

Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo Dobbs para el jurista de hoy

por URSULA C. BASSET^(*)

Sumario: 1. AUGE Y CRISIS DEL NUEVO DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y SU RELACIÓN CON EL CASO *DOBBS*. – 2. LA GÉNESIS DE LA *CRITICAL SOCIAL JUSTICE*, FUENTES Y PROBLEMAS. 2.1. UNA DEFINICIÓN. 2.2. LA EMPATÍA CON LOS GRUPOS MARGINADOS, UN PUNTO DE PARTIDA. 2.3. LA IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO DE BOURDIEU Y LA DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA O ESTRUCTURAL. 2.4. NANCY FRASER Y LA IMPORTANCIA DE ACENTUAR LA “DIFERENCIA”. 2.5. EL LENGUAJE COMO INSTRUMENTO DE GRUPOS HEGEMÓNICOS. LA IMPORTANCIA DE LA POLICÍA DE LAS PALABRAS COMO MEDIO PARA ERRADICAR LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL. 2.6. RESPECTO DE LA “IDENTITY POLITICS” Y LAS TEORÍAS DEL RECONOCIMIENTO SOCIAL Y GRUPAL. 2.7. INTERSECCIONALIDAD Y FRAGMENTACIÓN. 2.8. ASPECTOS EPÍSTÉMICOS: POSMETAFÍSICA Y POSESTRUCTURALISMO. 2.9. LA HERMENÉUTICA DE LA SOSPECHA HEGEMÓNICA FRENTE A LA CRÍTICA. – 3. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA *CRITICAL SOCIAL JUSTICE THEORY*. 3.1. EL PRINCIPIO CIENTÍFICO DE LA CSJT. 3.2. EL PRINCIPIO POLÍTICO DE LA CSJT. 3.3. CUATRO ASPECTOS QUE IMPACTAN EN EL FALLO *DOBBS*. – 4. POR QUÉ EN ARGENTINA MUCHAS DE ESTAS IDEAS IMPREGNAN ACRÍTICAMENTE LA REFLEXIÓN JURÍDICA. – 5. EL FALLO *DOBBS* Y SUS INQUIETANTES SUGERENCIAS PARA UN DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO ACRÍTICO. 5.1. A PARTIR DEL PRINCIPIO CIENTÍFICO, LAS PARADOJAS DEL VOTO DE LA MAYORÍA, LAS PECULIARIDADES DEL VOTO DE LA MINORÍA. 5.2. EL PRINCIPIO POLÍTICO DE LA TEORÍA: LAS ACUSACIONES CRUZADAS. 5.3. UNAS PALABRAS DE CONCLUSIÓN: LA TEORÍA Y LA HEGEMONÍA.

1. Auge y crisis del nuevo derecho antidiscriminatorio y su relación con el caso *Dobbs*

Desde hace unos años se desarrolla una nueva concepción del derecho antidiscriminatorio que, consciente o

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *Aborto e ideología*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS, ED, 287-514; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por MARÍA INÉS FRANCK, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y LUCÍA CAMPO, ED, 286-586; *Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE y ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 288; *¿Existe un “derecho al aborto”?*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS y ELIANA DE ROSA, ED, 289-945; *El Gobierno promueve el aborto adolescente*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 289-1450; *Análisis del proyecto de legalización del aborto 2020 y del proyecto de cuidado integral de la madre y el niño*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 289-1466; *Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional*, por RICARDO BACH DE CHAZAL, ED, 289-1519; *Sobre la resolución del Parlamento Europeo en torno al caso “Dobbs”*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297; *Contexto del fallo Dobbs y de la derogación del derecho constitucional a abortar en Estados Unidos*, por LIGIA DE JESÚS CASTALDI, ED, 297; *Análisis preliminar del fallo “Dobbs” de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones (UCA). Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia (UCA). Directora del Proyecto UCACYT: “Discriminación estructural y sistémica y violencia simbólica contra la mujer”.

inconscientemente, ha ganado el terreno de la reflexión jurídica. En algunos ámbitos está tan arraigada que conforma una suerte de inconsciente colectivo que preside, invisible, toda aprehensión de la realidad jurídica. Se trata de la teoría crítica de la *Social Justice*⁽¹⁾, que describimos en la próxima sección, y que está en la matriz de todos los debates contemporáneos sobre la discriminación.

Esta teoría, por su misma dinámica, está en crisis. Probablemente, uno de los principales problemas de la crisis del nuevo derecho antidiscriminatorio haya sido precisamente su creciente obviedad, su carácter indiscutible y acrítico, que le impide la oxigenación del saludable debate académico. Hay una suerte de efecto rebote del pensamiento que se forma como una espiral: se convierte en tornado, y termina distanciándose de la praxis, y, en consecuencia, de las personas y sus derechos humanos, que eran la razón de ser de su narrativa. Es el momento en que la teoría se transforma en ideología y pierde así su funcionalidad epistémica.

¿Por qué sostenemos que *Dobbs*⁽²⁾ es una muestra de esa puesta en crisis? Porque, a favor o en contra de lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Dobbs* es la muestra palpable de una forma de concebir el derecho antidiscriminatorio que es paradójicamente, y al mismo tiempo, su contradicción.

Es decir, que *Dobbs* revela un agotamiento discursivo y las inconsistencias a las que lleva una forma de concebir la igualdad que se enreda en sus propias palabras⁽³⁾. De ahí que, frente al “*linguistic turn*” o giro hacia lo textual propio del nuevo derecho antidiscriminatorio, crecientemente se comience a replantear la necesidad de un “*empirical turn*” o, más bien, pensamos nosotros, en un giro pragmático⁽⁴⁾ que reconduzca al derecho discriminatorio a su finalidad originaria: la máxima universal de la primacía de la persona y el carácter secundario del derecho, y la vinculación entre ambos por vía del reconocimiento intransigente de esa primacía de la persona y de sus consecuencias en la vida social.

2. La génesis de la *Critical Social Justice*, fuentes y problemas

Es difícil conceptualizar un movimiento que es multifacético y pleno de matices en pocas líneas. Sin embargo, a riesgo de simplificar demasiado, y siguiendo a algunos de sus principales teóricos, algo se puede decir.

2.1. Una definición

Un libro de referencia aporta la siguiente definición de *Social Justice*:

“La *Social Justice* es necesariamente amplia e inclusiva de estudios históricos y críticos”⁽⁵⁾.

“El estudio de la *social justice* debe atender a cuál sea el significado de la justicia y si acaso la justicia es accesible o no dentro de una variedad de contextos sociales. Como seres humanos, existimos necesariamente en contextos sociales”.

“Discernir si esos mundos son justos es una tarea compleja. En una primera aproximación, estudiar la *social justice* debe comenzar con un examen acerca de cómo surgen concepciones hegemónicas y no hegemó-

(1) Como explicamos más abajo, mantenemos el inglés para diferenciarlo de la Justicia Social, que tiene otro significado en la cultura nacional argentina.

(2) Thomas E. Dobbs, *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners v. Jackson Women’s Health Organization, et al.*, (2022)597 U. S. ____ (2022) (slip op.).

(3) El “*rights talk*” tan denunciado por Mary Ann Glendon en Glendon, M. A., *The Rights Talk. The impoverishment of all political discourse*, New York, Free Press, 1993.

(4) O’Cinneide, C. y Liu K., “Defining the limits of discrimination law in the United Kingdom: Principle and pragmatism in tension”, *International Journal of Discrimination and the Law*. 2015;15(1-2):80-100. doi: 10.1177/1358229114558544.

(5) Conservamos el original inglés deliberadamente, para diferenciarlo del concepto de justicia social, que tiene otra valencia en Argentina.

nicas de la justicia, acerca de cómo son selectivamente institucionalizadas, y cómo se aplican formal e informalmente, qué personas y/o grupos son privados de sus mandatos formales; y, finalmente, como corregir esas desviaciones⁽⁶⁾.

2.2. La empatía con los grupos marginados, un punto de partida

La *Critical Social Justice Theory* (CSJT, en inglés, para no confundirla con la justicia social, así como se entiende en Argentina) tiene, como punto de partida, de una parte, una empatía y sensibilidad con los grupos más marginados en la vida social, que es sumamente loable. Es muy importante la referencia a los grupos, pues no se trata de identidades individuales, sino de políticas de identidad diferencial grupal. De otra parte, la afirmación, no comprobada, de que el sistema internacional de los derechos humanos sostiene involuntaria o voluntariamente siempre formas invisibles de privilegio y discriminaciones estructurales y que por ello está herido de origen.

2.3. La importancia del pensamiento de Bourdieu y la discriminación sistémica o estructural

Las teorías del sociólogo Pierre Bourdieu fueron esenciales para esta deriva. Bourdieu habla de una discriminación invisible, sistémica y estructural que no permite que el debate democrático discurra en términos paritarios⁽⁷⁾. El debate parece democrático, pero en realidad es una apariencia, porque esconde formas drásticas de disparidad que resultan invisibles porque son generalmente aceptadas. El aporte de Bourdieu es agudo e innegable, pero ¿era lícito absolutizarlo sin más?

La opción por la absolutización de la teoría de Bourdieu pone en cuestión todo discurso sobre los derechos humanos y pone en crisis el sistema de protección de derechos universal que se afianza desde la posguerra.

Si todo discurso sobre los derechos humanos está radicalmente transido de privilegios hegemónicos, eso significa inevitablemente poner en duda no solo los derechos humanos declarados, pactados y convenidos, sino también cualquier nuevo discurso sobre los derechos humanos que también podría estar viciado de origen por nuevas hegemónicas, incluso las que la CSJT considera aceptables o correctas. Cada nuevo privilegio tendrá su propio impacto cultural y teñirá con su hegemonía su producción en materia de derechos humanos.

Es decir, es una teoría que, absolutizada, se vuelve contra sí misma. No parece reflejar el propósito de Bourdieu, quien más bien parece haber querido señalar formas de desigualdad que requerían conciencia, no la de la deconstrucción total del sistema. La visión deconstructivista y antisistémica es siempre autofagocitaria.

2.4. Nancy Fraser y la importancia de acentuar la "diferencia"

Otra gran fuente de la CSJT es Nancy Fraser, quien, tomando elementos de Bourdieu y de las teorías críticas de la escuela de Fráncfort formuló una teoría integrada de la justicia⁽⁸⁾. Su punto de partida es un abordaje del derecho antidiscriminatorio acentuando la "diferencia" por sobre la igualdad, apoyada en una crítica a las teorías del reconocimiento del canadiense Charles Taylor y el alemán Alex Honneth⁽⁹⁾. Fraser señala la necesidad de acentuar y reconocer la diferencia por sobre la igualdad, pues habría un impacto desproporcional de las políticas de la igualdad por la discriminación invisible estructural si no se visibilizara y acentuara la diferencia⁽¹⁰⁾.

(6) Capeheart, L., "Introduction", en Capeheart, L. y Milovanovic, D. (ed.) *Social Justice. Theories, Issues and Movements*, New Jersey, Rutgers University Press, 2007, pp. 1-2.

(7) Sobre todo en Bourdieu, P., *La Distinction. Critique Sociale du Jugement*, Paris, Les Editions de Minuit, 1979. La ilación con la CSJT es propuesta por Lovell, T. (ed.), *(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice. Nancy Fraser and Pierre Bourdieu*. Londres, Routledge, 2007. Véase el desarrollo de los conceptos marco del libro, especialmente.

(8) Fraser, N. y Honneth, A., *Redistribution and Recognition*, New York, Verso, 2003, pp. 110 y ss. Y Lovell, *(Mis) recognition...*, cit., pp. 66 y ss.

(9) Aquí es necesario ver Honneth, A., *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, MIT University Press, 1995.

(10) Lovell, T., *(Mis)recognition...*, cit. Véase también Capeheart, L. y Milovanovic, D. (ed.), *Social Justice. Theories, Issues and Movements*, New Jersey, Rutgers University Press, 2007, pp. 125 y ss., que mencionan también a Gilles Deleuze, Richard Rorty y Jean-François Lyotard.

2.5. El lenguaje como instrumento de grupos hegemónicos. La importancia de la policía de las palabras como medio para erradicar la discriminación estructural

Fraser incorpora también los aportes del "cultural turn" o "linguistic turn" del posestructuralismo⁽¹¹⁾, especialmente de Jacques Derrida⁽¹²⁾. A diferencia de otras corrientes de derecho antidiscriminatorio (tomando elementos, pero también apartándose de la escuela de Fráncfort), llama a no reducir el problema de la discriminación a explicaciones meramente económicas, sino a integrar la idea de una discriminación estructural y sistémica que suponga un análisis de las estructuras lingüísticas.

El lenguaje plasma una forma de entender la vida social, y si esta vida social está impregnada de las distinciones invisibles de Bourdieu, entonces es necesaria una crítica del lenguaje, principal herramienta de la cultura.

Es así como la CSJT incorpora como herramienta la policía del lenguaje: una revisión siempre recomenzada de los giros lingüísticos, tratando de escrutar dónde puede estar escondiéndose una discriminación velada. Como consecuencia, una pieza clave de la CSJT es la vigilancia del lenguaje, ya sea creando nuevas expresiones más sensibles a y empáticas con los grupos invisibilizados o marginados, que da lugar al desarrollo del lenguaje inclusivo; ya sea denunciando los usos que considera discriminatorios.

2.6. Respeto de la "identity politics" y las teorías del reconocimiento social y grupal

Ya aquí, hay otro tanto para acotar. El reconocimiento social, así como lo planteaba Charles Taylor⁽¹³⁾, en el marco de su sensibilidad al contexto multicultural canadiense, o Alex Honneth, con su propio contexto de la escuela de Fráncfort, contiene en sí una idea valiosa que se recibe en el sistema universal de derechos humanos: la del reconocimiento. Esa idea del reconocimiento está presente en varias formulaciones. Por ejemplo, la idea del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la prohibición de toda discriminación al respecto⁽¹⁴⁾.

La mayoría de los Preámbulos de Declaraciones, Pactos y Convenciones parte de la idea del "reconocimiento" de la igual dignidad y de otros atributos de la persona humana⁽¹⁵⁾ que pueden considerarse prejurídicos, preexistentes al derecho y, por ello, inalienables. Algo que, veremos, entra en crisis si el mismo concepto de persona humana o los grupos sociales a que refieren los tratados son objeto de una deconstrucción lingüística del derecho formulada por grupos hegemónicos viejos o nuevos.

Por otra parte, si bien el acento en la diferencia es algo sumamente valioso, pone en crisis la universalidad de los derechos y la dimensión personal-social del ser humano. La "identity politics", como señala el académico francés Amin Maalouf⁽¹⁶⁾, es no solo levantar a grupos que se autoexcluyen recíprocamente en un conflictivismo social y jurídico que se inflama (y que aleja de la igualdad), sino, también, poner al individuo en conflicto con su propia riqueza plural de la propia identidad, que lo hace único, y desmembrarlo para disolverlo en anonimato de varios grupos identitarios, eventualmente opuestos. Así, una mujer pobre e indígena, debería oponerse al feminismo de clase media alta que no la representa. Por otro lado, se provoca una fragmentación al infinito en los mismos movimientos antidiscriminatorios.

2.7. Interseccionalidad y fragmentación

Es la tesis que está en la raíz de la interseccionalidad⁽¹⁷⁾. La interseccionalidad tiene muchos méritos, entre ellos,

(11) Sobre esto, Lovell, T. (ed.), *(Mis)recognition...*, cit., p. 15.

(12) Aunque el mismo Derrida explica que su noción de "il n'y a pas de hors-texte" es bastante más profunda e implica una narratividad de lo real en la inteligencia humana, más que una reducción de lo real a la narración. Véase Derrida, J. y Nielsberg, J. A., "Entretien avec Jacques Derrida - Penseur de l'événement", *L'Humanité* 28 janvier, 2004. (Agradecemos al padre Cristián Ramírez, antiguo profesor de la casa, habernos llamado la atención sobre este reportaje).

(13) Taylor, C., "The politics of recognition" en Taylor, C. (ed.), *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*, New Jersey, Princeton University Press, 1994, pp. 25 y ss.

(14) Art. 6, DUDH; art. 16, PIDCP; art. 3, CADH. La DADDH en el art. XVII dice que toda persona tiene derecho a que se la tenga por sujeto de derechos y obligaciones. Pero también sostiene en su preámbulo que "todos los hombres nacen libres e iguales".

(15) Por ejemplo, DUDH, PIDCP, PIDESC, CIDN, DADDH, CADH, entre muchos otros.

(16) Maalouf, A., *Identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, pp. 16 y ss.

(17) Crenshaw, K., "Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color", 43 *Stan. L. Rev.* 1241 (1990-1991).

el más importante es haber captado la discriminación múltiple. Sin embargo, la interseccionalidad exacerbada plantea dificultades. Ahí se manifiestan los riesgos de un derecho antidiscriminatorio que tienda a crear nichos de adversarialidad social sobre la base de antagonismos basados en la explicación conflictivista de la historia (que es una de muchas teorías explicativas de lo social, no la única). Puede terminar reforzando la lógica del “ghetto” y no la búsqueda de una interacción social crecientemente igualitaria, que ha constituido el norte de todos los tratados de derechos humanos. Puede victimizar, en lugar de reforzar la integración igualitaria y así se aleja del objetivo utópico que persigue la misma teoría.

Es, otra vez, el problema de la desmesura de la teoría. Advertir la diferencia, reconocerla y fortalecer a sujetos vulnerables es un aporte sumamente valioso. Incluso a través de una saludable crítica del lenguaje. El exceso se puede ver en un ejemplo: el de las paradojas de la desmesura. Entre quienes perciben un patriarcado omnipresente y recurren a la policía del lenguaje, que deriva, en algunos casos, en una deconstrucción del lenguaje consistente en borrar la diferencia sexual⁽¹⁸⁾. Este mecanismo invisibiliza a las mujeres que el patriarcado venía a oprimir, ahogando su lucha. Conlleva necesariamente una autodestrucción de la misma lucha antidiscriminatoria: la invisibilización de la mujer no es la invisibilización de todos por igual y el arribo a una sociedad igualitaria: es un mito que deja sin respuesta a miles de desigualdades subsistentes⁽¹⁹⁾ y sacrifica a la mujer real en el altar de la narrativa⁽²⁰⁾.

2.8. Aspectos epistémicos: posmetafísica y posestructuralismo

Por último, siempre aportando apenas unos pocos trazos de una teoría muy compleja y matizada, otra de las fuentes de la CSJT es precisamente el relativismo posmetafísico de la posmodernidad. La idea de fondo es importantísima por la repercusión que tiene en el ámbito académico. Sus lineamientos principales se expresan transparentemente en la siguiente cita de Roy Bhaskar:

“Doy considerable importancia a la distinción entre el principio de ‘relatividad epistémica’, es decir que todas las creencias son producidas socialmente, y por eso el conocimiento es transitorio y no existen valores de verdad o criterios de racionalidad fuera del tiempo histórico; y, la doctrina de la crítica relativista, que sostiene que todas las creencias son igualmente válidas, en el sentido de que no hay motivos racionales para preferir una por sobre otra”⁽²¹⁾.

El conocimiento es transitorio, “las creencias son producidas socialmente” y no existen valores de verdad, según la realidad epistémica; o la teoría crítica relativista, en la que “no hay motivos racionales para preferir una teoría sobre otra”. Un conocimiento epistémico que no tiene un criterio de validación y que se entiende como una producción social es un producto también político, y por eso susceptible a lo hegemónico. De ahí que, en la CSJT, la producción sistémica sea catalogada a dos lados: quienes adhieren y quienes discrepan. Quienes discrepan son quienes se oponen y son sospechados. La ciencia es más una cuestión de creencia que de debate.

2.9. La hermenéutica de la sospecha hegemónica frente a la crítica

Si bien las teorías de Bhaskar representan una crítica al posestructuralismo en las ciencias sociales y un intento de reconducir la ciencia al “realismo” (crítico), la posibilidad de elegir criterios y valores de verdad no existentes más allá de un contexto histórico y sin referencia objetiva, se tradujo en un tropo de la metodología de las ciencias

(18) Escribimos sobre esto en nuestra nota de opinión Basset, U. C., “‘Todes’ nos invisibiliza a todas, *La Nación*, Buenos Aires, 2021, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/todes-nos-invisibiliza-a-todas-nid02092021/> (fecha de consulta: 23/7/2022).

(19) Lorber, J., “Using gender to undo gender. A feminist degendering movement”, *Feminist Theory*, Londres, 2000, p. 79 y ss.

(20) Witt, C., *The Metaphysics of Gender*, New York, Oxford University Press, 2011, p. xi y ss. del prefacio. La autora, mientras escribía su libro, tomó la costumbre de preguntar a sus colegas sobre su propio género (filósofos en general). La conclusión que extrajo de las respuestas es la siguiente: “It is hard to resist thinking about a question that both has an obvious answer and ought not be asked, that is both politically suspect, and not a philosophical question at all”.

(21) Bhaskar, R., *Scientific Realism and Human Emancipation*, Bristol, Verso, New Left Books, p. 72 (la traducción es nuestra).

sociales como un problema del discurso hegemónico⁽²²⁾. Integrando esta dimensión epistemológica de la CSJT con los descriptores anteriores, la teoría crítica se transforma en indiscutible. Cualquier discusión o contradicción a la CSJT despierta lógicamente la sospecha de estar inficionada de una matriz de “privilegio” que la informa. Es la hermenéutica de la sospecha, de la que hablaba Umberto Eco⁽²³⁾. La teoría se cierra, así, sobre sí misma y se transforma en inexpugnable. Si A afirma que la teoría es cuestionable, luego A es cuestionable. Cualquier crítica será demolida con un argumento, que en realidad es una falacia lógica: la falacia *ad personam*.

Vemos así que los postulados básicos de la CSJT tienen sugerencias valiosas para el derecho antidiscriminatorio, pero su desmesura tiene consecuencias por las que paga un precio demasiado alto: embrionariamente contiene un impulso autodeconstructivo y, en definitiva, auto-destructivo.

3. Algunos problemas de la *Critical Social Justice Theory*

Últimamente, se han consagrado diversos ensayos a analizar el impacto de la *Social Justice*. Una de las críticas de más impacto fue la obra de Helen Pluckrose y James Lindsay⁽²⁴⁾. Los autores hacen un profundo análisis de las teorías críticas. Vale la pena señalar algunos aspectos que interesan. Para ambos autores, la teoría crítica es esencialmente una teoría posmoderna, que se basa en un principio científico y en un principio político.

3.1. El principio científico de la CSJT

El principio científico es el escepticismo radical acerca de la posibilidad de conocer y un compromiso con el constructivismo cultural. Este movimiento priva de la validación al conocimiento científico y lo vincula con movimientos de poder académico.

Por otra parte, conceptos como el de “injusticia epistémica”⁽²⁵⁾, “opresión epistémica”⁽²⁶⁾ y “justicia epistémica”⁽²⁷⁾ como virtud institucional han sido proyectados, luego, para analizar grupos identitarios que deberían ser favorecidos en ciertos ámbitos académicos. Desde luego que estos desarrollos son enormemente valiosos y aplicables en todo ámbito y para toda forma de exclusión o injusticia científica.

Este principio también se presta a expresiones desmesuradas. En su libro *The Epistemology of Resistance*, José Medina entiende que los científicos que pertenecen a determinados grupos privilegiados están “*epistemically spoiled*” (epistemológicamente estropeados). Pertenecer a un grupo oprimido es, en cambio, “epistémicamente virtuoso” pues aporta por definición humildad, curiosidad y diligencia y apertura⁽²⁸⁾. José Medina habla desde las teorías poscolonialistas.

Finalmente, es difícil estar en desacuerdo con la Teoría. Barbara Applebaum, una pedagoga, escribe “[e]l mero hecho de que alguien cuestione la existencia de la opresión sistémica es una función de su privilegio, que los lleva a elegir ignorar las discusiones en torno a la violencia sistémica o no”⁽²⁹⁾.

3.2. El principio político de la CSJT

El principio político tiene cuatro temas: la convicción de que la sociedad está formada por sistemas de poder y jerarquías que deciden quién puede conocer y qué puede

(22) Así en Fraser, por ejemplo. Véase Lovell, *(Mis)recognition...*, cit., p. 4.

(23) Eco, U., *I limiti della interpretazione*, Milano, La Nave de Teseo, 2016, p. 130. Allí habla de la “*interpretazione sospettosa*”. También Ricoeur, P., *De l'interpretation. Essai sur Freud*, Paris, Editions du Seuil, 1965, habla del trío de la “*école du soupçon*”. Son maestros de la sospecha Marx, Nietzsche y Freud, cuyas teorías impiden toda crítica, porque incorporan la hermenéutica de la sospecha, que las coloca más allá del alcance de toda contradicción.

(24) Pluckrose, H. y Lindsay, J., *Cynical Theories*, Durham, Pitchstone Publishing, 2020.

(25) Frick, M., *Epistemic Injustice. Power and Ethics of Knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

(26) Dotson, K., “Conceptualising Epistemic Oppression”, *Social Epistemology A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, Volume 28, 2014 - Issue 2.

(27) Anderson, E., “Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions”, *Social Epistemology A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, Volume 26, 2012 - Issue 2: Epistemic Injustice.

(28) Medina, J., *The Epistemology of Resistance. Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 30-32.

(29) Applebaum, B., cit. en Pluckrose, L., *Cynical...*, cap. 8.

conocerse, el poder del lenguaje, el relativismo cultural y la pérdida del individuo y de los universales⁽³⁰⁾.

3.3. Cuatro aspectos que impactan en el fallo *Dobbs*

Este elenco de cuestiones y problemas de la CSJT deriva en al menos cuatro cuestiones que impactan en el fallo *Dobbs*:

- *Desplazar a las ciencias jurídicas de su referente de validación*, y transformarlas en instrumentos de poder en manos de grupos hegemónicos.

- *Generar un énfasis en la victimización* a través de explicaciones con pretensión de totalidad (ideologías), que parten del presupuesto absoluto de la opresión y el conflicto de grupos.

- *Establecer una primacía de lo discursivo* (del signo lingüístico y su articulación) por sobre el denotado (la persona humana) en los derechos humanos. Como el lenguaje es una herramienta de poder cultural, el reconocimiento depende de la deconstrucción hegemónica, y no de un paso atrás del derecho frente a la dignidad preexistente del ser humano y de los grupos sociales prejurídicos.

- *Creación de guerras culturales*. Una necesaria ruptura de la amistad social y del lenguaje común, que es percibido con la hermenéutica de la sospecha.

4. Por qué en Argentina muchas de estas ideas impregnan acriticamente la reflexión jurídica

La reflexión jurídica en Argentina está invisiblemente impregnada de estas ideas, constituyéndose así la Teoría en un nuevo discurso hegemónico privilegiado.

Muchas de las capacitaciones obligatorias que deben realizarse en ámbitos oficiales son epistemológicamente “injustas”, pues presentan a la CSJT y sus derivados no como una teoría que deba someterse al debate y crítica, frente a otras alternativas, sino como una verdad única a la que debe adherirse indiscutidamente. Por eso, los críticos de la Teoría se refieren a ella como un credo. Si no se responde a los cuestionarios con las respuestas de adhesión, no es posible aprobar capacitación y los funcionarios quedan fuera de carrera.

Este dato no es un dato a celebrar por sus proponentes. En forma invariable, los sistemas epistémicos cerrados, terminan causando un efecto rebote silencioso, al principio, y luego explícito.

5. El fallo *Dobbs* y sus inquietantes sugerencias para un derecho antidiscriminatorio acrífico

En esta sección, sobre la que el lector puede guardar un cierto escepticismo o desconcierto, se proponen tres ataques:

- El primero, a partir del *principio científico*, pensar las paradojas argumentales del fallo, en el que el voto de la mayoría inviste algunos argumentos que parecen tomados de argumentaciones relativistas para contrariar argumentos de la Teoría Crítica, que es epistémicamente relativista y relativista crítica.

- El segundo, a partir del *principio político* de la CSJT recorrer en un breve elenco de reacciones, el impacto político del fallo, especialmente la crítica a la mayoría conservadora, la radicalización de posiciones y la acusación de que el fallo abre una guerra cultural en Norteamérica.

- El tercero es simplemente un *balance personal*, que lleva a concluir que, a partir de la misma estructura lógica argumentativa de la Teoría Crítica, tal vez sea la Teoría Crítica la que hoy incurra en discursos hegemónicos discriminatorios. No obstante, por su misma dinámica, es incapaz de advertirlo.

5.1. A partir del principio científico, las paradojas del voto de la mayoría, las peculiaridades del voto de la minoría

El fallo *Dobbs* aparece, en una primera lectura, como una conquista en la lucha por el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano en el estado de Mississippi, toda vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos entiende que está dentro de la potestad de cada estado regular el acceso al aborto, ya que no hay un derecho al aborto bajo la Constitución de los Estados Unidos. Resulta, por tanto, legítima la medida que restringe la mayoría de los abortos después de las 15 primeras semanas de embarazo.

Lo curioso es que la opinión de la mayoría rehúsa pronunciarse sobre el derecho a la vida del ser humano no nacido (aunque es verdad que le da entidad al argumento del sufrimiento fetal a partir de la semana 15, expresado por un testigo experto, y a la vida potencial o fetal). Pese a ello, ha sido fuertemente resistido por grupos pro aborto.

El nuevo precedente sostiene que cada estado puede decidir por vía de votación cómo regular la cuestión. El voto mayoritario desliza en sus argumentos, parecería que no sin un dejo de ironía, que las mujeres son votantes más comprometidas que los hombres, y que por eso está en sus manos decidir cómo se regulará el aborto en cada estado. Este poder político de la mujer (probablemente menos palpable en 1973, cuando se decidió el caso *Roe*⁽³¹⁾, que ahora se revierte), no parece haber traído serenidad a los grupos pro aborto. Ni siquiera cuando una reciente encuesta de Gallup de 2022 en Estados Unidos informa que el 61% de las mujeres se identifican como “*pro choice*” mientras que apenas un 33% de ellas se identifica como “*pro vida*”⁽³²⁾.

En cuanto a los derechos de las mujeres, el voto de la mayoría parece extremadamente cuidado, y redactado con guiños a la Teoría Crítica. Por ejemplo, al citar tres precedentes que fueron revocados por la Corte con anterioridad al fallo *Roe*, comienza por la referencia al fallo *Brown v. Board of Education*, el fallo de 1954⁽³³⁾, que fulminó la potestad de los Estados de mantener escuelas con segregación racial bajo la doctrina del *separate but equal*, revocando el precedente que regía la materia (*Plessy v. Ferguson*⁽³⁴⁾) desde 1896.

La mayoría encuadra, siguiendo a *Roe*, la cuestión a decidir bajo el derecho a la libertad de la mujer⁽³⁵⁾, y no bajo el derecho a la no discriminación (*Roe* tampoco lo hacía). El disenso de Breyer, Sotomayor y Kagan tiene un tono fuerte. Comienza diciendo que, hasta este momento, el estado no había expropiado de la mujer el derecho a decidir (el aborto del hijo). La mayoría, sin embargo, le da a la mujer el derecho a decidir con su voto en cada estado, considerando a la mujer un sujeto político poderoso (como vimos en las estadísticas de Gallup). La minoría, en cambio, considera que el aborto debe estar pre-decuido por los jueces en su fallo⁽³⁶⁾. Un paternalismo involuntario, en algún sentido.

Otro interesante guiño a la Teoría del voto mayoritario es el plural que niega los universales, tan difundido en nuestro ámbito local⁽³⁷⁾. La mayoría dice que es difícil hablar del efecto de aborto en la mujer, porque hay muchas mujeres. La referencia a la interseccionalidad y su fragmentación está implícita. Los distintos casos apelan a las Cortes para que examinen el efecto en las mujeres “pero la regulación puede tener un impacto muy diferenciado en las diversas mujeres por una variedad de razones incluyendo el lugar de residencia, los recursos financieros, las situaciones familiares, el trabajo, las obligaciones personales, el conocimiento sobre el desarrollo fetal y el aborto, la disposición psicológica y emocional y la firmeza de su propósito de llevar a cabo el aborto”⁽³⁸⁾. La Corte no está en condiciones de decidir cuándo el impedimento al aborto es sustancial, porque no sabe sobre qué mujeres está decidiendo... Adviértase el énfasis en conceptos que venimos de estudiar, y que son de la Teoría: el énfasis en la diferencia y en la fragmentación de las mujeres, y la negación de los universales. Mientras que la minoría enfatiza los casos más dramáticos en los que la mujer entra en conflicto con su embarazo, dando por sentado que con el fallo de la Corte el giro de la democracia llevará a regulaciones más restrictivas. En una cosa tienen razón

(31) 410 US 113 (1973).

(32) Véase: Gallup, “Abortion Trends by Gender”, mayo 2022, disponible en <https://news.gallup.com/poll/245618/abortion-trends-gender.aspx> (fecha de consulta: 23/7/2022).

(33) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

(34) 163 U.S. 537 (1896).

(35) “*With this new theory addressed, we turn to Casey’s bold assertion that the abortion right is an aspect of the ‘liberty’ protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*”, *Dobbs*, p. 11.

(36) “*The point of a right is to shield individual actions and decisions from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts*”, *Barnette*, 319 U.S., at 638; *supra*, at 7. “*However divisive, a right is not at the people’s mercy*”, *Dobbs*, disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 32. El aborto no es “democrático”, según este criterio.

(37) “*Infancias*”, “*familias*”, “*discapacidades*”...

(38) De la opinión de la mayoría en el fallo *Dobbs*, p. 58 (la traducción es nuestra).

(30) Pluckrose, L., *Cynical...*, cit., cap. I.

mayoría y minoría. Según el Guttmacher Institute, hacia el 2014, el 75% de las mujeres que se practicaban abortos lo hacían en un contexto de falta de recursos: eran pobres o muy pobres⁽³⁹⁾. Es verdad que el aborto golpea más en la pobreza. Son los pobres los que no tienen hijos con las legislaciones liberales.

Valdría la pena seguir con varios párrafos contrastados. Es imposible continuar un análisis de esa profundidad en una contribución que es ya demasiado larga. En todo caso se advierte ya que la Teoría resultó un arma de doble filo, y no es seguro que eso sea una buena noticia para ninguna de las dos caras de la moneda.

5.2. El principio político de la Teoría: las acusaciones cruzadas

Entre las acusaciones que sufrió el fallo de la mayoría, fue resonante la que acusó a los jueces de ceder a presiones políticas. Con cita del precedente *Planned Parenthood v. Casey* (1992)⁽⁴⁰⁾, el disenso minoritario de Breyer, Sotomayor y Kagan recuerda que “[u]na decisión que revocara *Roe* sería percibida como hecha ‘bajo fuego’ y como ‘rendirse ante la presión política’⁽⁴¹⁾. Esa nos parece una buena descripción”. Rápidamente se fuga el discurso distrayendo la atención sobre una acusación que no se le escapa a nadie: la minoría no cree que la mayoría haya respetado la ley con su voto, sino que obra por “presión política” de poderes hegemónicos (la minoría provida, carácter minoritario que quienes están a favor del aborto no dejan de recalcar). Lo curioso es que el voto minoritario ahora defiende sostener el *stare decisis* cuando en otros casos favorece una interpretación innovadora, sobre todo cuando se trata de ampliar derechos. Una minoría que se vuelve conservadora del estado de cosas.

La acusación de una guerra de culturas resulta de la mayoría de los diarios, en general alineados con el voto de la minoría. Es, sin embargo, muy interesante la recopilación de opiniones que hace uno de los *blogs* más influyentes de Estados Unidos, el *Político*. Entrevista a referentes de ambos lugares de la grieta y a posiciones intermedias. La mayoría de quienes se oponen al *holding* de *Dobbs* acusan a la mayoría de la Corte de haber abierto una herida profunda en la sociedad norteamericana⁽⁴²⁾. Algunos incluso señalan que los grupos provida no estarán tranquilos hasta que el aborto resulte prohibido.

Es curioso, porque lo mismo sucede de la parte favorable al aborto, que pujó hasta obtener un “derecho al aborto” y puja permanentemente por eliminar toda restricción. Es remarcable que Ruth Bader Ginsburg, la famosa jueza de la Corte Suprema, que activamente defendió los derechos de la mujer y que era públicamente favorable al aborto, hubiera lamentado *Roe*: “Mi crítica hacia *Roe* es que pareció haber detenido un momento de cambio”, dijo Ginsburg. Ella hubiera preferido que los “derechos al aborto” se hubieran asegurado más gradualmente, en un proceso que incluyera las legislaturas y las cortes⁽⁴³⁾.

(39) Guttmacher Institute, “Abortion Patients More Likely to be Poor in 2014 than in 2008”, 10/5/2016, disponible en <https://www.guttmacher.org/news-release/2016/abortion-patients-more-likely-be-poor-2014-2008> (fecha de consulta: 27/7/2022).

(40) 505 U.S. 833 (1992).

(41) *Dobbs*, disidencia de Breyer, Sotomayor y Kagan, p. 56.

(42) Véase “20 Ways the Supreme Court Just Changed America”, *politico.com*, 25/6/2022. Disponible en <https://www.politico.com/news/magazine/2022/06/25/post-roe-america-roundup-00042377> (fecha de consulta: 23/7/2022).

(43) Véase el reportaje que se le hiciera en la Universidad de Chicago con ocasión de los 40 años de *Roe*: Heagney, M., “Justice Ruth Bader Ginsburg Offers Critique of *Roe v. Wade* During Law School Visit”, *The University of Chicago Law School*, 15/5/2013, disponible en <https://www.law.uchicago.edu/news/justice-ruth-bader-ginsburg-offers-critique-roe-v-wade-during-law-school-visit> (fecha de consulta: 23/7/2022).

5.3. Unas palabras de conclusión: la Teoría y la hegemonía

Nadie duda, porque es contra el sentido común hacerlo, que lo que engendran dos células reproductivas humanas que se unen es un ser que pertenece a la especie humana, es decir, un ser humano. De acuerdo con el art. 6 de la DUDH y el 16 del PIDCP, todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de la personalidad jurídica. Un ser humano, después de las tragedias de las grandes guerras, tiene siempre, en todas partes, sin excepción, derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y por eso, el acceso a la ciudadanía en derechos humanos.

Que no se le reconozca personalidad jurídica al ser humano durante el período de gestación, simplemente porque está en el vientre materno, es decir que no se le reconozca ciudadanía en materia de derechos humanos, obedece sencillamente al privilegio adulto: los adultos se arrogan el derecho, que delegan en las madres, de decidir cuáles de esos seres humanos tienen su vida protegida por el derecho y cuáles no. Es una cuestión de sencillo poder hegemónico deconstructivo de una cláusula jurídica de protección que no deja lugar a duda en cuanto a su literalidad.

Si a eso le sumamos los aportes de la interseccionalidad, sabemos que determinados grupos abortan más que otros y deciden menos que otros. La misma ley que se funda en el derecho a decidir no deja decidir, pues deja a la mujer sin opciones (los efectos tienen prohibido ofrecérselas, bajo las mayores amenazas de penas)⁽⁴⁴⁾. Un cierto feminismo radical tiene ante los ojos un solo tipo de mujer y no las muchas mujeres. No es interseccional. Es el feminismo que tiene privilegios que hace valer, generalmente privilegios asociados a una clase social y un estatus. En su discurso, las otras mujeres son valiosas herramientas discursivas, pero rara vez tienen derechos reales. El caso más palpable es el de Tartagal, en donde una mujer se negó a que le practicaran un aborto, la médica lo practicó contra la voluntad de la madre, la niña nació viva y apareció muerta en un desecho. La médica, hoy acusada penalmente, es defendida por movimientos feministas. La madre, sola, sin su hija, pobre y marginada, no tiene voz.

El problema de la Teoría es que fracasa por sus mismos presupuestos. No solo porque puede ser un recurso válido para contradecirse a sí misma, como lo prueba el fallo *Dobbs*, sino, sobre todo, porque se olvida del sentido mismo de los derechos humanos, que es la protección de todo ser humano sin discriminación de ningún tipo, ni siquiera la del hecho de haber nacido o no. Más bien al contrario, a mayor dependencia, mayor deber de protección.

VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - ABORTO - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - MINISTERIOS - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL

offers-critique-roe-v-wade-during-law-school-visit (fecha de consulta: 23/7/2022).

(44) Ley 27.610, B.O. 15/1/2021.