

# Retroceder nunca. Rendirse jamás

Angélica Peñas Defago y Edurne Cárdenas vuelven desde América Latina sobre el fallo de la Corte norteamericana que revocó la protección constitucional al aborto. En este artículo repasan las líneas argumentales ante las que los jueces del norte retrocedieron. Pero señalan cómo ante esos mismos planteos las Cortes mexicana y colombiana, avanzaron. Proponen recuperar la idea de justicia reproductiva de las feministas negras norteamericanas, ya que no hay acceso a los derechos sexuales y (no) reproductivos si no atendemos las múltiples dimensiones que hacen a la realidad concreta, histórica y situada de la población.



**ANGÉLICA PEÑAS DEFAGO  
EDURNE CÁRDENAS**

agosto 6, 2022

El 24 de junio se publicó la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *DOBBS vs. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION*, que revocó el fallo *Roe vs. Wade* (1973), y luego *Planned Parenthood vs. Casey* (1992). Ambos establecían que el aborto en Estados Unidos es un derecho protegido por la constitución bajo la cláusula del derecho a la intimidad.

En las últimas semanas mucho se ha escrito sobre esta decisión, incluso antes de su publicación oficial, ya que el borrador del voto de la mayoría fue conocido de manera extraoficial meses antes. Desde entonces se multiplicaron las protestas y manifestaciones en diversas ciudades de Estados Unidos, siempre teñidas de verde, un verde que llegó al país del norte -y a otros países-, como ejemplo de luchas y resistencias de los feminismos argentinos.

Esta decisión era esperada, no solo por la filtración del voto de la mayoría, sino porque es la expresión de una nueva mayoría en la Corte Suprema de EEUU constituida bajo un gobierno que demostró poco respeto por el estado de derecho. Y sobre un tema que en los últimos años viene siendo fuertemente disputado por diversos conservadurismos: el derecho a decidir de las personas con capacidad de gestar.

Desde 1973 el fallo Roe marcó un punto de inflexión en las discusiones globales sobre derechos sexuales y (no) reproductivos y, en particular, sobre el derecho al aborto. Los argumentos de la Corte norteamericana en esa decisión y sus subsiguientes, en especial en Casey, fueron por años considerados antecedentes clave para impulsar los debates hacia la legalización del aborto y el avance de los derechos humanos en otros países. No obstante, casi 50 años después del fallo Roe, da un paso atrás, con los ojos puestos en el pasado. Un pasado -dicho sea de paso- donde las mujeres y otras muchas personas no eran consideradas sujetos de derechos plenos.

“[...] el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y tradiciones de la Nación. Por el contrario, una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo pena de castigo criminal persistió desde los primeros días del *common law* hasta 1973” (voto del juez Alito de la mayoría. La traducción es propia).

La Corte norteamericana dice que no tiene como objetivo prohibir el aborto de manera general, sino dejar en manos de los estados federales la posibilidad de regularlo. Así, establece un país que no es igual para todos: la “suerte” de las personas con capacidad de gestar para desarrollar sus proyectos de vida, planificar sus futuros, disfrutar de sus derechos sexuales y (no) reproductivos dependerá del lugar en el que vivan, o en el mejor de los casos, de que cuenten con los recursos necesarios para trasladarse a otro estado donde sí se reconozcan sus derechos.

Este fallo no se da en el vacío. En Estados Unidos los retrocesos de los derechos sexuales y (no) reproductivos vienen siendo evidentes en la última década, limitándose las condiciones de acceso y garantía de la práctica en más de media docena de Estados (ver Guttmacher Institute). El reciente fallo potenció esas medidas, reportándose al menos una docena de Estados en los que ya se han presentado proyectos de ley para prohibir el aborto o limitarlo a casos excepcionales, en tanto diversos tribunales estatales tomaron el mandato de la Corte Suprema para fallar en concordancia en casos pendientes. Si bien el voto en disidencia en el caso Dobbs menciona como antecedentes importantes las reformas encaminadas a la liberalización del aborto en América Latina, de modo muy general, creemos que los procesos que posibilitaron las reformas hacia la legalización del aborto en nuestra región dan luces para seguir pensando y desafiando escenarios de avances de agendas conservadoras, como las que plantea el reciente fallo en Estados Unidos.

En particular, queremos rescatar en este comentario uno de los múltiples enfoques y estrategias que los feminismos latinoamericanos vienen desarrollando como parte de las acciones de movilización social y despliegue de diversos activismos: el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas. Si bien las tradiciones jurídicas de los países difieren, nos resulta interesante reflexionar sobre la importancia del enfoque de derechos humanos porque fue una de las herramientas clave en la lucha por el derecho al aborto en nuestra región.

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado a lo largo de los años especificando el alcance de los derechos y obligaciones de los Estados. Así por ejemplo, el Sistema Universal de Derechos Humanos, a través de la labor de los órganos de tratados y de los procedimientos especiales, ha ido generando estándares que permitieron aclarar el alcance de los derechos humanos en los contextos concretos de implementación. No debemos olvidarnos de la arena de las feministas en la

Conferencia de Derechos Humanos de Viena en 1993: los derechos humanos de las mujeres son derechos humanos.

Hoy en día no hay dudas de que los derechos sexuales y (no) reproductivos son derechos humanos y que por ello merecen que los Estados los protejan, promuevan, garanticen y respeten. El principio de progresividad y no regresividad, propio de los Derechos Económicos Sociales, Culturales y Medioambientales, que incluye el derecho a la salud, no puede ser leído o pensado por fuera de los derechos a la libertad y a la igualdad.

De esto no parece dar cuenta la Corte de EEUU en su voto de la mayoría, pero sí por los votos de la disidencia cuando mencionan que no hay libertad sin igualdad, lo cual se grafica, en parte, con los datos que estos votos proveen: “La prohibición del aborto aumenta la mortalidad materna en un 21%; las mujeres blancas enfrentan un aumento del 13% en la mortalidad materna, mientras que las mujeres negras enfrentan un aumento del 33%. Sólo el 20% de lxs trabajadorxs del sector privado tienen acceso a licencia familiar remunerada, incluido sólo el 8% de lxs trabajadorxs en el cuartil inferior de lxs asalariadxs” (traducción propia del voto de disenso de BREYER, SOTOMAYOR, y KAGAN, JJ.).

La penalización del aborto y la falta de acceso adecuado a los servicios de aborto seguro constituyen una clara discriminación basada en el sexo, en contravención con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), tal como expresó un grupo de Expertes de Naciones Unidas en un comunicado que se publicó en respuesta al Fallo Dobbs. En este punto es importante recordar que Estados Unidos es parte de 3 de los 9 Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre los que se encuentran el PIDCP y la Convención contra la Tortura. El Comité CEDAW, órgano compuesto por personas expertas para supervisar el cumplimiento de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), remarcó en el comunicado que publicó en ocasión de este fallo “la necesidad de Estados Unidos de saldar su histórica deuda y ratificar el Tratado que firmó en 1980”.

## **Estrategias desde América Latina para el reconocimiento y la protección de derechos**

Algunas de las preguntas que se plantea la Corte norteamericana en el fallo Dobbs fueron también abordadas en nuestra región. Creemos que las diferencias en las respuestas dadas por las altas Cortes y los Congresos en diversos países de Latinoamérica no pueden dissociarse de los años de lucha y movilización política, legal y social que llevaron adelante los movimientos desde el Sur. Sólo a modo de ejemplo, rescataremos algunos de estos avances normativos y jurisprudenciales que permitieron legalizar el aborto: México y Colombia, a través de fallos de sus altas Cortes, y la Argentina a través de una Ley Nacional.

El 7 de septiembre de 2021 la Suprema Corte de Justicia de México resolvió por unanimidad de diez votos que es inconstitucional criminalizar el aborto de manera absoluta y se pronunció a favor de garantizar el derecho de las mujeres y personas gestantes a decidir, sin enfrentar consecuencias penales. Debido a que esta decisión fue

votada por unanimidad, su jurisprudencia es obligatoria para todos los jueces en México; tanto federales como locales.

Como los Estados Unidos, México es una república federal y cada estado tiene la facultad de dictar su propio código penal. Este fallo tiene una trascendencia histórica y no sólo para el contexto mexicano, dado que aporta a una serie de debates sociales, políticos y legales que los movimientos de mujeres, feministas y de derechos humanos vienen sosteniendo en las últimas décadas en torno al aborto. Debates, realidades y miradas que la Corte norteamericana en Dobbs parece ignorar, al menos en los votos de la mayoría.

Uno de ellos remite a las pautas básicas que deben guiar las decisiones y la labor judicial, esto es, la perspectiva de género y derechos humanos. Como bien señala Laura Pautassi (2021) la transversalidad en la que se basa el enfoque de derechos humanos es en gran parte depositaria de años de luchas y experiencias de los movimientos feministas, de mujeres y personas LGBTTIQ+ quienes al abordar las causas múltiples e históricas de las desigualdades señalan la necesidad de promover acciones que atraviesen lo público/estatal en su integralidad, aspectos en los que los tribunales de justicia tienen un rol, y en muchos casos una deuda, de urgente abordaje.

En esta línea, la Corte mexicana explícitamente reconoce la importancia de incorporar estas perspectivas que ayudan a: “detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, implica juzgar a partir de las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad” (Párr. 6). Como parte de los antecedentes que informan esta perspectiva, la Corte mexicana recupera lo establecido por el Comité CEDAW en su Recomendación General n° 35: “Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante” (Párr. 18).

Otro punto clave del fallo mexicano, que marca una diferencia crucial respecto de la mayoría en Dobbs, remite a las interpretaciones de la Constitución. Mientras en Dobbs el voto de la mayoría sostiene que la pregunta clave es: “si el derecho (al aborto) está “profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición” (traducción propia), la Corte en México considera que para emitir su decisión se debe considerar: “el contexto propio, actual, respondiendo por un lado a los cambios y a la dinámica cultural de la sociedad mexicana; teniendo sus bases generales en los principios fundamentales que definen al Estado Mexicano: democracia, laicidad, pluralidad, la propia vocación social de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de una narrativa de derechos humanos y desde la razón pública” (Párr. 49).

La base desde donde se interpretan los textos constitucionales también fue objeto de señalamientos de parte del voto en disidencia en Dobbs, cuando cuestionan a quiénes el tribunal supremo considera bajo la idea de “el pueblo” en la Enmienda 14 por medio de la cual la Corte en 1973 reconoce la protección constitucional al derecho al

aborto. “¿Qué derechos tenían en la cabeza esas ‘personas’ en ese momento? el ‘pueblo’ no ratificó la Decimocuarta Enmienda. Los hombres lo hicieron. Por lo tanto, quizás no sea tan sorprendente que los ratificantes no estuvieran perfectamente sintonizados con la importancia de los derechos reproductivos para la libertad de las mujeres, o para su capacidad de participar como miembros iguales de nuestra Nación” (traducción propia de la disidencia de BREYER, SOTOMAYOR y KAGAN, JJ.).

Los riesgos de una interpretación constitucional que sólo mira a un pasado en el que amplias franjas de la población no eran consideradas sujetas de derechos, también fueron considerados en 2022 por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-055-22 que despenalizó el aborto en todos los supuestos hasta las 24 semanas de gestación. En este fallo la Corte colombiana recuperó la historia constitucional de ese país respecto del aborto pero para tomar un rumbo totalmente diferente al de la Corte de Estados Unidos en Dobbs.

Si bien la Corte Constitucional colombiana hace mención a que en la historia legal de su país la tipificación del aborto como delito se remonta a el primer Código Penal de 1837, en su fallo estima que la regulación debe revisarse a la luz de marcos sociales actuales, dado que: “la representación de la mujer en las instancias legislativas por aquella época era nula”. En este fallo, la Corte colombiana señala lo errado de una lectura que considere la historia del aborto en el derecho penal de manera aislada de las condiciones históricas de quienes eran sujetxs de derechos en ese momento. Determina además, que para decidir sobre la regulación del aborto se debe considerar cómo su penalización impacta de manera diferencial en determinados sectores de la población, por ejemplo, en mujeres que se encuentran en situación de migración irregular.

Las miradas interseccionales de los derechos humanos, fuertemente promovidas por los movimientos de mujeres y feministas, sobre todo del sur global, nos permiten ver cómo las mujeres y otrxs sujetxs racializadxs quedaban por fuera tanto de las ideas de “pueblo” como de la de “sujetxs de derechos” en la historia constitucional en la mayoría de nuestro países. Además nos plantean múltiples desafíos en cómo pensamos las democracias actuales y el ejercicio de ciudadanías plenas en sociedades con profundas deudas respecto de la idea de libertad y muy fundamentalmente respecto de la igualdad y equidad real de derechos y oportunidades.

Pensar que todas las personas con capacidad de gestar están en las mismas condiciones para decidir su plan de vida ante un embarazo no deseado no es sólo falaz desde esta idea de revisionismo histórico sino además frente a los hechos concretos que demuestran cómo las condiciones de raza, migración, condición de empleo, capacidad, clase, entre otros, afectan de manera directa el acceso a los derechos sexuales y (no) reproductivos.

La reforma legal por medio de la cual el aborto se legalizó en 2020 en Argentina es otro ejemplo para ver la integralidad del reclamo por el reconocimiento de ciudadanías plenas que reconozcan el derecho a decidir como parte de los derechos humanos. Así, el texto de la Ley 27.610 explícitamente funda el derecho al aborto en los derechos que están contenidos en una serie de Tratados de derechos humanos: “en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de

creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias (Art. 3º)´.

## **Otros tiempos, otros faros, las mismas luchas**

Tal vez sea tiempo de aunar aún más los esfuerzos entre las activistas del sur y el norte global y poner en el centro del debate las propuestas de justicia reproductiva que las feministas negras norteamericanas comenzaron a desarrollar en los años '90. Una crítica a nociones de derechos sexuales y reproductivos que no consideran las múltiples dimensiones que hacen a la realidad concreta, histórica y situada en la que viven amplias franjas de la población (Roberts, 1997; Harcourt, 2009).

La ausencia de miradas de derechos humanos, de género, interseccionales y progresivas en el fallo Dobbs hace más urgente que nunca considerar diferentes estrategias, legales, políticas, socio-culturales, para visibilizar y dismantelar las injusticias reproductivas en las que viven las personas por su pertenencia social, económica, racial, condición de migrantes, sin olvidar que muchas de ellas están interconectadas a debates como los vinculados a cuestiones medioambientales, desplazamiento forzado, vinculadas con la realidad concreta de cada comunidad. Porque cuando hablamos de derechos humanos, hablamos de indivisibilidad e interrelación y el aborto, como parte de los derechos sexuales y (no) reproductivos es un derecho humano.

### **Bibliografía**

- Harcourt, Wendy (2009) *Body Politics in Development: Critical Debates in Gender and Development*. Londres: Zed Books.
- Pautassi, Laura (2021) *La agenda de género a nivel regional: prácticas, enfoques y estrategias*. En: Herrera, Marisa, De la Torre, Silvia E. Fernández, y Videtta, Carolina (Coord.). *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Ed.
- Roberts, Dorothy (1997) *Killing the Black Body: Race, Reproduction and the Meaning of Liberty*. New York: Vintage Books.