

# MISCEL·LÀNIA

## QÜESTIONS ACTUALS

### Votació al Parlament Europeu: l'avortament com a dret?

Carlos Pérez del Valle<sup>1</sup>

*El Parlament Europeu, l'11 d'abril, ha aprovat una moció per traslladar al Consell Europeu i a la Comissió la petició als Estats membres de la UE que reformin els tractats de la Unió perquè la Carta de Drets Fonamentals passi a incloure en el seu article 3 el dret de qualsevol persona "a l'autonomia física i a un accés lliure, informat, ple i universal a la salut i els drets sexuals i reproductius, així com a tots els serveis sanitaris connexos, inclòs l'accés a un avortament segur i legal, sense discriminació". La votació va obtenir 336 vots a favor (grups socialdemòcrata, liberal, verd, de l'esquerra i una fracció dels populars europeus), 163 en contra (un grup dels populars, la ultradreta i els conservadors) i 39 abstencions. El text no és vinculant, la reforma dels tractats requereix la unanimitat dels vint-i-set països de la UE i això és improbable que passi. No obstant això, és un pas si es té en compte la manca de consideració als no nascuts. La pregunta que sorgeix és si l'avortament pot considerar-se un dret. Pocs dies abans de la votació, la Comissió de les Conferències Episcopals de la Unió Europea va publicar una nota en què s'afirma que "l'avortament no pot ser mai un dret fonamental".<sup>2</sup> Més enllà d'aquesta declaració, la qüestió de l'avortament com a dret es reprèn en aquest article.*

En realitat, la votació del Parlament Europeu, de l'11 d'abril, remet a un debat que ja va tenir lloc el 14 de març; per tant, pocs dies després que es reformés l'art. 34 de la Constitució francesa, per incloure, com a matèria reservada a la regulació mitjançant llei, "determinar les condicions en les quals s'exerceix la llibertat garantida, a la dona, de reclamar la interrupció voluntària de l'embaràs". Davant de la proposta de resolució no vinculant

del Parlament Europeu, les declaracions dels polítics francesos que van promoure la reforma, encapçalats pel president de la República, han sobredimensionat el contingut de la reforma, com si, amb ella, s'obris una nova època en el reconeixement dels drets fonamentals. És veritat que, en exigir una regulació a través de la llei, s'equipara l'avortament als “drets civils i les garanties fonamentals reconegudes als ciutadans per exercir les llibertats públiques”; però també s'equipara a la regulació de la nacionalitat o al dret penal. No hi ha a la Constitució de la Cinquena República, vigent des de 1958, una declaració de drets fonamentals, i el seu preàmbul remet fonamentalment en aquest aspecte a la Declaració de drets de l'home de 1789 i al preàmbul de la Constitució de 1946. Per aquest motiu, la fórmula de la reforma és el més aproximat al reconeixement d'un dret, però és molt discutible que ho sigui en sentit estricte, i la demostració és que, des de l'Assemblea i des del Senat, alguns parlamentaris van defensar altres solucions que implicaven una declaració explícita del dret: podia ser la inclusió d'un article a la Constitució que recollís el dret a l'avortament o podia ser la referència explícita, al text aprovat finalment, que es tracta d'un dret subjectiu. Tant una solució com l'altra eren extravagants, si hom considera que la Constitució de 1958, com acabo d'indicar, no conté de manera explícita un reconeixement de drets.

En tot cas, el que sembla més rellevant és el perquè, i, sobretot, per què ara i aquí. El Parlament Europeu, l'any 2022 i en una resolució similar a la del passat 11 d'abril, que he citat abans, al·ludia al “retrocés en els drets de les dones i en els drets a la salut sexual i reproductiva als Estats Units i en alguns Estats de la Unió Europea”, i d'aquesta manera es referia al canvi jurisprudencial en el Tribunal Suprem dels Estats Units amb la sentència Dobbs, en la qual s'afirma que les sentències dictades en els casos Roe (1973) i Casey (1992) “representen un error la persistència del qual no es pot permetre”. Encara que totes dues sentències siguin diferents, el que ara interessa és que apuntaven cap al reconeixement constitucional del dret a l'avortament.

La resposta de la sentència Dobbs parteix d'un pressupòsit, avui sobre la base de la jurisprudència nord-americana: només es pot reconèixer un dret no referit expressament en la Constitució quan “està profundament arrelat en la tradició i la història de la nació” i es troba “implícit en el concepte de llibertat garantida constitucionalment (*ordered liberty*)”. Sobre la primera exigència, la sentència Dobbs explica que, fins al 1973, el dret prohibia amb caràcter general l'avortament, excepte en alguns casos excepcionals, i que per això no hi ha motius per mantenir l'arrelament en la tradició jurídica d'un pretès dret a l'avortament. Les sentències Roe i Casey van enllaçar aquesta exigència amb la segona, adduint casos en què el Tribunal Suprem havia admès una ponderació en la qual prevalia la decisió autònoma de la persona sobre altres interessos. Però en cap d'aquests precedents no es

Parlament Francès



presentava una situació com la de l'avortament, en què es posa fi a la vida d'un ésser humà no nascut. Això implica, per tant, que no és possible admetre que el dret a l'avortament està reconegut per la Constitució i, en conseqüència, no declarar com a inconstitucional la regulació dels estats quan limiti la possibilitat d'avortar, però no suposa que cada estat pugui regular l'avortament de la manera que estimi convenient. No es tracta, per tant, d'una sentència que exigeix una protecció determinada al feto, sinó que estableix que la permissibilitat de l'avortament i els seus límits —com havia indicat anys abans el jutge Scalia en el seu vot particular a la sentència Case— s'ha de resoldre mitjançant la persuasió d'uns ciutadans a uns altres i, després, votant, i no apareix prèviament decidida en funció dels seus límits. Per això la sentència Dobbs no és, com es pretén de vegades, un restabliment directe de la prohibició de l'avortament, sinó de la correcció del criteri precedent. Això s'observa amb claredat en el vot particular concurrent —és a dir, un aclariment del seu vot positiu en la sentència— del jutge Roberts, el qual limita de manera expressa l'aprovació a la refutació d'aquest “error seriós”.

Tanmateix, la contraposició és evident: el Tribunal Suprem dels Estats Units nega el reconeixement que el dret és implícit en la Constitució; el Parlament francès reforma la Constitució perquè, d'una forma o altra, hi aparegui aquest dret, encara que, com he explicat, de manera imperfecta, que segurament era l'única possible en el règim constitucional de la Cinquena República. En aquesta mateixa línia s'explica la insistència d'alguns parlamentaris europeus per tal que s'inclogui el dret a l'avortament a la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. No obstant això, no

només importa la contradicció explícita. Possiblement, els qui ara decideixen promoure que, en els textos constitucionals, s'inclogui una referència al dret a l'avortament són conscients que en la sentència Dobbs hi ha alguna cosa que va més enllà de l'abast de la decisió concreta, a la qual s'ha fet referència.

En efecte, a la sentència Dobbs hi ha uns aspectes argumentals que permeten observar-la amb atenció, i que resumiria en tres àmbits. D'una banda, la sentència Dobbs restringeix la tendència actual a la proclamació de “nous drets” i evita que puguin formular-se sense vinculació real a la tradició dels textos constitucionals. El risc és evident en el dret europeu i especialment a Espanya, on el legislador ordinari mateix desenvolupa arguments doctrinals discutibles en els preàmbuls d'algunes lleis, i s'erigeix en una mena de poder constituent tot i que mai no li han reconegut aquesta competència.

D'altra banda, el raonament del Tribunal Suprem nord-americà per modificar el criteri seguit en sentències precedents, com les sentències Roe i Casey, no es desenvolupa retrospectivament, sinó més aviat com un avenç en el reconeixement de drets: “algunes de les nostres decisions constitucionals més importants han rectificat precedents anteriors”, diu el Tribunal citant casos tan rellevants com el rebuig, el 1954, de la doctrina que permetia la segregació racial sempre que no impliqués desigualtat (“separate but equal”). Per més que els qui discrepen de la decisió la presentin com un retrocés, això només afecta el resultat: la decisió del Tribunal Suprem ja no coincideix amb la seva opinió. Però el Tribunal Suprem dels Estats Units només argumenta de manera crítica perquè ha d'explicar la modificació d'un criteri anterior, la qual cosa, per cert, no va fer el Tribunal Constitucional espanyol —o ho va fer d'una manera tan deficient que el seu intent és inapreciable— en la Sentència 44/2023, de 9 de maig, en relació amb l'avortament, mentre que anteriorment el criteri essencial per determinar que l'avortament no estigués prohibit quan hi havia consentiment de la dona era la inexigibilitat de portar a terme l'embaràs i no un dret a decidir en relació amb l'avortament.

Finalment, el Tribunal Suprem dels Estats Units introdueix com a element del raonament la vida del no nascut, que —excepte en el cas de les decisions del Tribunal Constitucional Federal alemany, tot i que d'una manera que penso que és criticable— havia desaparegut de l'equació per permetre el reconeixement del dret. En aquest punt, és decisiu el plantejament sobre la viabilitat, que encara als Estats Units era un punt crucial, i que, tot i que no de manera expressa, és darrere de la determinació d'alguns terminis de previsió de l'avortament. La regla central de la sentència Roe (1973) era una distinció poc sòlida sobre la viabilitat del fetus, que la sentència Casey (1992) no va arribar a modificar, encara que intentés afegir arguments al

reconeixement del dret; però a l'origen de la formulació d'un dret a l'avortament hi havia l'afirmació que qualsevol prohibició de l'avortament anterior a la viabilitat es convertia en inconstitucional. En aquest punt, la sentència Dobbs és contundent, i assenyalava la viabilitat com una "línia arbitrària", perquè depèn de "la qualitat dels mitjans mèdics disponibles" i s'ha modificat amb els avenços de la medicina, i perquè no és possible parlar de viabilitat en termes absoluts, ja que finalment és un pronòstic.

Aquesta mar de fons de la sentència Dobbs és, al meu parer, la causa que s'hagi precipitat un moviment a favor del reconeixement constitucional explícit d'un dret a l'avortament. Quan, fa unes setmanes, se sentien les declaracions de polítics francesos, encapçalats pel president de la República, feia la impressió que, en la votació del Parlament sobre la reforma constitucional, s'havia consumat una nova Declaració dels Drets de l'home i del ciutadà, com la que va votar l'Assemblea Nacional i va promulgar posteriorment el rei Lluís el 1789, tot i que ara era el Parlament en ple el que s'havia reunit —per cert, a Versalles— i Emmanuel Macron, el protagonista de la promulgació. La desproporció de la campanya de comunicació, però, confirma, junt amb els intents de diputats europeus en relació amb la Carta de Drets de la Unió i amb la reacció d'un no gens negligible sector de la societat francesa, defraudada amb la decisió dels seus polítics, una intuïció: n'hi ha que temen que, de la mateixa manera que la sentència Roe va remoure la discussió sobre l'avortament en aquells moments i ha tingut un desenvolupament que a tothom li hauria semblat imprevisible, la sentència Dobbs pugui tenir un efecte similar, però en sentit contrari. És el temor que un debat que es considerava tancat pugui tornar a obrir-se.

<sup>1</sup> Catedràtic de Dret Penal, Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona.

<sup>2</sup> COMERCE, the Catholic Church in the European Union (2014), *Yes to the promotion of women and to the right to life, no to abortion and ideological imposition*. Statement April 9<sup>th</sup>. A <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.comece.eu/wp-content/uploads/sites/2/2024/04/2024-04-08-Abortion-Statement-EN-Final.pdf>>. Vegeu-ne un resum en castellà a <<https://www.vaticannews.va/es/iglesia/news/2024-04/ue-comece-el-aborto-nunca-sera-un-derecho-fundamental.html>>.