

LA REGULACIÓ DE L'AVORTAMENT: REFLEXIONS ENTORN DE LA SENTÈNCIA DOBBS*

Pau Bossacoma Busquets**

Resum

El debat sobre l'avortament sol desfermar una forta controvèrsia moral, política i jurídica. Aquest article ofereix un conjunt de reflexions filosòfiques, polítiques i, sobretot, jurídiques entorn de la flamant i polèmica sentència *Dobbs* del Tribunal Suprem dels Estats Units d'Amèrica, la qual revoca la famosa sentència *Roe v. Wade*. Veurem les diferents opinions dels membres del tribunal i la possible rellevància de la religió per a explicar aquest brusca canvi jurisprudencial, tot evocant la importància de la separació església-estat. Com que *Dobbs* retorna als parlaments estatals el poder de regulació que havien perdut amb *Roe*, explorarem la relació entre el federalisme i el paper dels tribunals. Tot seguit, ens preguntarem qui està legitimat per a adoptar una teoria sobre la vida. Hom respondria els parlaments i votants en conjunt, mentre que altri contestaria els tribunals i les embarassades de manera individual. Atès que *Dobbs* s'aparta radicalment d'una de les sentències més cèlebres de la jurisprudència nord-americana, tractarem la vinculació del precedent judicial. Com a reflexió final, s'adverteix que una regulació que desmereixi el valor de la vida pot conduir a normalitzar i banalitzar l'avortament i, progressivament, també l'infanticidi.

Paraules clau: avortament; dret a decidir; dret a la vida; Tribunal Suprem; precedent judicial; infanticidi.

THE REGULATION OF ABORTION: REFLECTIONS ON THE DOBBS OPINION

Abstract

The debate on abortion often entails great moral, political and legal disagreements. This article provides a number of philosophical, political and, above all, legal thoughts around the recent and controversial opinion of the US Supreme Court on Dobbs, which overrules the famous Roe v. Wade decision. It looks at the different opinions of the justices and the possible significance of religion in explaining this brusque jurisprudential change, while recalling the importance of the separation between Church and State. As Dobbs has returned to State legislatures the law-making powers they had lost with Roe, we explore the relationship between federalism and the role of the courts. Next, we address the question on who is legitimately entitled to adopt a "theory of life": some might say the legislatures and the voters as a whole, whereas others would answer the courts and pregnant women as individuals. Given that Dobbs represents a radical departure from one of the most well-known cases in the history of the United States of America, we also reflect on the binding nature of judicial precedent. As a final consideration, the paper warns that a regulation downplaying the value of life may lead to a normalisation and banalisation of abortion and, progressively, infanticide too.

Keywords: abortion; right to decide; right to life; Supreme Court; judicial precedent; infanticide.

* L'autor agraeix les converses amb J. J. Moreso, Joan Vergés, Mark Tushnet, Víctor Ferreres, Carles Viver, Guillermo Ormazabal, Raquel Xalabarder, Albert Lamarca, Josep Capdeferro, Emma Diez, Narcís Pérez, Maya Diekmann, Carles Ros i Núria Busquets. També són d'agrair els comentaris i suggeriments de les revisions anònimes de la revista.

** Pau Bossacoma Busquets, professor dels Estudis de Dret i Ciència Política a la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Can Jaumandreu. Rambla del Poblenou, 156, 08018 Barcelona. pbossacoma@uoc.edu.  [0000-0003-1912-812X](https://orcid.org/0000-0003-1912-812X).

Article rebut el 23.09.2022. Avaluació cega: 01.10.2022 i 17.10.2022. Data d'acceptació de la versió final: 12.01.2023. Actualitzat el 12.05.2023.

Citació recomanada: Bossacoma Busquets, Pau. (2023). La regulació de l'avortament: reflexions entorn de la sentència *Dobbs*. *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 155-170. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3875>

Sumari

- 1 Introducció: el cop de timó
 - 2 Cinc relats, tres solucions
 - 3 Ser o no ser catòlic: és aquesta la qüestió?
 - 4 La separació del cel i la terra
 - 5 La perspectiva federal del debat
 - 6 El poder dels tribunals i la interpretació dels preceptes constitucionals
 - 7 Qui té legitimitat per a adoptar una teoria sobre la vida?
 - 8 Les virtuts de la doctrina del precedent
 - 9 Motius per a revocar el precedent
 - 10 Restricció de l'avortament i llibertat de moviment
 - 11 Nonats, homes i poders públics
 - 12 De l'avortament a l'infanticidi: un perillós pendent relliscós?
- Referències

1 Introducció: el cop de timó

El reconeixement d'un dret ampli a l'avortament sovint s'ha relacionat amb les democràcies liberals avançades, però aquesta relació no sembla necessària ni lliure de polèmica. La Xina i Corea del Nord disposen de les regulacions més permissives sobre l'avortament que es coneixen en dret comparat. Juntament amb el Vietnam, Singapur, els Països Baixos, Islàndia i el Canadà, es troben entre els pocs països que permeten l'avortament no terapèutic després de les vint setmanes de gestació.¹

Els Estats Units d'Amèrica han format part d'aquesta avantguarda però, després de la recent sentència *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (en endavant, *Dobbs*) del Tribunal Suprem federal, la regulació de l'avortament resta en poder dels seus diversos parlaments. En efecte, aquesta flamant sentència de 24 de juny de 2022 rebutja la cèlebre sentència *Roe v. Wade* de 1973 (en endavant, *Roe*), que és probablement la resolució més coneguda del Tribunal Suprem nord-americà: no només als EUA, sinó també a la resta del món (Dworkin, 1994, p. 102). En essència, *Roe* impedia prohibir l'avortament fins arribat el tercer trimestre de l'embaràs, moment en el qual el tribunal estimà que el fetus esdevenia viable fora del ventre de la mare.

En les democràcies liberals, el debat sobre l'avortament tendeix a desfermar una forta polèmica moral, política i jurídica. Amb la sentència *Dobbs*, aquest debat ha reprès vigència i intensitat dins i fora dels EUA. En general, les grans línies jurisprudencials de l'esmentat tribunal solen creuar oceans. Amb agilitat, Moreso (2022) es preguntà per la influència que podria tenir sobre el Tribunal Constitucional espanyol i el seu judici sobre la [Llei orgànica 2/2010](#) de la interrupció voluntària de l'embaràs, un cas pendent de resoldre des de fa més d'una dècada.²

Mentre que el Tribunal Constitucional espanyol fa temps que hauria d'haver afrontat aquest debat (que contrasta amb la celeritat amb la qual ha confrontat molts dels casos relacionats amb el "Procés")³, el Tribunal Suprem nord-americà ha acceptat la constitucionalitat d'una llei de 2018 sobre el temps de gestació (*Gestational Age Act*) aprovada pel parlament de l'estat de Mississipí, tot considerant que la constitució federal no es posiciona sobre l'avortament.

Diria que els alts tribunals, per bé que no estan pendents de l'opinió pública com els polítics, també estan atents a l'impacte social de les seves resolucions i del capital social del qual gaudeixen. Altrament dit, resten influenciats, condicionats o preocupats pel nivell d'acceptació o refús de les seves resolucions, i procuren preservar l'autoritat de la institució i els seus membres. Tot i que es diu que solen ser òrgans independents o contra-majoritaris, no viuen d'esquena als ciutadans i llurs representants.

2 Cinc relats, tres solucions

A partir de cinc relats i tres solucions diferents, els nou membres del Tribunal Suprem embarquen el lector en la interminable però apassionant discussió sobre la regulació de l'avortament. Al llarg de més de dues-centes pàgines, s'aborden importants arguments històrics, empírics i teòrics sobre la protecció i punició de l'avortament.

L'opinió del Tribunal Suprem és escrita pel magistrat Samuel A. Alito i secundada per Amy Coney Barrett, Neil M. Gorsuch, Brett M. Kavanaugh i Clarence Thomas. Els dos darrers emeten opinions concurrents que, a grans trets, també consideren que cal revocar la famosa sentència *Roe*, així com la seva més important continuadora *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* de 1992 (en endavant, *Casey*).⁴ Aquestes sentències havien reconegut un dret constitucional a l'avortament, però tots els magistrats suara

1 A l'Europa occidental es tendeix a convergir cap a l'avortament lliure durant el primer trimestre, una tendència que també sembla global. Aquestes dades consten a la sentència *Dobbs* (part I de l'opinió del tribunal i, més concretament, nota 15). Vegeu també [The World's Abortion Laws](#).

2 El 9 de maig de 2023, el Ple del Tribunal Constitucional [ha desestimat](#) el recurs d'inconstitucionalitat contra l'esmentada llei orgànica, la qual havia estat reformada per la [Llei orgànica 1/2023](#).

3 Vegeu, entre d'altres, Ferreres (2014) i Bossacoma (2018).

4 Fixem-nos, tanmateix, que *Roe* es decideix 7 contra 2 però que, dues dècades més tard, els magistrats queden dividits 5 contra 4 a *Casey*.

esmentats neguen que la Constitució federal es posicioni sobre aquesta qüestió tan controvertida i retornen, doncs, la plena potestat reguladora sobre aquesta matèria als poders legislatius.

En contra, els magistrats Stephen G. Breyer, Elena Kagan i Sonia Sotomayor emeten una opinió dissident, en la qual defensen *Roe* i *Casey*. Fan aquesta defensa a partir del valor fonamental de la doctrina de la vinculació del precedent, mentre rebutgen la necessitat de recórrer a la història per a identificar els drets constitucionals implícits que argüeix la majoria. Tractarem ambdós temes en apartats posteriors.

Davant d'aquestes dues solucions antitètiques (abrogar completament *versus* mantenir fidelment el precedent judicial), el magistrat John G. Roberts, president del tribunal, proposa una solució intermèdia basada en mantenir el dret constitucional a l'avortament però donant més marge de maniobra als legisladors estatals. Més concretament, suggereix eliminar el “criteri de la viabilitat” (que comentarem més endavant) i acceptar, així, la constitucionalitat de la llei enjudiciada. La seva proposta es fonamenta en el respecte del precedent judicial i la necessitat de contenció judicial (*judicial restraint*): “If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more.”

Sovint la prudència i contenció dels tribunals de justícia pel que fa al control de constitucionalitat de les lleis es vinculen al respecte i la deferència enfront dels poders polítics i, en especial, del poder legislatiu. Una mena de deferència a fi de limitar l'excés d'activisme, intervenció o interferència judicial. Tanmateix, l'opinió del president Roberts evidencia que la contenció judicial també pot operar en el si del poder judicial i davant dels propis precedents judicials. El seu clam a favor de la contenció judicial hauria, de fet, reduït l'àmplia potestat reguladora que *Dobbs* acaba retornant als poders polítics i, més concretament, als parlaments estatals.

En general, diria que les virtuts passives dels tribunals a les quals es referia Alexander A. Bickel (1986) no només serveixen per a protegir els dominis dels poders polítics, també poden servir perquè el poder judicial construeixi o desconstrueixi de manera gradual i prudent la seva jurisprudència. Potser el fer i desfer progressiu de la pròpia doctrina és una de les claus que haurien de distingir la manera judicial de crear dret de la manera política de crear-ne. Tal com veurem, la integritat, coherència i estabilitat són algunes de les claus que justifiquen la doctrina de la vinculació del precedent, i aquestes mateixes claus pot ben ser que requereixin o recomanin gradualitat i prudència a l'hora de reformar aspectes cabdals del *case law*, dret d'origen judicial fruit de la resolució de casos concrets.

3 Ser o no ser catòlic: és aquesta la qüestió?

En general, les opinions dels ciutadans sobre l'avortament solen estar relacionades amb les seves creences religioses. En aquest sentit, diversos comentaristes imputen el cop de timó jurisprudencial al fet que la majoria de membres del Tribunal Suprem són catòlics.⁵ Tanmateix, hauríem de tenir en compte que la magistrada Sotomayor, tot i ser catòlica (com a mínim, catòlica cultural), signa el vot discrepant. La religió dels magistrats no sembla determinar, doncs, els seus parers jurídics, com tampoc no ho fa el seu sexe, tal com mostra el vot de la magistrada Barrett.

També convé tenir present que el president Roberts, malgrat ser catòlic practicant, feu un vot particular moderat que proposa mantenir el dret constitucional a l'avortament i rebutjar només el criteri de la viabilitat. Aquesta posició del *chief justice*, més prudent que la de la majoria, hauria permès respectar, en bona mesura, el precedent judicial i, alhora, concedir més marge als legisladors estatals.

Al capdavant, el fet de ser catòlic (practicant o no) es mostra compatible amb el respecte del controvertit precedent judicial que estableix un dret constitucional a l'avortament, tot i estar a les seves mans la capacitat de revocar-lo. La combinació que podria explicar, condicionar o influenciar significativament el vot és quan es mesclen el ser cristià practicant, home i conservador.

Ara bé, mentre que un terç dels magistrats del Tribunal Suprem de *Dobbs* són dones, tots eren homes en temps de *Roe* i només hi havia una dona en temps de *Casey*. D'altra banda, com que l'etiqueta de conservador està

⁵ Vegeu, entre d'altres, l'article de Marcia Coyle (2022) i l'entrevista de Manuel Ruiz a Lawrence Friedman (2022).

vinculada amb l'opinió sobre l'avortament, pot comportar un cert grau de circularitat. És a dir, ser conservador augmenta la probabilitat de votar pro vida, i tal vot comporta sovint ser titllat de conservador.

4 La separació del cel i la terra

El Tribunal Suprem està minant la separació entre església i estat, sosté [Lawrence M. Friedman](#) (Ruiz Rico, 2022). No tinc clar que en el cas que ens ocupa sigui així i, més important, em temo que no convé a les confessions religioses que sigui així. Aquesta separació pot ben ser una de les claus per a entendre el triomf de la religiositat i, concretament, del catolicisme als EUA, malgrat que històricament ha existit una certa desconfiança, sospita i, fins i tot, hostilitat davant de l'Església catòlica.⁶

Un cèlebre catòlic del vell continent, [Alexis de Tocqueville](#) (1835, capítol XVII), després d'haver conversat amb diverses confessions religioses als EUA i especialment amb mossens catòlics, observà que hi havia un ampli consens sobre el fet que la separació de l'església i l'estat contribuïa al domini pacífic de la religió. Aquesta és l'explicació que ofereix: quan la religió intenta obtenir un poder que no li pertany –per exemple, formant una aliança amb el poder polític–, s'arrisca a perdre la seva legítima esfera d'autoritat, sobretot a llarg termini.

Una religió, com qualsevol altra concepció comprensiva del bé, pot exigir grans sacrificis i abnegacions als seus seguidors, cosa que no hauria de fer una moral política basada en una concepció compartida de justícia, i encara menys el dret constitucional d'una democràcia liberal. Deixeu-me posar un exemple relacionat amb el tema que ens ocupa. El catolicisme pot predicar l'obligació moral de les seves fidels de dur a la llum un fill fruit d'una violació o amb greus malformacions o discapacitats, però considero excessiu que la moral política i l'ordenament jurídic puguin exigir tal sacrifici.⁷ En general, quan no es donen circumstàncies excepcionals com ara conflictes armats o catàstrofes naturals, el dret no ens hauria d'obligar a comportar-nos com herois, sants o màrtirs.⁸

El que sí que haurien de fer la moralitat política i l'ordenament jurídic és respectar les diverses concepcions del bé i permetre que aquestes creixin i floreixin. Comportaria un empobriment del pluralisme i la diversitat de les societats liberal-democràtiques si l'única moral possible fos la moral pública o, encara pitjor, si les úniques normes existents fossin les de l'ordenament jurídic vigent. La llibertat d'expressió, per exemple, es configura jurídicament de manera molt àmplia, però això no exclou que diverses formes d'expressió que hi queden emparades puguin ésser rebutjades o rebutjables moralment.

Cal permetre, doncs, que els catòlics puguin predicar sobre els mals morals de l'avortament. Ara bé, quan el seu discurs o la seva opinió es dirigeixin directament a establir o canviar el dret del país, cal que ho facin apel·lant a principis polítics i jurídics compartits, amb arguments acceptables i raonables més enllà dels fidels. Tot evitant arguments religiosos i morals, els magistrats catòlics del Tribunal Suprem, així com la resta de

6 Pel que fa a l'històric anticatolicisme als EUA, vegeu, per exemple, Carroll (2015).

7 A diferència de la moralitat, la legalitat sovint té en compte raons més institucionals i pràctiques. Tot i que moralment sembla raonable distingir l'avortament per causa de violació de l'avortament fruit d'una relació sexual consentida, usar jurídicament aquesta distinció per a garantir l'accés legal a l'avortament causaria dos problemes entrelligats: (1) seria difícil demostrar la violació i (2) generaria falses acusacions.

8 Vegeu el debat filosòfic entre Judith Jarvis Thomson (1971) i John Finnis (1973). En termes històrics, sembla que el sacrifici de les dones pel que fa a l'embaràs resulta comparable, a grans trets, amb el sacrifici dels homes pel que fa a les obligacions militars (vegeu Sunstein, 1992). Actualment, tot i la dificultat de defensar l'avortament en virtut d'un principi d'igualtat entre homes i dones (entre altres raons, perquè la restricció de l'avortament no produeix una discriminació directa entre sexes), sí que podria exigir alguna mena de distribució equitativa d'obligacions entre sexes. A tall analògic, si una pandèmia només afectés les dones, no semblaria discriminatori només restringir certes activitats a aquestes. No estariem davant d'una distinció injustificada, sinó davant d'una distinció basada en un fet objectiu i justificable científicament. Mentre que semblaria poc raonable obligar els homes a suportar les mateixes restriccions, fora raonable imposar-los (encara que en una altra esfera de la vida social) unes càrregues distintes però d'intensitat similar que resultessin socialment útils. Es pot considerar una d'aquestes càrregues el fet que l'home que esdevingui pare, malgrat que no hagi tingut veu ni vot sobre la possibilitat d'interrompre l'embaràs, haurà de tenir cura dels fills i prestar-los aliments (com a concepte jurídic que inclou les despeses d'habitatge, salut i educació). En definitiva, el principi d'igualtat entre sexes sembla exigir o demanar una distribució equitativa de càrregues socials. En seguirem parlant a l'apartat 11.

magistrats, semblen haver complert amb aquesta exigència inspirada en [la idea de raó pública](#) de John Rawls (2001),⁹ malgrat que, segons l'expresident Trump, “[Déu prengué la decisió](#)”.¹⁰

A quin tipus d'intervenció divina es refereix l'expresident? La seva egolatria, sumada al fet que ell hagués nomenat (amb el consentiment del Senat) tres dels cinc magistrats que signen l'opinió majoritària, podria fer pensar que s'autoconsidera Déu o una mena de representant seu a la terra. Els dos primers magistrats nomenats per Trump en substituirien d'altres també nomenats per presidents republicans (els quals, des de Reagan, havien intentat nomenar magistrats disposats a revocar *Roe*). La substitució per defunció de la magistrada Ruth Bader Ginsburg per Amy Coney Barrett fou el polèmic nomenament que decantà la balança.

5 La perspectiva federal del debat

En essència, la sentència *Dobbs* considera que la Constitució federal és neutra pel que fa a l'avortament i que, de resultes, el Tribunal Suprem també ho ha de ser. D'aquesta manera, *Dobbs* s'allunya i rebutja *Roe* i *Casey*, les quals havien reconegut un dret constitucional implícit a l'avortament que, a grans trets, els estats no podien limitar fins que el fetus fos “viable”. *Dobbs* no prohibeix l'avortament, ans restitueix la capacitat normativa als legisladors estatals. De fet, tampoc no es considera que la Constitució federal reconegui un dret implícit a la vida que impedeixi als estats establir o abolir la pena de mort en llur dret penal.

Els EUA segueixen sent una federació malgrat el fort procés de nacionalització i centralització experimentat des de la Guerra Civil. Fruit dels canvis constitucionals que desencadenà aquesta guerra i especialment a través de la catorzena esmena, el Tribunal Suprem estengué l'aplicació dels drets constitucionals federals als estats i va iniciar, així, un procés d'homogeneïtzació nacional i pèrdua d'autonomia estatal (Tierney, 2022, p. 270). Quan aquest tribunal reconeix un dret constitucional implícit i el perfila de tal manera que deixa poc marge de maniobra al legislador estatal, això comporta una centralització i estandardització encara més qüestionables.¹¹

El descobriment o la creació judicial de drets constitucionals i el seu desplegament jurisprudencial poden afavorir la unitat i uniformitat en detriment de l'autonomia i diversitat territorials.¹² *Dobbs* considera que les sentències *Roe* i *Casey* havien usurpat els poders a la ciutadania dels estats i als seus representants democràtics. Ara, després que una majoria de 26 estats hagués instat el Tribunal Suprem a rebutjar aquests precedents, el Tribunal Suprem retorna aquesta matèria a la política estatal, sense excloure la possibilitat d'intervenció de la política federal.¹³

Ronald Watts (2008, p. 161), un dels mestres del federalisme, es pregunta si la federació és una forma de govern que finalment dona lloc a l'imperi dels jutges en comptes dels representants electes. Mentre que amb

9 Concretament, Rawls (2001, p. 169-171) admet que els arguments pro vida poden formar part de la raó pública, però alerta que convé anar amb compte amb la fonamentació o articulació que se'ls dona, ja que poden caure en raons religioses que difícilment puguin ser compartides pel conjunt de ciutadans i que, per tant, no serien raons acceptables en el debat públic per a l'establiment de normes coercitives. L'opinió de Rawls (1993, p. 243-244) sobre la qüestió concreta de l'avortament sembla indicar que el valor de la vida, una vegada ponderat amb altres valors en joc, només permetria impedir jurídicament la decisió d'avortar passat el primer trimestre. Vegeu Lafont (2020, p. 208) i Moreso (2023).

10 Vegeu l'article d'Olander (2022) “‘God made the decision’ overturning Roe”.

11 En efecte, la centralització i homogeneïtzació no només són conseqüència de normes i decisions dels parlaments i governs centrals, sovint també de resolucions dels tribunals centrals. Vegeu Bzdera (1993), Aroney i Kincaid (2017) i Bossacoma (2021).

12 Tanmateix, el pluralisme territorial que protegeix el federalisme a voltes pot anar en detriment de la protecció de grups no territorials tradicionalment oprimits com ara les dones, els pobres o les minories racials. Pel que fa a la interacció entre federalisme i gènere, vegeu Vickers (2013) o, com a cas concret, [United States v. Morrison](#) de l'any 2000.

13 S'han produït diversos intents d'aprovar una llei federal sobre la llibertat de decidir (*Freedom of Choice Act*) amb la finalitat de codificar i protegir la jurisprudència de *Roe*. Tant Hillary Clinton com Barack Obama es mostraren partidaris d'aquesta proposició de llei com a parlamentaris i candidats a la presidència. Tanmateix, una vegada president, Obama es feu ràpidament enrere atesa la punyent divisió entorn d'aquesta qüestió. En la [commemoració](#) dels seus primers cent dies com a president, digué: “Now, the Freedom of Choice Act is not highest legislative priority. I believe that women should have the right to choose. But I think that the most important thing we can do to tamp down some of the anger surrounding this issue is to focus on those areas that we can agree on. And that's where I'm going to focus.”

Roe el federalisme semblava desembocar en el govern dels jutges, *Dobbs* decanta la balança a favor del govern dels representants democràtics.¹⁴

6 El poder dels tribunals i la interpretació dels preceptes constitucionals

Legislar i judicar són dues maneres, en principi diferents, de crear dret. Tanmateix, l'argumentació i les solucions de *Roe* semblen més aviat les d'un legislador més que no pas les d'un tribunal. Per això *Dobbs* reitera que *Roe* és un exercici de "raw judicial power", una mena d'abús de potestat jurisdiccional que es pot il·lustrar a partir de dues qüestions.

La primera és que *Roe* i *Casey* dedueixen el dret a l'avortament de la clàusula constitucional del *due process*, la qual proclama que cap estat pot privar la vida, llibertat o propietat d'una persona sense un degut procés jurídic.¹⁵ És controvertida la deducció de drets constitucionals substantius com l'avortament i els contraceptius en virtut d'un precepte constitucional que versa sobre el "degut procés".¹⁶

Em temo que molts juristes entrenats en altres ordenaments jurídics (i no contaminats per la jurisprudència nord-americana) entendrien, a partir d'una interpretació literal, que aquesta clàusula constitucional disposa que calen processos o procediments justos i amb una previsió jurídica adequada per poder restringir o limitar "la vida, llibertat o propietat". O, dit a la inversa, que la Constitució federal impedeix als estats restringir o limitar aquests valors si el procés per a fer-ho és arbitrari o no s'ajusta a dret.

En contrast, el Tribunal Suprem dels Estats Units sembla que ha tendit a desvincular el procés dels valors que aquest ha de protegir: la vida, la llibertat i la propietat. Aquest polèmic fraccionament de la clàusula ha donat lloc a la distinció entre *substantive due process* i *procedural due process*. L'expressió "procés substantiu degut" és una *contradictio in terminis*, i parlar de "procés procedimental degut" resulta redundant. "Familiarity breeds inattention", adverteix el mateix John Hart Ely (1980, p. 18). En efecte, aquestes expressions segurament criden més l'atenció i probablement generen més rebuig als juristes no avesats al dret constitucional nord-americà.¹⁷

El mateix Ely (1973, p. 947) considera que *Roe* és una sentència "molt dolenta" no pas perquè estigui en contra de la seva idea de progrés, sinó perquè és "mal dret constitucional" o, més ben dit, perquè "no és dret constitucional". *Dobbs* especifica que només revoca el dret constitucional a l'avortament que havia establert *Roe* atès que impacta, de manera directa i singular, en vides humanes en potència. Tot i això, els magistrats discrepants alerten que aquest gir jurisprudencial condueix a qüestionar altres drets constitucionals implícits relacionats amb el dret a decidir sobre el propi cos i les esferes més íntimes de la vida personal i familiar enfront de les regulacions estatals.

Certament, el dret a l'avortament té relació amb el dret a decidir sobre el propi cos, i una regulació restrictiva de l'avortament podria pertorbar el domini o control de la dona sobre el seu cos. Però també convé posar sobre

14 Davant de disputes que tenen conseqüències en la distribució vertical del poder, fora bo que els tribunals, especialment els supremes o constitucionals, no se sentissin part del nivell central de govern, sinó part d'un poder independent i neutral pel que fa al nivell de govern. Per contra, ben sovint els tribunals se senten part d'un nivell concret de govern, cosa que els fa propensos a servir i beneir la construcció nacional, l'homogeneïtzació federal o l'apoderament central.

15 El fragment de la catorzena esmena constitucional que aquí ens interessa disposa: "nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law".

16 Pel que fa al dret constitucional implícit d'usar contraceptius, vegeu la sentència [Griswold v. Connecticut](#), de 1965. *Griswold* fou una decisió clau per a decidir i justificar *Roe* uns anys més tard. Tot i que tant la contracepció com l'avortament es fonamenten sobre un suposat dret a la privacitat i, més concretament, sobre un dret a l'autonomia reproductiva, hi ha una distinció important: la contracepció procura evitar l'embaràs i, en canvi, l'avortament l'interromp. Altrament dit, la primera prevé l'inici de la vida en potència, mentre que l'avortament posa fi al desenvolupament d'aquesta vida potencial. A més, *Griswold* també es fonamentava en la quarta esmena, que prohibeix els escorcolls no raonables, atès que la prohibició efectiva de l'ús de contraceptius hauria comportat uns atacs públics draconians a la intimitat i inviolabilitat del domicili. En efecte, *Griswold* invalida la part de la llei que prohibeix l'ús i no pas la fabricació i distribució de contraceptius (Ely, 1973, p. 928-930). Finalment, és diferent anul·lar part d'una llei anticontraceptius difícilment executable que anul·lar les lleis antiavortament dels cinquanta estats. Entre altres raons, és presumible un consens ampli respecte a *Griswold* però no, en canvi, respecte a *Roe*, el qual no ha existit històricament ni existeix en el present (Calabresi, 2010, p. 155).

17 Tot plegat ha comportat, segons Ely (1980, p. 19), un desastre en termes teòrics i pràctics.

la balança el fet que, quan una dona està embarassada, hi ha una vida potencial formant-se dins el seu ventre. Em sembla que és prou compartida la idea o intuïció que el fetus no és simplement un òrgan, un teixit o una part del cos de la dona, i la seva singularitat, vitalitat i autonomia esdevenen progressivament més paleses.¹⁸ Malgrat que aquest matís resti força a l'apel·lació al dret a decidir sobre el propi cos per a defensar el dret a avortar, pot servir per a limitar l'expansió de la jurisprudència de *Dobbs* en casos més clarament referits al dret a decidir sobre el propi cos.

Mentre que els magistrats dissidents es concentren en el present i mostren preocupació pel futur, la majoria de magistrats es focalitza més en el passat, tot oferint una anàlisi històrica acurada de les regulacions i doctrines sobre l'avortament fins a *Roe*. La necessitat de recórrer a la història per a descobrir drets implícits constitueix un límit a l'expansió, per no dir l'abús, del poder judicial. Tanmateix, l'argument històric no em sembla un argument concloent, ni ideal, per a descobrir drets implícits. Quan els textos constitucionals usen conceptes oberts o vagues com ara el de "llibertat", la seva definició i extensió no haurien de quedar restringides a les del seu moment d'aprovació. El concepte de llibertat, avui, difícilment pot significar i comportar el mateix que fa dos segles, quan moltes dones no tenien el control de la seva vida privada ni el dret a participar en els afers públics.

7 Qui té legitimitat per a adoptar una teoria sobre la vida?

La segona qüestió que il·lustra un possible exercici desmesurat de poder judicial a *Roe* és l'establiment del criteri de la viabilitat, segons el qual els estats només poden protegir el fetus, en el sentit de restringir l'avortament, una vegada aquest sigui viable fora del ventre de la mare –que *Roe* considerava que solia coincidir amb l'inici del tercer trimestre de gestació.

Una fortalesa argumental del criteri de la viabilitat és que, si el fetus és viable fora del ventre de la mare, aquesta com a molt podria disposar d'un dret de provocar el part i no pas d'exterminar el fetus. Una altra virtut consistiria a evitar que els estats puguin imposar una concepció sobre el valor intrínsec de la vida a les seves ciutadanes, concepcions que ben sovint tenen un fort component religiós. Per això autors com ara Ronald Dworkin (1994, p. 160) defensen que la primera esmena, la qual prohibeix l'establiment d'una religió oficial i protegeix la llibertat de consciència, també exigeix el reconeixement d'un dret constitucional ampli a l'avortament.¹⁹

Tanmateix, el criteri de la viabilitat és qüestionable, tal com es posa de manifest a *Dobbs*, perquè es basa en probabilitats (¿amb quin percentatge de probabilitat de supervivència un fetus és viable?), i tals probabilitats semblen excessivament dependents del context econòmic i sanitari i, en general, del progrés de la ciència.

Més enllà d'això, tenint en compte que el desenvolupament del fetus és gradual, es fa difícil defensar que un tribunal pugui establir la *viabilitat* com a únic criteri constitucionalment legítim o acceptable en detriment d'altres criteris que podríem anomenar de la *potencialitat* (d'esdevenir un ésser humà independent de la mare), *recognoscibilitat* (de la forma humana), *organicitat* (presència dels òrgans bàsics), *activitat* (del cervell o del cor), *mobilitat* (quan es detecten els primers moviments del fetus) o *sensibilitat* (i, en especial, la capacitat del fetus de sentir dolor).

Dobbs considera que no correspon al Tribunal Suprem adoptar una "teoria de la vida", tot rebutant la jurisprudència anterior que impedia precisament als parlaments estatals adoptar teories sobre la vida. Com que la regulació de l'avortament no es pot desentendre o desconnectar purament de tota teoria vital, em sembla

18 Així ho entenen els contraris a l'avortament com Finnis (1973, p. 141), però també autors liberals proavortament com Ely (1973, p. 931) i feministes proavortament com MacKinnon (1991, p. 1314-1315). Potser convé diferenciar, d'una banda, òrgan d'organisme i, de l'altra, organisme de persona. El fetus podria ser, doncs, un organisme i, fins i tot, un ésser humà en sentit biològic sense arribar encara a ser una persona en sentit moral o jurídic. Més que un fet biològic, la personalitat és un fet social derivat de concepcions morals, pugnes polítiques i disposicions jurídiques. Encara que constitucionalment o generalment es negui la consideració de persona al fetus, el dret el pot tractar com a tal en alguns àmbits o supòsits concrets. No hi ha un sentit jurídic únic ni unívoc de persona. Vegeu el peu de pàgina 31.

19 El fragment del precepte constitucional que aquí ens interessa disposa: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof."

més adequat deixar-la en mans del legislador democràtic competent, sens perjudici d'un control posterior de raonabilitat (o no arbitrarietat) per part del jutge constitucional.

Estem davant d'una qüestió moral que requereix cercar compromisos, equilibris i matisos que es poden acordar i especificar en seu parlamentària. Al seu torn, els tribunals poden, de manera prudent, delimitar el terreny de joc democràtic a fi de promoure la deliberació col·lectiva, l'acomodació del pluralisme i la ponderació dels diversos valors en conflicte. Aquest semblaria, a grans trets, el model europeu que experts com Mary Ann Glendon (1987) havien recomanat en substitució del model nord-americà resultant de *Roe*, el qual es caracteritzava per un paper preponderant del Tribunal Suprem.²⁰

En defensa de *Roe* i el model que sorgeix d'aquesta jurisprudència, [Ronald Dworkin](#) (1994, p. 146) considera que les decisions judicials han de ser fruit de principis i no pas de compromisos o estratègies d'acomodació política. Però aquest argument es pot girar en contra de *Roe*: si els tribunals no han de cercar compromisos ni acomodació, potser millor que es deixi un marge suficient de maniobra al legislador democràtic perquè busqui aquesta mena de compromisos en una qüestió tan sensible i polèmica com l'avortament.

A més de l'exigència de resoldre a partir de principis, concebre el “dret com a integritat” (*law as integrity*), segons la proposta teòrica de Dworkin, també obliga els tribunals a ser respectuosos i coherents amb els precedents judicials. El mateix Tribunal Suprem també queda vinculat pels seus precedents, llevat que aquests siguin “clarament equivocats” (*clearly wrong*), escriu Dworkin (1994, p. 171).

8 Les virtuts de la doctrina del precedent

En el cas que ens ocupa, ja hem vist que els defensors aferrissats de la vinculació del precedent judicial (*stare decisis*) eren els tres magistrats discrepants. Segons ells, aquesta doctrina és la “pedra fonamental de l'imperi del dret, la qual estableix que les coses que han estat decidides han de romandre decidides llevat que hi hagi molt bones raons per al canvi”. En efecte, si l'imperi del dret es fonamenta en tractar similarment els casos similars, la vinculació del precedent és clau.

La doctrina de la vinculació del precedent promou “el desenvolupament imparcial, predictible i consistent dels principis jurídics”, cosa que afavoreix la integritat i estabilitat de l'ordenament jurídic i prevé els abusos i les arbitrarietats judicials. És una doctrina que s'inspira en “la modèstia i humilitat judicials”. És una font de transmissió de saviesa institucional que contribueix a servir les lliçons dels tribunals predecessors i superiors. A més, desincentiva litigar contínuament sobre un mateix tema, i això permet estalviar recursos públics i privats.

Els magistrats dissidents recorden que *Roe* ha imperat durant mig segle i *Casey*, que es descriu com a “precedent sobre el precedent”, durant tres dècades. Aquests magistrats adverteixen que revertir el precedent sense que s'hagi produït cap altre canvi rellevant més enllà de la renovació dels membres del tribunal fa pensar que aquesta institució no és gaire diferent de les polítiques.

En principi, s'espera una major estabilitat i coherència en les opinions dominants del poder judicial que no pas en les dels poders polítics, inclosos el legislatiu i l'executiu. Mentre que la legitimitat judicial rau en la imparcialitat, predictibilitat i consistència de les seves actuacions i resolucions, normalment veiem de bon ull

20 La difunta magistrada del Suprem R. B. Ginsburg, icona del feminisme i defensora del dret a decidir de les dones, també fou crítica amb *Roe*: no només perquè es fonamentava en la privacitat i el degut procés en comptes de la clàusula constitucional de la protecció igual, sinó també perquè *Roe*, en ser tan dràstica, generà una forta animadversió: “A less encompassing *Roe*, one that merely struck down the extreme Texas law and went no further on that day, I believe and will summarize why, might have served to reduce rather than to fuel controversy.” Era, doncs, partidària d'una aproximació judicial que promogués el diàleg amb els legisladors en un moment en el qual la tendència política, segons el mateix Tribunal Suprem, era favorable a la liberalització de les lleis sobre l'avortament (Ginsburg, 1992, p. 1198-1208; vegeu també Frommer, 2022). Semblantment, anys abans Guido Calabresi (1985, p. 92-97) ja havia titllat *Roe* de desafortunada i desastrosa perquè, en comptes d'haver centrat la qüestió en si constitucionalment els fetus són o no són persones i en quin moment la Constitució els comença a protegir, s'hauria d'haver focalitzat en el valor i la clàusula de la igualtat per a protegir les dones davant dels nonats. Segons Calabresi, si *Roe* hagués ponderat la igualtat de les dones amb el valor a la vida dels nonats, hauria estat més respectuosa amb les creences de nombrosos individus i grups. Això no només hauria ferit menys profundament una societat que és plural i es vol pluralista, sinó que també hauria generat menys problemes en altres àrees del dret, com ara en delictes de lesions, homicidi o assassinat contra nonats i en indemnitzacions per danys o mort del fetus.

que la legitimitat política es mogui al ritme de la dansa electoral i parlamentària. La doctrina del precedent, fent servir la metàfora de Blackstone (1765, p. 69), mantindria la balança de la justícia anivellada i estable.²¹

Des d'una perspectiva més filosòfica, podríem dir que aquesta doctrina ajuda els tribunals a resoldre les controvèrsies rere un *vel de la ignorància* que els dota d'imparcialitat, perquè els obliga a afrontar cada cas concret amb consciència que els criteris o cànons interpretatius que s'adoptin seran d'aplicació futura a una pluralitat indeterminada de casos similars. Inspirant-nos en l'imperatiu categòric kantian, la vinculació del precedent procura que els tribunals resolguin seguint aquella interpretació que consideren que ha d'esdevenir norma o criteri universal.

9 Motius per a revocar el precedent

Per bé que tots els membres del tribunal accepten la doctrina de la vinculació del precedent, també admeten que no comporta una vinculació terminant: “*stare decisis is not an inexorable command*”, “*stare decisis is not a straitjacket*”. De fet, si la vinculació fos rotunda quan ens trobem davant de precedents que interpreten la Constitució com el que ara ens ocupa, només es podrien corregir mitjançant reforma constitucional. Com més difícil sigui reformar la constitució, més incentius hi ha a revisar aquesta mena de precedents, i m'inclino a pensar, per raons pràctiques, que més senzill hauria de ser poder-los revocar.

Casey, que ja hem vist que es defineix com un precedent sobre el precedent, va mantenir *Roe* perquè el tema provocava massa controvèrsia i discòrdia. Ara *Dobbs* critica que el Tribunal Suprem de llavors pecà d'optimista en pensar que podria calmar la polèmica sobre l'avortament i d'activista en aturar el procés democràtic. En contrast, ara obre les portes de bat a bat a la deliberació democràtica i la regulació legislativa sobre l'avortament.

Dobbs identifica cinc factors que cal tenir en compte a l'hora de revocar un precedent: (1) *la naturalesa de l'error*, tot considerant que només s'haurien de rebutjar els precedents que incorrin en errors greus; (2) *la qualitat del raonament* i, més concretament, el fet que la debilitat del raonament afavoreix la capacitat de revocació; (3) *operativitat de la regla judicial*, en el sentit que es puguin rebutjar els criteris o tests creats judicialment que siguin difícils d'aplicar de manera predictable i consistent; (4) *efectes en altres àrees del dret*, segons el qual hi ha més motiu per a derogar el precedent si aquest pot distorsionar altres camps connexos de l'ordenament jurídic; i, finalment, (5) *interessos resultants de la confiança* dipositada en el precedent judicial que desaconsellarien alterar-lo per no afectar activitats que se solen basar en planificacions a llarg termini.

Diria que el Tribunal Suprem identifica uns factors rellevants que, en conjunt, dificulten considerablement la possibilitat de desvincular-se del precedent. Tinguem present, a més, que estem parlant de la vinculació del precedent horitzontal (del mateix tribunal) i no pas vertical (d'un tribunal superior). En virtut d'aquests cinc factors, la doctrina de la vinculació del precedent queda ben protegida enfront d'escomeses futures. Tanmateix, l'opinió dissident i la prudència del president semblen indicar que la majoria ha estat, en realitat, menys respectuosa amb la vinculació del precedent del que aparentment indiquen els requeriments esmentats.

10 Restricció de l'avortament i llibertat de moviment

Els magistrats discrepants alerten que, en virtut de la nova jurisprudència, els estats podrien prohibir l'avortament des del mateix moment de la concepció i, alhora, la llibertat de les dones a viatjar fora de l'estat amb l'objectiu d'avortar. Diria que el magistrat Kavanaugh és l'únic que es pronuncia expressament sobre el fet que el dret constitucional a la llibertat de moviment protegiria les dones que volguessin anar a avortar a un altre estat.

21 Aquesta metàfora es troba en el següent fragment: “For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments: he being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one. Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason; much more if it be contrary to the divine law.”

Si la regulació de l'avortament no comportés cap mena de restricció de moviment o no tingués cap mena d'efecte extraterritorial, quedaria desproveïda d'efectes pràctics en múltiples casos i, malauradament, acabaria imposant-se només a les classes populars o modestes. Malgrat que la dona que volgués avortar disposés del dret constitucional a desplaçar-se a un altre estat per a fer-ho, aquesta possibilitat jurídica podria comportar una incapacitat o un desavantatge material de les dones pobres en comparació amb les riques.

Imaginem un cas, que podria ser ben real, d'una dona embarassada que vol anar a un altre estat a parir perquè aquest permet l'infanticidi, o deixar morir l'infant, quan s'observa que el nou-nat pateix síndromes, malalties o discapacitats que poden afectar greument la seva esperança o qualitat de vida. Haurien els ordenaments jurídics de la resta d'estats (ja no parlo dels EUA, sinó en general) de tolerar o permetre que la dona pogués anar a donar llum en aquests indrets amb la finalitat de posar fi a la vida del seu fill? Plantegem-nos un cas extrem: si un país empobrit decidís permetre l'infanticidi per encoratjar el turisme, seria apropiat que altres països prohibissin anar-hi de viatge amb infants, tal com defensa Dworkin (1994, p. 47-48).

Em sembla que és notablement diferent la situació d'una dona que resideix a un estat (i a la qual s'aplica el dret d'aquest lloc) de la d'una dona que simplement es desplaça a un altre estat amb la finalitat d'avortar. És obvi que la complicació de fer aquesta distinció també es trobaria en com determinar les fronteres entre una situació i l'altra. Com s'impedirien o controlarien aquests desplaçaments? Caldria que per avortar la dona ja visqués a l'estat en el moment de la concepció? Podria la dona canviar de residència just abans de l'avortament? Es faria un control dels canvis fraudulents de residència?

Hom diria que tals interrogants i complicacions semblen apuntar a la necessitat de regulacions federals, europees o globals. Però pensar que aquesta és l'única solució em sembla que és reduir en excés el nostre horitzó de possibilitats. Hauriem de ser capaços d'establir i mantenir regulacions diferents en societats distintes i diverses, i alhora buscar maneres d'ordenar i coordinar problemes extraterritorials d'aquestes diverses regulacions en virtut d'alguna mena de principi de lleialtat mútua. Si el dret, com a manifestació democràtica, perdés en tot cas el seu poder i la seva legitimitat pel simple creuament d'una frontera física, això podria danyar greument la diversitat que vol protegir el federalisme, la igualtat entre persones riques i pobres, i l'efectivitat dels ordenaments jurídics que són fruit del debat democràtic.

En qualsevol cas, el paper del dret no és només el d'ordenar de manera pràctica la convivència, sinó també el d'especificar una concepció de justícia compartida que guiï aquesta convivència, encara que això comporti problemes importants a l'hora d'imposar aquesta ordenació. Malgrat que segles enrere la capacitat de perseguir certs delictes de manera eficaç segurament era força reduïda, això no hauria estat un bon argument per a deixar-los de perseguir. De fet, la baixa capacitat d'enxampar els delinqüents podia explicar, en tensió amb el principi de proporcionalitat de la pena, l'existència d'un dret penal més sever amb la finalitat de dissuadir significativament la delinqüència.

11 Nonats, homes i poders públics

Hi ha subjectes diversos que podem tenir en compte en aquest debat. Per bé que cal vetllar per la llibertat, igualtat i prosperitat de les dones, també sembla legítim voler protegir els éssers humans nonats, especialment en entorns liberal-democràtics postmoderns. La protecció dels interessos de les generacions futures i dels que no es poden defensar per si mateixos, com ara els infants, discapacitats, animals no humans i la naturalesa, em sembla una evolució lloable de les societats avançades i els seus ordenaments jurídics, a voltes en detriment d'algunes llibertats individuals.

En l'experiment mental que fa Rawls (1999) a *Una teoria de la justícia*, es conceben les parts reunides per a signar el contracte social com "persones amb continuïtat" (*continuing persons*), "caps de família" (*family heads*) o "línies genètiques" (*genetic lines*), cosa que ajuda a cercar l'equitat a llarg termini i la justícia intergeneracional. Qui sap si també serviria per a tenir en compte els fills encara no nascuts. Segons Edmund Burke (1887, p. 359), convé entendre la societat com un contracte entre els vius, els morts i els que encara han de néixer.²²

²² "Society is, indeed, a contract. [...] As the ends of such a partnership cannot be obtained in many generations, it becomes a partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are to

Darrerament, en el debat sobre l'avortament, el paper dels homes com a pares potencials és ignorat, per no dir negligit. Em sembla que, com a mínim moralment (atès que pot ser massa complicat d'exigir jurídicament), haurien de tenir una mena de dret a ser informats i escoltats, sempre que no haguessin violat la llibertat sexual de la dona. L'autonomia dels homes en la configuració de les seves concepcions reproductives i els seus plans de vida (individual i familiar) depèn en certa mesura d'estar informats sobre aquestes qüestions i poder actuar en conseqüència. Informar i escoltar l'home s'hauria de considerar una mena de deure moral previ de la dona que institucionalment es podria recollir en forma de recomanació o d'article dins un codi (jurídicament no vinculant) de bones pràctiques en relació amb l'avortament.

En el marc d'un període de reflexió previ a la dràstica i irreversible decisió (període que també es podria regular com a bona pràctica), l'home podria intentar convèncer la dona perquè decidís no avortar, sia amb arguments més moral-religiosos, emotius-amorosos o pràctics-econòmics. Potser ella es pensa que està més sola del que realment estaria. Potser es pensa que el fill no seria suficientment atès, volgut o estimat. Encara que finalment l'avortament es dugui a terme, si l'home és coneixedor i participi d'aquesta experiència tràgica, tindrà l'oportunitat de canviar la seva forma de concebre o practicar el sexe per tal d'evitar nous avortaments en el futur. Aquesta informació i reflexió podrien desvetllar o avivar la virtut de la responsabilitat.

En efecte, un dels objectius fonamentals de l'esmentat codi de bones pràctiques hauria de ser promoure la responsabilitat individual i col·lectiva pel que fa a l'avortament. Cal promoure un ambient de reflexió, seriositat i gravetat en la presa de decisió, perquè posar fi a una vida potencial no és quelcom trivial ni purament individual, i que, per tant, no hauria de ser decidit a la lleugera i sense comunicació. A fi de basar el codi en la idea de responsabilitat i no pas en la de coerció, els seus preceptes no serien vinculants, especialment per a les dones embarassades.²³ De fet, més enllà de la coerció, sembla que el rebuig social ha estat, i pot seguir sent, una manera rellevant de regular les conductes sexuals i reproductives (Abrams, 2015, p. 187-188).

Molts defensors d'un dret ampli a l'avortament al·leguen que el fet de tenir un fill no volgut pot arruïnar la vida d'una dona. Tanmateix, en una societat cada vegada més igualitària entre sexes, no es podria dir quelcom similar respecte d'un home? *Roe* i *Casey* sostenien que els poders públics no podien controlar el curs de la vida d'una dona, ni tampoc determinar-li el seu futur. És cert que, tradicionalment, els plans de vida de les dones s'han vist molt més afectats pel fet de quedar embarassades i criar els fills que no pas els dels homes (MacKinnon, 1991, p. 1313). Però els plans de vida sovint es veuen més afectats per la criança que no pas per l'embaràs, i aquest deure de criança és, o hauria de ser, cada vegada més compartit entre mares i pares a les societats avançades. Així, com més igualtat formal i material hi hagi en les tasques i càrregues de la criança, més veu s'hauria de donar als homes.²⁴

En general, com més igualitària o justa resulti la societat en la distribució de càrregues entre sexes, més legítima podria resultar la restricció de l'avortament per a protegir els nonats i menys necessari resultaria l'activisme judicial en defensa de l'avortament per a protegir les dones. Convé contrastar aquesta visió normativa-idealista amb una visió més realista: com més càrregues hagin de suportar els homes en la criança, més incentius pràctics tindran a adoptar posicions pro avortistes. Un possible test per a revelar si el grup dominant ha imposat una discriminació o càrrega desproporcionada és preguntar-nos si aquesta es mantindria en cas d'haver de ser

be born." Em pregunto si funcionaria una mena d'exercici d'imaginar una situació hipotètica en la qual les persones, com a parts signatàries del contracte social, actuessin sota un vel de la ignorància que els impedis saber el seu sexe i la seva edat, inclosa la possibilitat de ser simples fetus. Podríem, tanmateix, incórrer en una mena d'argument circular segons el qual el resultat de l'acord hipotètic dependria de com redefinim les parts contractants. Dit això, les parts del contracte social de Rawls (1999) són persones redefinides artificialment a fi d'emmarcar allò racional dins d'allò moralment raonable, i així concebre la justícia des de la imparcialitat i l'equitat en comptes de la pura i sovint arbitrària realitat.

23 Això no obstant, s'haurien de cercar fórmules jurídiques perquè els centres i professionals sanitaris haguessin de fomentar l'observança del codi de bones pràctiques, tot respectant, alhora, la capacitat de la dona que vol avortar d'apartar-se'n.

24 Per cert, l'home que esdevingui pare, encara que no hagi estat informat sobre l'embaràs ni s'hagi pogut expressar a favor de la seva interrupció, jurídicament haurà de suportar diversos deures o obligacions respecte dels fills (independentment de si són o no són volguts). Per exemple, els efectes de la filiació segons el Codi civil de Catalunya inclouen, entre d'altres, la potestat parental, els aliments, els drets successoris i l'assumpció de responsabilitats parentals envers els fills menors. En principi, en virtut d'aquestes responsabilitats, el pare haurà de tenir cura dels fills, prestar-los aliments, conviure-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral. L'obligació dels aliments comprèn tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de la persona alimentada, i també les despeses per a la formació, les quals es poden estendre, i ben sovint s'estenen, més enllà de la majoria d'edat.

suportada per tothom per igual (Calabresi, 1985, p. 101). Si els homes haguessin hagut de suportar la gestació, el part i la criança, ben probablement la regulació de l'avortament hauria estat més permissiva.²⁵

Una part de la doctrina, en sintonia amb certes crítiques i demandes feministes, ha destacat la importància de la desigualtat entre sexes en el debat sobre l'avortament i, per consegüent, ha defensat el paper que pot jugar la clàusula constitucional de la protecció igual en la regulació de l'avortament (Calabresi, 1985 i 1991; Ginsburg, 1992; Sunstein, 1992; Siegel, 1992; entre d'altres). El principi d'igualtat s'ha associat a l'esfera racial, la qual, sobretot als EUA, ha constituït el paradigma de la protecció constitucional de la igualtat (Fiss, 1976; Sunstein, 1994). Aquest paradigma, el qual exigeix que no es tracti de manera distinta (llevat de casos de discriminació positiva) per trets físics com ara el color de la pell, la forma dels ulls i el tipus de cabell, normalment s'ha extrapolat a l'esfera sexual. Tanmateix, tal com suggereix MacKinnon (1991), potser ens hauríem de replantejar si és apropiat aplicar els canons igualitaris relatiu a la raça en l'esfera del sexe.²⁶

Poden existir distincions raonables per raó de sexe que difícilment ho serien per raó de raça, perquè el sexe té unes bases biològiques més objectives i sòlides que la raça, la qual respon més aviat a construccions i conviccions socials perverses. Semblantment a la raça, el gènere és una construcció social, que en diversos aspectes també ha estat, i segueix sent, perversa. En l'esfera del gènere, doncs, el principi d'igualtat procuraria superar vells estereotips sobre els rols diferenciats entre les dones i els homes en el si de la família i la societat, tot rebutjant essencialismes biològics.²⁷ Així, des del principi d'igualtat, mentre que les diferències naturals derivades del sexe poden justificar la decisió legislativa de restringir l'avortament, les diferències socials associades al gènere no serien, en general, justificacions raonables. Més concretament, la pervivència de rols tradicionals que condemnen les mares a cuidar els fills, la llar i la família en general, tot deslliurant-ne els pares, seria una bona raó per a defensar l'avortament i el seu potencial alliberador i igualador (Siegel, 1992).

A més de promoure la igualtat efectiva entre sexes pel que fa a la criança dels fills, convé que els poders públics ajudin les mares sense recolzament familiar o recursos suficients perquè puguin tenir i mantenir els fills.²⁸ Alhora, haurien d'organitzar i fomentar estratègies institucionals per a oferir alternatives a l'avortament i així reduir-ne el nombre, com ara centres per a mares adolescents i espais on les mares, en cas que no volguessin continuar-ho sent, poguessin deixar els seus nadons amb l'objectiu que siguin adoptats.²⁹ A casa nostra, com en altres societats occidentals, hi ha moltes parelles que no poden tenir fills i desitjarien adoptar-ne sense haver d'esperar un grapat d'anys. Una necessitat i un desig que els poders públics haurien d'ajudar a conciliar.³⁰

12 De l'avortament a l'infanticidi: un perillós pendent relliscós?

Si és possible avortar fins moments abans de néixer el nadó, llavors ens podem preguntar si realment el part és prou rellevant per a fer distincions entre la regulació de l'avortament i la de l'infanticidi (encara més tenint present que el moment i la manera de parir són cada vegada més aptes de ser objecte de decisió de l'embarassada i l'equip mèdic). Sens dubte, després del part es produeix un canvi important en termes de

25 Entre altres raons, difícilment haurien acceptat la contenció sexual derivada de les restriccions a l'avortament.

26 Sobre les diverses esferes de la igualtat i les diferents maneres de tractar-les, vegeu Bossacoma (2021, p. 4-5).

27 Vegeu el clàssic treball de Mill (1869) sobre la subjecció de les dones.

28 Vegeu Snead i Glendon (2022). Ajudar econòmicament i socialment les dones és possiblement la manera més efectiva de protegir els fetus, inclosa la promoció de la distribució equitativa entre sexes de la cura dels fills (MacKinnon, 1991, p. 1320-1323). De fet, quan els poders públics obliguen les dones prenyades a gestar també les acaben obligant, atesos els rols i costums socials, a criar els fills, ja que el fet natural de gestar comporta una futura obligació social de criança que sovint les frena de donar-los en adopció (Siegel, 1992, p. 371-377).

29 Per bé que aquests centres o espais destinats a l'adopció, per defecte, sembla que haurien d'oferir un alt grau de seguretat i anonimat a la mare disposada a donar el seu fill en adopció, també es podria donar l'opció de refusar l'anonimat, especialment si aquesta possibilitat ajudés a reduir el nombre d'avortaments. Tanmateix, aquí torna a sorgir el debat o problema entorn del pare biològic, el qual és possible que no tingui coneixement de l'embaràs i no hagi pogut decidir ni opinar sobre el fet de posar el seu fill en adopció.

30 Malgrat que els nonats o els acabats de néixer no siguin volguts pels progenitors biològics, ho poden ser per altres familiars biològics, pares o mares adoptius en potència i per altres membres de la societat. Uns sentiments en potència que poden reforçar el valor de la vida. En comptes de pensar en termes purament individuals i actuals, hauríem de pensar més en termes socials, potencials i hipotètics.

dependència, afectació i relació del nadó amb la mare. Tot i això, el debat sobre l'avortament i l'infanticidi resten estretament vinculats. De fet, una regulació que desmereixi el valor de la vida no només pot comportar la normalització i banalització de l'avortament, també pot conduir a justificar l'infanticidi i normalitzar-lo progressivament.

Filòsofs de renom com Michael Tooley (1972) o Peter Singer (1994) s'han pronunciat en la direcció de qüestionar la distinció de tracte entre nonats i nounats. Posen en dubte que els concebuts i els nadons siguin persones titulars del dret a la vida (mentre no estiguem disposats a acceptar que altres animals o éssers vius també tenen aquest dret). Molt em temo que no hauríem de concebre el dret a la vida com una regla que opera categòricament, ans com un principi que opera en una dimensió de pes i, per tant, apte de ser ponderat i graduat, especialment en el terreny del dret constitucional.

És una convicció generalitzada, confirma Dworkin (1994, p. 170), que l'avortament esdevé progressivament més problemàtic des de la concepció fins al naixement, durant el desenvolupament del fetus fins a la infància. Entre altres raons, al miracle biològic inicial (que per molta gent té una significació religiosa) convé sumar-hi el valor creixent de la dedicació i les afeccions humanes. Amb el pas del temps, sigui abans o després del naixement, la criatura cada vegada ha requerit més esforç acumulat i probablement ha generat més il·lusió i estima.

Més enllà de si els no i nous nats són titulars d'un dret a la vida en sentit estricte o categòric, la seva protecció és expressió del compromís públic, com a societat, de prendre'ns seriosament la vida humana com a valor intrínsec i instrumental.³¹ Encara que no hagin desenvolupat consciència, concepcions, interessos i plans de vida, normalment és qüestió de temps que ho facin i, per això, la vida també té un valor instrumental en potència.

Tanmateix, “matar infants no volguts o deixar que morin ha estat una pràctica normal en la majoria de societats al llarg de la història i prehistòria humanes” (Singer, 1994, p. 129).³² En societats avançades, sembla relativament habitual que els infants no volguts pels seus progenitors, quan tinguin discapacitats severes i poca qualitat o esperança de vida, siguin tractats de manera que morin ràpidament i sense patiment.³³ El fet que es valori la qualitat i esperança de vida del nounat també es pot considerar com una expressió de respecte al valor de la vida. Al capdavant, l'ètica de la qualitat de vida no és necessàriament incompatible amb el dret a la vida entès com a principi. Dit això, la desvaloració de la vida humana podria ser signe d'una decadència moral postmoderna en la qual els individus es desconnecten de la societat i llur llibertat es deslliga de la responsabilitat.

Referències

Abrams, Paula L. (2015). The Bad Mother: Stigma, Abortion and Surrogacy. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 43(2), 179-191.

31 Vegeu la distinció crucial que presenta Dworkin (1994, p. 9-24) entre el valor *intrínsec* de la vida i el que aquí anomenem *instrumental*. El valor instrumental seria el que deriva del dret de la vida en un sentit estricte, i el valor intrínsec és el que no dependria del fet de ser titular o no del dret a la vida, sinó del valor de la vida com a tal o en si mateix, cosa que permet deslligar la defensa de la vida de la titularitat del dret a la vida. Permet, doncs, fer una objecció de l'avortament independent (*detached*) de si el fetus és o no és titular del dret a la vida, a diferència de l'objecció derivada (*derivative*) d'atribuir al fetus un dret a la vida. En un sentit analògic, Dworkin assenyala que l'ordenament jurídic o els poders públics poden protegir una espècie en perill d'extinció, o la natura en general, i les creacions artístiques d'un autor o període, o l'art en general, sense necessitat d'atribuir un dret a la vida a aquests éssers o coses o, més en general, sense necessitat que aquests subjectes o objectes siguin titulars de drets o interessos concrets. Tot i que, en general, els fetus no han estat considerats persones en sentit constitucional, els fetus sí que han estat considerats legalment i jurisprudencialment persones en qüestions relacionades amb drets de propietat, delictes contra nonats, danys prenatals i desatenció dels fills (Calabresi, 1985, p. 94; MacKinnon, 1991, p. 1309). En qualsevol cas, que els fetus no siguin considerats persones en sentit constitucional no comporta que no mereixin més protecció pública que una persona jurídica com ara una associació o una societat mercantil. L'argument que el fetus no és una persona en sentit jurídic o que no té drets constitucionals és, en bona mesura, irrellevant per al debat sobre la legitimitat i constitucionalitat de la protecció pública de la vida en potència (Ely, 1973, p. 925-926).

32 En aquest sentit, vegeu, entre d'altres, Moseley (1986) i Bechtold i Graves (2010).

33 Vegeu Singer (1994).

- Aroney, Nicholas, i Kincaid, John (ed.). (2017). *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?* University of Toronto Press.
- Bechtold, Brigitte H., i Graves, Donna C. (2010). The Ties That Bind: Infanticide, Gender, and Society. *History Compass*, 8(7), 704-717.
- Bickel, Alexander M. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press.
- Blackstone, William. (1765). *Commentaries on the Laws of England. Book the First*. Clarendon Press [llibre electrònic disponible a Project Gutenberg].
- Bossacoma, Pau. (2018). La espada del Tribunal Constitucional. Reflexiones y propuestas sobre la ejecución en la jurisdicción constitucional. *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 1-38.
- Bossacoma Busquets, Pau. (2021). An egalitarian defence of territorial autonomy. The case of Spain. *Revista Catalana de Dret Públic*, 62, 90-111. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i62.2021.3508>
- Burke, Edmund. (1887). *The Works of the Right Honourable Edmund Burke* [vol. III, llibre electrònic disponible a Project Gutenberg].
- Bzdera, André. (1993). Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review. *Canadian Journal of Political Science*, 26(1), 3-29.
- Calabresi, Guido. (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*. Syracuse University Press.
- Calabresi, Guido. (1991). The Supreme Court, 1990 Term - Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harvard Law Review*, 105(1), 80-151.
- Calabresi, Steven Gow. (2010). Does the fourteenth Amendment guarantee equal justice for all? *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34(1), 149-156.
- Carroll, Rory. (2015, 12 de febrer). [America's dark and not-very-distant history of hating Catholics](#). *The Guardian*.
- Coyle, Marcia. (2022, 15 de juliol). [The Justices' faith and their Religion Clause decisions](#). *Constitution Daily Blog*.
- Dworkin, Ronald. (1994). *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. Vintage.
- Ely, John Hart. (1973). The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*. *The Yale Law Journal*, 82(5), 920-949.
- Ely, John Hart. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- Ferreres, Víctor. (2014). The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's 'Right to Decide' (Comment on Judgement 42/2014). *European Constitutional Law Review*, 10(3), 571-590.
- Finnis, John. (1973). The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson. *Philosophy & Public Affairs*, 2(2), 117-145.
- Fiss, Owen M. (1976). Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy & Public Affairs*, 5(2), 107-177.
- Frommer, Frederic J. (2022, 6 de maig). [Justice Ginsburg thought Roe was the wrong case to settle abortion issue](#). *The Washington Post*.
- Ginsburg, Ruth Bader. (1992). Speaking in a Judicial Voice. *New York University Law Review*, 67(6), 1185-1209.

- Glendon, Mary Ann. (1987). *Abortion and Divorce in Western Law*. Harvard University Press.
- Lafont, Cristina. (2020). *Democracy without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford University Press.
- MacKinnon, Catharine A. (1991). Reflections on Sex Equality under Law. *The Yale Law Journal*, 100(5), 1281-1328.
- Mill, John Stuart. (1869). *The Subjection of Women*. Longmans.
- Moreso, José Juan. (2022, 7 de juliol). [Scotus y nuestro Tribunal Constitucional](#). *elDiario.es*.
- Moreso, José Juan. (2023). Cristina Lafont sobre la completitud de la razón pública. *Revista Derecho del Estado*, 55, 15-31.
- Moseley, Kathryn L. (1986). The history of infanticide in Western society. *Issues in law & medicine*, 1(5), 345-361.
- Olander, Olivia. (2022, 24 de juny). [Trump: 'God made the decision' overturning Roe](#). *Politico*.
- Rawls, John. (1993). *Political Liberalism*. Columbia University Press.
- Rawls, John. (1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Rawls, John. (2001). *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*. Harvard University Press.
- Ruiz Rico, Manuel. (2022, 20 d'agost). Lawrence Friedman: "[El actual Tribunal Supremo de EEUU está socavando la separación entre Iglesia y Estado](#)". *Público*.
- Siegel, Reva. (1992). Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection. *Stanford Law Review*, 44(2), 261-381.
- Singer, Peter. (1994). *Rethinking Life and Death: The Collapse of Our Traditional Ethics*. St. Martin's Griffin.
- Snead, O. Carter, i Glendon, Mary Ann. (2022, 29 de juny). [The pro-life movement can't stop at the unborn](#). *The Washington Post*.
- Sunstein, Cass R. (1992). Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy). *Columbia Law Review*, 92(1), 1-52.
- Sunstein, Cass R. (1994). The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, 92(8), 2410- 2455.
- Tierney, Stephen. (2022). *The Federal Contract. A Constitutional Theory of Federalism*. Oxford University Press.
- Thomson, Judith Jarvis. (1971). A Defense of Abortion. *Philosophy & Public Affairs*, 1(1), 47-66.
- Tocqueville, Alexis de. (1835). [Democracy in America](#). Saunders & Otley [vol. I, llibre electrònic disponible a Project Gutenberg].
- Tooley, Michael. (1972). Abortion and Infanticide. *Philosophy and Public Affairs*, 2(1), 37-65.
- Vickers, Jill. (2013). Is Federalism Gendered? Incorporating Gender into Studies of Federalism. *Publius: The Journal of Federalism* 43(1), 1-23.
- Watts, Ronald L. (2008). *Comparing Federal Systems*. McGill-Queens University Press.