015). La autonomía personal y la autonomía relacional. *Análisis Filosófico*, XXXV(1), 13-26. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=340042261002>
- Annas, G. J., Glantz, L. H. y Mariner, W. K. (1989). Brief for bioethicists for privacy as amicus curiae supporting appellees. *American Journal of Law & Medicine*, 15(2-3), 169–177.
- Bella, T. (2022). Texas AG says he'd defend sodomy law if Supreme Court revisits ruling. *Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/29/texas-sodomy-supreme-court-lawrence-paxton-lgbtq/>
- Cano, J. E. (2022). Quién(es) decide(n) la IVE. Nuevos contextos y viejos argumentos en el campo jurídico. *Derecho y Ciencias Sociales*, (26). <https://doi.org/10.24215/18522971e099>
- Corte de Apelaciones en lo Criminal de Texas, *Johnson v. State*. Oct 17, 1988. 755 S.W.2d 92 (Tex. Crim. App. 1988)
- Corte Suprema de Carolina del Sur, *State v. McKnight*. Jan 27, 2003. 352 S.C. 635 (S.C. 2003)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Dobbs v. Jackson women's health organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Carey v. Population Services Int'l* 431 U.S. 678 (1977)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health* : 462 U.S. 416 (1983)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Bellotti v. Baird*, 428 US 132 (1976).
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Geduldig v. Aiello*, 417 US 484 (1974).
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Muller v. Oregon*, 208 US 412 (1908)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Obergefell v. Hodges* :: 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *People v. Belous*, 71. Cal. 2d 954, 963, 458 P.2d 194, 199, 80 Cal. Rptr. 354, 359 (1969)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Planned Parenthood of SE Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Poe v. Ullman*, 367 US 497 (1961)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Thornburgh v. American Coll. Of Obst. & GYN*, 476 U.S. 747 (1986)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971).
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1996)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Whitner v. State* - 328 S.C. 1, 492 S.E.2d 777 (1997)
- Dworkin, R. (1993). *Life's dominion: an argument about abortion and euthanasia*. Harper Collins
- Feinberg, J. (1984). *Harm to others*. Oxford University Press.
- Girgis, S. (2022). Dobbs's history and the future of abortion and privacy law. SCOTUSblog <https://www.scotusblog.com/2022/06/dobbs-history-and-the-future-of-abortion-and-privacy-law/>
- Greenhouse, L. y Siegel, R. B. (2012). *Before Roe v. Wade: Voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's ruling*. Yale Law School
- Harman, E. (2003). The Potentiality problem. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, 114(1/2), 173–198.
- Iturrieta, Y. A (2022). Política de aborto en San Juan. Experiencias y desafíos a partir de su legalización. *Derecho y Ciencias Sociales*, (26). <https://doi.org/10.24215/18522971e098>
- Jackson, C. (2022). *The dangers of judicial cherry-picking*. SCOTUSblog. <https://www.scotusblog.com/2022/07/the-dangers-of-judicial-cherry-picking/>

- Kelly, M., Levitt, M. y Dorning, C. (2022). *With Roe overturned, LGBTQ activists worry same-sex marriage is next*. NPR. <https://www.npr.org/2022/06/02/1102491352/abortion-rights-Roe-wade-same-sex-marriage-obefell-leaked-supreme-court>
- Kirk, E., y Skop, I. (2022). *Why the Dobbs decision won't imperil pregnancy-related medical care*. SCOTUSblog, <https://www.scotusblog.com/2022/07/why-the-Dobbs-decision-wont-imperil-pregnancy-related-medical-care/>
- Murray, M. y Luker, K. (2015). *Cases on reproductive rights and justice*. Foundation Press.
- Orrego-Hoyos, G., Carrera, M.L. y Saralegui Ferrante, N. (2020). *Dicen que tuve un bebé*. Siglo XXI Editores.
- Roemer, R. (1971). Abortion law reform and repeal: Legislative and judicial developments. *Clinical Obstetrics and Gynecology*, 14(4), 1165–1180.
- Rubin, G. (1984). Thinking sex: Notes for a radical theory of the politics of sexuality. En C. S. Vance (Ed). *Pleasure and danger: Exploring female sexuality* (pp 267-319). Routledge & Kegan Paul.
- Shivaram, D.(2022). Roe established abortion rights. 20 years later, Casey paved the way for restrictions. NPR. <https://www.npr.org/2022/05/06/1096885897/Roe-established-abortion-rights-20-years-later-Casey-paved-the-way-for-restricti>
- Smulovitz, C. (2015). ¿Quién paga por los derechos en las provincias argentinas? El caso de las leyes de violencia familiar. *Desarrollo Económico*, 55(216), 155–185. <http://www.jstor.org/stable/43894823>
- Truscott, J. y Feldman, A. (2022). *Lengthier opinions and shrinking cohesion: Indications for the future of the Supreme Court*. SCOTUSblog, <https://www.scotusblog.com/2022/07/lengthier-opinions-and-shrinking-cohesion-indications-for-the-future-of-the-supreme-court/>

## NOTAS

- 1 Agradezco enormemente la colaboración de Leticia Jesica Vita y Alejandra Olave Albertini en la discusión del tema.
- 2 Tan solo la reconstrucción de esta línea de precedentes nos llevaría un artículo entero, pero por razones de brevedad y dada la centralidad que adquirió en la discusión sobre el aborto a nivel mundial, nos abocaremos a reseñar la línea principal de Roe. Asimismo, puesto que el objetivo primordial de Dobbs es desarmar la línea construida a partir de Roe, será más sencillo entender el último fallo de la SCOTUS si comprendemos previamente aquello con lo que viene a discutir frente a frente.
- 3 Particularmente en el apartado “Conflict Before Roe - B. Party Realignment: Republican Efforts to Recruit Catholic Votes in the 1972 Presidential Campaign” las autoras reconstruyen cómo el aborto se convirtió en una cuestión de interés nacional en el marco de la campaña presidencial de Nixon, quien puso a la cuestión reproductiva en el centro de la agenda partidaria con el objetivo de captar el voto cristiano del Midwest y el sur estadounidense. Tan solo un año antes la propia administración de Nixon había legalizado el aborto en hospitales militares, pero decidió ir contra su propia decisión con el cambio de campaña. Así, “[e]l cambio de política de Nixon fue parte de un esfuerzo coordinado para usar el aborto como una forma de dividir a los demócratas y obtener el apoyo de los católicos y los conservadores sociales en general” (pp 287)
- 4 Pese a la insuficiencia de este sujeto “universal” para hablar del colectivo de personas con capacidad de gestar y/o personas LGBTIQ+, utilizaré mayoritariamente esta noción para identificar al sujeto activo del derecho al aborto, pues es la que la propia Corte utiliza en sus fallos.
- 5 En palabras de la Corte, se trata de “establecer límites que acomodan intereses en competencia” (draw lines that accommodate competing interests”, in re Dobbs: 5).
- 6 Donde se confirmó una sentencia que condenaba a una persona por homicidio luego de dar a luz un feto muerto por el supuesto uso de estupefacientes durante el embarazo.
- 7 Concepto utilizado por la ciencia médica tradicional para indicar el momento en que se detectan movimientos fetales dentro del útero. Roe cita al diccionario legal de Blackstone para justificar al quickening como momento en que se considera el “inicio de la vida” a nivel legal. Blackstone hacía la siguiente referencia: “La vida... comienza en la contemplación de la ley tan pronto como un niño puede moverse en el vientre de la madre. Porque si una mujer está preñada, y por una poción, o de otra manera, lo mata en su matriz; o si alguno la golpea, con lo cual muere el niño en su cuerpo, y da a luz un niño muerto; esto, aunque no asesinato, era por la ley antigua homicidio u homicidio involuntario. Pero en la actualidad no se considera tan atroz, aunque sigue siendo un delito menor muy atroz”.
- 8 Donde se rechazó el derecho de las parejas unidas en matrimonio para adquirir y usar métodos anticonceptivos, reforzando el fin de la unidad matrimonial centrado en la reproducción

- 9 Reconoce el derecho a una “zona de privacidad” creada mediante diversas garantías constitucionales fundamentales, puesto que “un fin gubernamental de controlar o prevenir actividades constitucionalmente sujetas a la regulación estatal no puede ser lograda a través de medios que barran de forma innecesariamente amplia y por tanto invadan el área de libertades protegidas”. Esta doctrina la retomará Roe como argumento principal; en efecto, el voto mayoritario de Dobbs coincide textualmente con el voto minoritario en Griswold de White y Stewart de cinco décadas atrás.
- 10 Aquí la SCOTUS reconoce germinalmente que el Estado tiene un interés legítimo en regular la cantidad de horas máximas que las mujeres pueden desempeñarse en sus ámbitos de trabajo para cuidar de su salud, puesto que las mujeres son “dependientes de los hombres” y “necesitan cuidados especiales” para que sus derechos sean resguardados, ligando a las mujeres a la capacidad especial de reproducción de la especie humana.
- 11 Aquí, muy poco antes de decidir Roe, la SCOTUS reconoce que existe un “derecho a vivir libre de intrusiones gubernamentales ilegítimas en asuntos que afectan en forma tan fundamental a las decisiones personales, tales como la de llevar a término o no un embarazo”
- 12 Paradójicamente, aquí SCOTUS establece que si bien las mujeres tienen derechos especiales por su capacidad reproductiva, ello no confiere una protección especial del derecho antidiscriminatorio por género y por tanto las políticas sobre embarazo no merecen un escrutinio especial más allá de la razonabilidad. Este razonamiento es confirmado en *General Electric Co v. Gilbert* (1976).
- 13 “Ninguna persona en los Estados Unidos, por motivos de sexo, será excluida de la participación, se le negarán los beneficios o será objeto de discriminación en virtud de ningún programa educativo o actividad que reciba asistencia financiera federal”
- 14 *American College of Obstetrics & Gynecology v. Thornburgh* (1984), *Diamond v. Charles* (1984) y *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* (1983).
- 15 Bajo Roe, se usó un marco trimestral para establecer estándares sobre cuándo se podría restringir un aborto. En el primer trimestre del embarazo, el aborto no tenía restricciones. En el segundo trimestre, se le permitió al estado agregar algunas restricciones pero no prohibir los abortos en interés de la salud de la mujer embarazada. En el tercer trimestre, el feto se considera viable, pudiendo el Estado reglamentar o proscribir el aborto en interés del feto, excepto cuando fuere necesario para preservar la vida o la salud de la persona embarazada.
- 16 La opinión de la mayoría de Dobbs fue la tercera opinión más larga de la Corte Suprema desde el comienzo del período 1946-47
- 17 Es la primera vez que esto sucede en la historia de la Corte Suprema <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>
- 18 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
- 19 “La enumeración en la Constitución, de ciertos derechos, no se interpretará en el sentido de negar o menospreciar otros retenidos por el pueblo.”
- 20 El problema de la solución judicial a las discusiones de derechos fue claramente expuesto por la minoría en *Obergefell v. Hodges*: “Pero hoy la Corte pone freno a todo eso [con este fallo]. Al decidir esta cuestión conforme a la Constitución, la Corte la sustrae del ámbito de la decisión democrática. Habrá consecuencias por cerrar el proceso político en un tema de tan profundo significado público. Cerrar el debate tiende a cerrar las mentes. Las personas a las que se les niega una voz tienen menos probabilidades de aceptar el fallo de un tribunal sobre un tema que no parece ser el tipo de cosas que los tribunales suelen decidir”
- 21 Los estados pendulares son aquellos estados en disputa (battleground states) porque no tienen un candidato claro en las encuestas. También son llamados estados púrpuras porque no son claramente mayoritariamente demócrata (azul) ni mayoritariamente republicano (rojo).
- 22 Por ejemplo, mediante la doctrina del impacto desproporcionado ya reconocida por la jurisprudencia estadounidense.
- 23 <https://www.dejusticia.org/con-mis-hijos-no-te-metas-no-a-la-ideologia-de-genero/>
- 24 Incluso antes de Dobbs, la comunidad LGBTQ+ era un objetivo de la legislatura estatal liderada por los republicanos de Kentucky. A principios de este año, los legisladores de este estado y alrededor de una docena más, incluidos Tennessee y West Virginia, aprobaron leyes que prohíben la participación de niñas y mujeres transgénero en los deportes. <https://wfpf.org/Dobbs-decision-could-harm-the-lgbtq-community-advocates-say/>
- 25 <https://www.npr.org/2022/06/02/1102491352/abortion-rights-Roe-wade-same-sex-marriage-obergefell-leaked-supreme-court>

- 26 En un informe, el fiscal general de Alabama argumentó que los tratamientos de transición de género no están "profundamente arraigados en nuestra historia o tradiciones" y, por lo tanto, el estado tiene la autoridad para prohibirlos  
<https://www.npr.org/2022/07/03/1109613520/alabama-abortion-rights-gender-affirming-care-law>
- 27 <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/29/texas-sodomy-supreme-court-lawrence-paxton-lgbtq/>