ISSN 1515-7326, n.º 17, 1|2016, págs. 133 a 163

A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa*

A, B and C v. Irland: abortion in Europe

Silvina Alvarez**

Fecha de presentación del texto, primera versión: 11/08/15.
Fecha de entrega de revisiones: 18/11/2015.
Fecha de entrega del texto final, revisado por el/la autor/a: 18/12/2015.

Resumen: El artículo se centra en la última decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de aborto. De acuerdo con el Tribunal, la legislación irlandesa sobre aborto entra dentro del margen de apreciación del Estado, y no hay discriminación ni quebrantamiento de derechos de la Convención. La decisión final estaría indicando que no basta la existencia de consenso europeo sobre la materia para oponerse a la regulación irlandesa sobre aborto y que haría falta ahondar en el alcance de los derechos comprometidos, tarea esta última que el Tribunal prefiere no emprender.
Palabras clave: aborto, Tribunal Europeo de derechos humanos, derecho a la intimidad

Abstract: The article focuses on the latest decision of the European Court of Human Rights on abortion. According to the Court, Ireland's legislation on abortion is within the country's margin of appreciation,

* Diversas versiones de este trabajo fueron presentadas y discutidas en seminarios mantenidos con profesores y profesoras de la Universidad de Córdoba en Argentina, la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Génova y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España. Mi agradecimiento a quienes participaron en dichos seminarios.

** Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, correo electrónico: silvina.alvarez@uam.es

and there has been neither discrimination no breach of human rights in the Convention. The final decision points out European consensus on the matter is not enough for rejecting Irish regulation, and further analysis of the rights in conflict should be accomplished: but the Court does not take such analysis into consideration.
Keywords: abortion, European Court of Human Rights, right to private life

I. Introducción

La última sentencia del TEDH en materia de aborto *(Grand Chamber, Application n.° 25579/05,* 16 de diciembre 2010), fija los límites para la interpretación de los derechos reproductivos de las mujeres en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dichos límites se establecen en relación con las convicciones morales de la sociedad de referencia, es decir, del conjunto de ciudadanos del Estado demandado. Al decidir el presente caso sobre el aborto en Irlanda, el TEDH hace referencia expresa a la situación en el resto de países del entorno europeo, a pesar de lo cual la sentencia no vincula su decisión a dicha situación, es decir a la existencia de un consenso europeo sobre aborto. Aunque los argumentos de la sentencia no siempre resultan transparentes, la decisión final, como veremos, estaría indicando que no basta la existencia de consenso para oponerse a la regulación irlandesa en materia de aborto, y que haría falta ahondar en el alcance de los derechos comprometidos; sin embargo, el Tribunal prefiere no emprender esta tarea.

II. A, B y C v. Irlanda

A, B y C v. Irlanda reúne las demandas de tres mujeres que, cada una en circunstancias distintas pero bajo el mismo marco regulador de la legislación irlandesa en materia de aborto, demandan al Estado por violación de varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La primera de las demandantes, A, viajó a Inglaterra el 28 de febrero de 2005 para realizar un aborto. En ese momento, como se afirma en la sentencia,

> [A] estaba embarazada de 9 semanas y media [ ] no estaba casada, no tenía trabajo y vivía en la pobreza. Tenía cuatro hijos pequeños. El más pequeño era discapacitado y todos los niños estaban en instituciones de acogida *(foster care)* como resultado de los problemas que la madre había padecido como alcohólica. Tenía antecedentes de depresión durante sus primeros cuatro embarazos y estaba luchando contra la depresión en el momento de su quinto embarazo. Durante el año anterior a su quinto embarazo, había estado sobria y en permanente contacto con los trabajadores sociales con vistas a recuperar la custodia de sus hijos. Consideraba que otro niño en ese momento de su vida (con el previsible riesgo de depresión post-parto y riesgo de reincidir en el alcoholismo) podría amenazar su salud así como la reunificación familiar. Decidió viajar a Inglaterra para realizar un aborto (párrafos 13-14 de la sentencia –en adelante §13-14).

Tras solicitar un préstamo viajó en secreto, sin alertar a los servicios sociales sobre dicho viaje.

La segunda demandante, B, viajó a Inglaterra el 17 de enero de 2005 para realizar un aborto.

> [B] estaba embarazada de 7 semanas […] Estaba convencida de su decisión de viajar a Inglaterra para un aborto dado que no podía cuidar ella sola de un niño en ese momento de su vida […] Tuvo dificultades para hacer frente a los costes del viaje […] A su regreso a Irlanda comenzó a observar pérdidas sanguíneas y, dos semanas después, insegura sobre la legalidad de su viaje para realizar un aborto, buscó consejo médico en una clínica de Dublín afiliada a la clínica inglesa (§18-21).

La tercera demandante, C, viajó a Inglaterra el 3 de marzo de 2005 para realizar un aborto. "Con anterioridad, había estado en tratamiento durante 3 años con quimioterapia debido a una forma poco común de cáncer" (§ 23). Cuando de manera no deseada quedó embarazada, consultó con sus médicos y "alegó que, como resultado de los severos efectos del marco legal irlandés, recibió una información insuficiente sobre el impacto del embarazo sobre su salud y su vida así como sobre

el impacto de su enfermedad sobre el feto [ ] Dada la incertidumbre sobre los riesgos, la tercera demandante viajó a Inglaterra para un aborto" (§ 24-25).

El marco legal irlandés en materia de aborto lo proporciona la propia Constitución irlandesa. Después de las enmiendas introducidas en 1983 (enmienda 8) y en 1992 (enmiendas 13 y 14) el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa quedó configurado con la siguiente redacción:

> El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes el respeto y, en la medida de lo posible, la defensa y vindicación de dicho derecho a través de sus leyes.
> Lo establecido en este apartado no limitará la libertad de viajar desde el Estado a otro Estado.
> Lo establecido en este apartado no limitará la libertad para obtener o proporcionar, dentro del Estado, sujeto a las condiciones que sean establecidas por ley, información relativa a servicios legalmente disponibles en otro Estado.

En cuanto a la legislación penal vigente en materia de aborto al momento de los hechos que dan lugar a la sentencia, cabe resaltar que la sanción prevista para la mujer o quien la asistiese para realizar un aborto era la cadena perpetua (*section 58, Offences Against the Person Act 1861*)[1].

[1] Como consecuencia de la sentencia del TEDH –y sumado a la muerte por septicemia de una paciente embarazada que en 2012 fue ingresada en un hospital irlandés con una hemorragia, negándose los médicos a realizarle un aborto por encontrarse vivo el feto–, una nueva normativa legal –Ley sobre la protección de la vida durante el embarazo–, ha sido recientemente aprobada en Irlanda –en julio de 2013–, que contempla tres casos en los que se permite abortar –por riesgo de vida debido a enfermedad física, por riesgo de vida debido a una emergencia médica y en los casos en que la vida esté en riesgo por posibilidad de suicidio–. No se contempla el aborto en casos de violación ni de anomalías fetales. Asimismo, la legislación penal ha sido revisada, fijándose penas máximas de 14 años de prisión por el delito de "destrucción de la vida humana del no nacido", tanto para la mujer como para quien la asista.

En el ámbito jurisprudencial irlandés, dos son las sentencias que abrieron la posibilidad de aborto en caso de serio riesgo para la vida de la mujer; se trata de los conocidos como "caso X"[2] y "casoC"[3], protagonizados por menores de catorce y trece años, respectivamente, que quedaron embarazadas como consecuencia de sendas violaciones. En el primer caso, y después de haberse verificado que existía el riesgo que la menor se suicidase si no se le permitía realizar un aborto –es decir que se trataba de una situación de riesgo para la vida de la menor–, el Tribunal Supremo irlandés resolvió en 1992 que en tales circunstancias el aborto era legal en Irlanda, ya que respondía a la necesidad de salvaguardar la vida de la mujer embarazada (§ 37-44). Años más tarde, en 1998, siguiendo este antecedente jurisprudencial, el Alto Tribunal (*High Court*)[4] resolvió de manera análoga el segundo de los casos mencionados (§ 95-96).

Con este marco legal y una jurisprudencia que con extrema cautela ha reconocido el derecho al aborto estrictamente en casos de riesgo para la vida de la mujer, el contexto jurídico irlandés sobre aborto resulta fuertemente restrictivo en materia de derechos reproductivos de las mujeres[5], como ponen de manifiesto las circunstancias en que tienen lugar los hechos objeto de la demanda interpuesta por A, B y C ante el TEDH. En relación con tales hechos, cabe distinguir las

[2] *Attorney General v. X and Others*, 1992, 1IR 1.

[3] *A and B v. Eastern Health Board, Judge Mary Fahy and C, and the Attorney General (notice party)*, 1998, 1 IR 464.

[4] Se utiliza aquí la traducción literal, ya que en razón de sus competencias (funciona como primera instancia en una serie de materias penales y civiles de especial relevancia, así como en cuestiones de revisión constitucional) resulta difícil asimilar este Tribunal a una figura análoga en los sistemas jurídicos continentales.

[5] Otros documentos importantes en relación con el aborto en Irlanda son: *Crisis Pregnancy Agency ("CPA") Order 2001* (77-79); *Parliamentary Assembly of the Council of Europe ("PACE") Recommendation 1903(2010)* (107-108); así como los Informes de Organismos de Naciones Unidas sobre las condiciones altamente restrictivas para la obtención de un aborto legal en Irlanda, págs. 109-111.

distintas motivaciones de las demandantes para recurrir al aborto, tal como precisa la sentencia:

> El Tribunal considera que la primera demandante viajó para realizar un aborto por razones de salud y bienestar, la segunda demandante lo hizo por razones de bienestar y la tercera demandante lo hizo principalmente porque temía que su embarazo constituyese un riesgo para su vida. Mientras el Gobierno utiliza la terminología "razones sociales", el Tribunal ha considerado útil distinguir entre razones de salud (física y mental) y otras razones relativas al bienestar, para describir por qué las demandantes optan por la realización de un aborto (§ 125).

Los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuya violación alegan las demandantes son: demandantes A y B, Art. 3 (trato inhumano o degradante), Art. 8 (intimidad), Art. 13 (recurso efectivo) y Art. 14 (no discriminación); demandante C, Art. 2 (vida), 3, 8, 13 y 14.

Conviene recordar aquí la redacción del art. 8, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en torno al cual gira la argumentación de la sentencia:

> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En relación con el art. 8, el Tribunal entiende que "la noción de 'vida privada' [...] es un concepto amplio que comprende, inter alia, el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal (...). Comprende cuestiones tales como la identidad de género, la orientación sexual y

la vida sexual (...) así como las decisiones relativas tanto a tener como a no tener hijos o a ser padres genéticos (...)" (§ 212).

A continuación el Tribunal admite que la legislación que regula la interrupción del embarazo interfiere con la vida privada de la mujer, aunque agrega que "siempre que una mujer está embarazada su vida privada pasa a estar íntimamente conectada con el desarrollo del feto" y que por tanto se produce un conflicto entre el derecho de la mujer a su vida privada y otros derechos o libertades incluidos los del no nacido (§ 213). La aclaración, sin embargo, resulta sumamente imprecisa en relación con el estatus del "no nacido".

Así, una vez que ha reconocido que sí existe interferencia con la vida privada de la mujer, el Tribunal pasa a considerar si dicha interferencia puede considerarse injustificada en los términos del art. 8, es decir, tendrá que evaluar si se ha establecido "de acuerdo con la ley" y si es "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar alguno de los "objetivos legítimos" especificados en dicho artículo.

Respecto de la previsión legal, el Tribunal no tiene dudas en cuanto a que en los casos de las demandantes A y B existía una clara prohibición legal de abortar que surge tanto de lo establecido en el art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa como de lo fijado en los arts. 58 y 59 de la ley n.º 1861.

Respecto de los fines legítimos que puedan justificar la interferencia con el derecho a la intimidad, y de conformidad con el art. 8 antes transcrito, dichos fines estarían dados por las exigencias morales de los irlandeses considerados como pueblo.[6] Para calibrar la necesidad de dicha restricción en una sociedad democrática, el Tribunal apela a la doctrina del margen de apreciación[7].

[6] Ver párrafos 224 y 227 de la sentencia.

[7] Ver párrafo 231 de la sentencia.

III. Primer nudo argumental de la sentencia: el margen de apreciación

La primera cuestión que el Tribunal debe despejar es la relativa a si un Estado firmante del Convenio tiene la capacidad para decidir unilateralmente sobre la cuestión planteada –el derecho a abortar de las mujeres–, si existe algún límite a dicha decisión y, en su caso, cuál es dicho límite. Asimismo, dadas las distintas circunstancias en que se producen los casos de las tres demandantes, el Tribunal se ocupa en primer lugar de los casos de A y B, para ocuparse más adelanta de C, ya que las conclusiones serán distintas en uno y otro caso.

El Tribunal empieza por fijar un criterio que entiende es un límite claro al margen de apreciación permitido a los Estados: éstos verán restringido su margen de apreciación en relación con cuestiones que afecten "algún aspecto de la existencia o identidad del individuo" (§ 232). Pero este límite o restricción se desvanece, según el Tribunal, cuando "no haya consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, bien en relación con la importancia del interés en cuestión, bien en relación con el mejor modo de protegerlo, particularmente cuando el caso presente aspectos morales o éticos de especial sensibilidad" (§ 232).

Dado que los Estados nacionales son los que se encuentran en mejores condiciones para captar esa sensibilidad moral de los pueblos, "un amplio margen de apreciación es por tanto y en principio otorgado al Estado de Irlanda para determinar la cuestión sobre si se ha producido un equilibrio equitativo entre la protección del interés público,[...], y los derechos en conflicto de la primera y segunda demandante de respetar su vida privada en los términos del Artículo 8 del Convenio" (§ 233).

Sin embargo, como había ya mencionado anteriormente, el Tribunal admite que hay que analizar primero si existe algún consenso particular entre los Estados sobre cómo resolver dicho conflicto, consenso que pueda servir de contrapeso al margen de apreciación, en este caso de Irlanda. Como afirma el propio Tribunal "el consenso ha sido invocado para justificar una interpretación dinámica del Convenio [...]" (§ 234). Y aquí el TEDH realiza una afirmación que parece concluyente en su argumentación:

> En el presente caso, y contrariamente a lo alegado por el Gobierno [de Irlanda], el Tribunal considera que hay un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permisión del aborto en unos términos que son más amplios que los acordados por el derecho irlandés (§ 235).

Para avalar esta afirmación el Tribunal aporta las cifras sobre el número de países del entorno europeo en los que la primera y segunda demandantes habrían podido practicar un aborto legalmente[8]: de los 47 países que conforman el Consejo de Europa, en 30 de estos países las demandantes hubiesen podido obtener un aborto sin necesidad de fundamentar la solicitud, en 35 países lo hubiesen podido obtener sobre la base de consideraciones relativas al bienestar, y en 40 países lo hubiesen podido obtener sobre la base de consideraciones relativas a la salud (§ 112).

Sorprendentemente, después de haber reconocido la existencia de consenso y de haberla avalado con las cifras sobre la legislación sobre aborto existente en los países europeos, subrayando la excepcionalidad en el entorno europeo de la legislación irlandesa, el Tribunal pasa a negar que este consenso limite el margen de apreciación de los Estados. Y lo hace de una manera aún más sorprendente, que consiste en negar que el consenso relevante a los efectos del caso sea el existente en relación con el contenido de la legislación vigente en los países del entorno al que se había referido antes, y afirmar que dado que no existe consenso sobre

> cuándo comienza el derecho a la vida (...) porque no ha habido un consenso europeo sobre la definición científica y legal del

[8] Cabe agregar que dicho consenso es el que surge también de los documentos y acuerdos internacionales que apuntan en la dirección del reconocimiento del derecho al aborto, como lo ha hecho el Comité de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) que reconoce el derecho al aborto como un aspecto del derecho a la igualdad. Londono, "Redrafting abortion rights under the Convention: A, B and C v. Ireland", en: Eva Brems (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge University Press, 2013, pág. 113.

> comienzo de la vida, entonces ha sido imposible responder a la pregunta sobre si el no nacido es una persona que deba ser protegida a los efectos del Artículo 2 [...] (§ 237).

Sintetizando, el argumento del Tribunal parece ser el siguiente:

> El margen de apreciación de los Estados está en relación con el consenso existente a la luz de una interpretación evolutiva del Convenio, de manera que a mayor consenso entre los Estados firmantes menor margen de apreciación para los Estados individualmente considerados.
> Entre los países del Consejo de Europa sí existe dicho consenso sobre los casos en que debe permitirse la interrupción del embarazo. Sin embargo, se debe considerar que tal consenso no reduce el margen de apreciación de los Estados porque no hay consenso sobre la cuestión subyacente a la legislación sobre la que sí hay consenso, que es la cuestión sobre cuándo comienza la vida.

El Tribunal remarca por tanto la ausencia de consenso científico y legal sobre el comienzo de la vida. En realidad, la cuestión sobre el comienzo de la vida no parece depender de la verdad científica, sino más bien de la valoración moral que hagamos de las diversas aportaciones científicas sobre el inicio de la vida. Otra vez, sorprende el salto argumental que realiza el Tribunal, que después de haber insistido en el consenso legislativo, en la convergencia que se verifica en la región sobre el contenido sustancial de la normativa sobre aborto, se detiene en una cuestión de índole moral, queriendo al parecer resaltar que esta cuestión moral subyacente no necesariamente se ve reflejada en la legislación. Es decir, el Tribunal parece querer resaltar que el acuerdo legislativo no resuelve necesariamente la cuestión moral, que quedaría pendiente de resolución: la legislación vigente podría ser, en algunos casos, fruto del acuerdo sobre cuestiones morales, pero también podría ser fruto de lo contrario-vistas las discrepancias sobre cuestiones morales, se decide aparcar dichas cuestiones y consensuar una legislación que permita que en el ámbito privado cada persona resuelva y aplique individualmente sus propias convicciones morales. Según esta segunda interpretación, la ausencia de consenso en el ámbito público

sobre cuestiones de índole moral como las relativas al aborto, podría resolverse con un acuerdo legislativo que pusiese fin, en dicho ámbito público-político, a cuestiones morales que se desplazarían al ámbito privado. Supongamos que éstas son las disquisiciones que laten en la invocación que realiza el TEDH a la cuestión moral subyacente.

Según el voto disidente de la sentencia del TEDH, el error en esta argumentación reside en que el consenso relevante para calibrar si cabe o no invocar la doctrina del margen de apreciación, no es el que pueda existir en torno a las cuestiones subyacentes a la legislación –punto 3 del argumento del Tribunal reconstruido más arriba– sino en torno a la legislación misma –punto 2–. Y esto es así debido a que los acuerdos legislativos sobre el alcance de los derechos individuales son relevantes con independencia de las cuestiones morales sustantivas a las que respondan –en la medida, claro está, en que no se aparten del marco del Convenio–. A menudo la legislación establece la medida en que se considera que deben ser garantizados los derechos de las personas precisamente con vistas a que cada una pueda desarrollar y aplicar, en el ámbito privado, los valores que surjan de su propia concepción del bien, y no de la concepción de una mayaría. En el caso de una cuestión tan disputada como es precisamente la que respecta a la calificación moral que merece la vida embrionaria o la vida fetal en las semanas o meses siguientes a la concepción, resulta extremadamente problemático querer alcanzar un consenso que pueda aglutinar las distintas posiciones morales al respecto. Se trataría, precisamente, del tipo de cuestiones en las que se impone el máximo respeto a las concepciones morales individuales.

De lo dicho hasta aquí, debemos reparar ahora en la siguiente cuestión. Según el voto disidente, se trata de la primera vez que el TEDH deja de lado el consenso existente entre los países europeos para hacer prevalecer las convicciones morales expresadas en el ordenamiento jurídico de un Estado y considera este giro una maniobra cuanto menos peligrosa. La pregunta que, por tanto, me parece necesario intentar responder, es la relativa a por qué el TEDH desestima el consenso europeo en materia de legislación sobre aborto. Para poder indagar en el razonamiento del Tribunal, se hace necesario plantear

también dos cuestiones ulteriores en relación con la sentencia: la primera, sobre el peso que debe otorgarse a las concepciones morales de una mayoría democrática cuando dichas concepciones interfieren con el ejercicio de derechos individuales (y esta cuestión guarda una relación directa con el alcance de la doctrina del margen de apreciación) y, la segunda, sobre si siempre es el Estado quien, como afirma la sentencia, está en mejores condiciones para valorar cuál es el sentir de dicha mayoría democrática cuando están comprometidos derechos humanos en los términos del Convenio Europeo[9]. Para calibrar mejor estas cuestiones, conviene detenernos en el significado de algunos de los conceptos doctrinales que está utilizando el TEDH en esta sentencia. Para esto me voy a referir al análisis que realiza George Letsas[10] sobre la llamada *interpretación evolutiva* del Convenio, mencionada en la sentencia al referirse al consenso alcanzado en los países del entorno europeo en relación con la legislación sobre aborto. Este análisis resultará relevante para ver a qué puede estar haciendo referencia exactamente el TEDH cuando apela al margen de apreciación y por qué en el presente caso no toma en cuenta el consenso alcanzado en los países de la región como contrapeso a dicho margen.

A través del análisis de diversas sentencias del Tribunal, Letsas afirma que allí donde aparecen consideraciones relativas al creciente consenso legislativo –e incluso a veces al consenso simplemente sociológico o de opinión pública– en torno a un determinado tema entre los Estados miembros, consenso que se presenta como el producto de una evolución en la manera de interpretar el contenido de algún

[9] Ambas cuestiones advierten, desde mi punto de vista, sobre la conveniencia de un uso prudente de la doctrina del margen de apreciación. Esta última, a través del mecanismo de la deferencia a los Estados, sustrae al Tribunal de su misión primordial de avocarse al análisis de los derechos contemplados en el Convenio y, en última instancia, a la resolución de los eventuales conflictos a través de una adecuada interpretación o ponderación de los derechos, valores e intereses presentes en los mismos. Son éstas las razones que parecen sugerir cautela al momento de apelar sin más a la deferencia.

[10] Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, [s/l]: Oxford University Press, 2007.

derecho del Convenio, estas consideraciones van siempre precedidas por una interpretación del alcance sustantivo del derecho en cuestión (2007: 74-79).

Este análisis queda bien ilustrado en el caso *Dudgeon v. Reino Unido* [A, n.º 45, 1981], sobre si la penalización de la homosexualidad en Irlanda del Norte podía considerarse una violación del art. 8 del Convenio en relación con el respeto de la vida privada y la vida familiar garantizado en dicho artículo. En tal oportunidad, el TEDH afirmó que la mejor comprensión que tenemos hoy de la homosexualidad permite rechazar el tipo de sanciones previstas en la legislación penal recurrida y afirmar la vigencia del art. 8 en el ámbito de las relaciones homosexuales. Como afirma Letsas, la parte relevante de esta argumentación está en considerar que la actual interpretación, según la cual las relaciones homosexuales son merecedoras del respeto debido a las personas en su esfera íntima y familiar, es –mejor– y resulta más adecuada al contenido que debe darse al art. 8, no porque sea meramente diferente o recoja un consenso fáctico en la materia, sino porque revela consideraciones sustantivas que son más propicias o adecuadas para salvaguardar los valores que subyacen al derecho en cuestión[11].

Me parece que *Dudgeon v. Reino Unido* marca un punto importante en la interpretación del Art.8, al estimar que la opción por la homosexualidad forma parte de un aspecto tan exclusivamente privado de la vida de una persona que el margen de apreciación del Estado debe verse necesariamente reducido y las convicciones morales de la sociedad necesariamente postergadas. Para poner la cuestión en términos de preferencias, las preferencias externas de los individuos –tal como las caracterizara R. Dworkin–, manifestadas como sentir o convicciones morales de una mayoría, no deben imponerse frente a las preferencias internas de las personas que son expresión del núcleo irreductible del derecho a la intimidad.

Si la lectura que hace Letsas de la jurisprudencia del Tribunal es correcta, entonces el consenso revelado en la legislación convergente

[11] Letsas, G., *op. cit.*, págs. 78-79.

de una mayoría de los Estados miembros en torno a una determinada materia, funcionaría solo como un argumento subsidiario que ayudaría a reforzar lo que en cualquier caso debería ser un cambio en la interpretación sustantiva respecto al alcance de un derecho, su fundamentación o los valores que este expresa.En este sentido, los consensos obtenidos en la región deberían tener una relevancia especial y ser particularmente tenidos en cuenta por el TEDH precisamente cuando se trata de consensos que marcan un avance en la protección de derechos individuales. Como afirma M. Iglesias, "parece [...] que solo sería razonable que un consenso contrario tuviera relevancia frente a la voluntad estatal si ello supusiera un avance respecto al derecho en cuestión, con lo que es difícil considerar que el consenso pueda ser *per se* un elemento determinante de un juicio de adecuación al convenio"[12]. Y precisamente este parece ser el caso en materia de aborto: el consenso alcanzado en la mayor parte de los Estados europeos demuestra una protección mayor de los derechos reproductivos de las mujeres, de la capacidad de elegir, de la autonomía y, por tanto, del derecho a la intimidad de las mujeres en los términos del art. 8 del Convenio, en conformidad con las pautas fijadas sobre la materia por organismos internacionales[13].

Si trasladamos esta lectura a *A, B y C v. Irlanda*, el consenso legislativo perdería entonces relevancia en la argumentación precisamente porque el Tribunal no ha hecho previamente una interpretación del art. 8 del Convenio que permita considerar que el derecho a la intimidad o vida priva y familiar de la mujer tiene el alcance que sería necesario reconocerle para avalar la legislación de la mayoría de los Estados europeos sobre aborto, y rechazar al mismo tiempo la normativa irlandesa

[12] Iglesias Vila, M., "La jurisprudencia del TEDH y el crucifijo en las aulas: Hacia una concepción sustantiva de la doctrina del margen de apreciación", borrador provisional presentado en el seminario del Área de Filosofía del derecho de la UAM, 2012, pág. 9

[13] Para una exposición sobre el desarrollo de los estándares legales y jurisprudenciales en materia de aborto en el ámbito internacional y regional, ver Zampas, C. y Gher, J. M., "Abortion as a Human Right. International and Regional Standards", *Human Rights Law Review* 8:2, 2008, págs. 249-294.

sobre el mismo. En cambio, las consideraciones del TEDH sobre este punto son muy escasas y no pasan de una escueta mención al problema que resulta de determinar cuál es la definición adecuada sobre el comienzo de la vida. En definitiva, parecería que en materia reproductiva no se puede afirmar un derecho a la intimidad pleno para las mujeres porque no se puede establecer un estatus jurídico claro para la vida embrionaria. Si éste es el punto sobre el que, como adelanta el Tribunal, debería existir acuerdo para que fuese posible afirmar la relevancia del consenso en la materia, entonces cabe sospechar que el Tribunal debería haber ahondado en el alcance del derecho a la vida en relación con los otros derechos en conflicto[14], pero no lo hizo.

Al apelar a la capacidad del Estado irlandés para decidir sobre las condiciones de la legislación sobre aborto, el TEDH estaría avalando la idea según la cual el derecho a la vida privada y familiar protegido en el art. 8 puede ser limitado en razón de consideraciones relativas a las convicciones morales del pueblo irlandés, y en este sentido debe concederse al Estado irlandés un amplio margen de apreciación. Más concretamente, el Tribunal estaría avalando que los derechos reproductivos de las mujeres como expresión del derecho a la vida privada y familiar protegido en el art. 8, pueden ser limitados a través de una legislación restrictiva del aborto, en nombre de consideraciones colectivas como son las convicciones morales de la mayoría, y que en su caso corresponde al Estado llevar a cabo tal limitación.

Pero como afirma Letsas, la doctrina del margen de apreciación por sí misma no resuelve la cuestión sustantiva pendiente de análisis a través de la ponderación, el juicio de proporcionalidad o el marco normativo capaces de dar cuenta del tipo de relación que se establece entre el derecho individual y las consideraciones colectivas. Lo único que haría la doctrina del margen de apreciación sería trasladar la decisión sobre la interpretación sustantiva pendiente, al ámbito de las instituciones democráticas nacionales, alegando que ellas se encuentran

[14] Sobre los conflictos morales en torno al aborto, ver Alvarez, S., "Los argumentos sobre la moralidad del aborto", en: Bergallo, P. y Ramón Michel, A. *Las decisiones reproductivas en el derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 2015.

mejor posicionadas para decidir sobre la cuestión. Pero al hacer esto, el Tribunal parece pasar por alto que el caso llega a la jurisdicción europea precisamente porque las demandantes consideran que las instituciones democráticas nacionales se han excedido en la interferencia de los derechos individuales. Como afirma Letsas, –la idea del margen de apreciación por sí misma carece claramente de cualquier fuerza normativa que pueda ayudarnos a establecer cuál es la relación entre el derecho individual y el interés público–, no resuelve por tanto la cuestión sustantiva sobre la que se le pide al Tribunal que se pronuncie y la forma en que éste lo está utilizando revela una petición de principio[15]. Por estas razones, como se señaló ya más arriba, considero que el Tribunal debería ser sumamente cauteloso al apelar al margen de apreciación, toda vez que al hacerlo evita el ejercicio de ponderación para el que ha sido llamado a pronunciarse.

Si en lugar de devolver la cuestión al marco institucional de donde partió la demanda, el TEDH se hubiese embarcado en la necesaria interpretación sustantiva del conflicto planteado, tal vez habría podido realizar una lectura del art. 8 capaz de incluir bajo su protección el derecho al aborto como expresión de los derechos reproductivos de las mujeres, de su intimidad, su vida privada y familiar y, por tanto, de su capacidad de decisión. De ser así, habría podido también dar sentido y contenido moral y jurídico al consenso europeo existente en la materia e invocarlo en apoyo de tal interpretación. Pero el Tribunal, claramente, no ha querido dar este paso.

IV. Segundo nudo argumental: tutela de la opción de informarse y viajar al extranjero (§ 239 y ss)

La segunda cuestión importante que el Tribunal aborda es la relativa a la intromisión en la esfera de intimidad de la mujer. Dicha intromisión, como ha dicho previamente, podría verse justificada con la aplicación de la doctrina del margen de apreciación –que legitima que en este caso el sentir del pueblo irlandés fundamente la intromisión– siempre

[15] Letsas, G., *op. cit*., págs. 86-87

y cuando no excedan los límites del margen de apreciación. Según el Tribunal, como hemos dicho más arriba, no se verifica tal exceso en relación con lo establecido por el art. 8 del Convenio sobre el derecho a la intimidad, pero el exceso podría provenir de la vulneración de otros derechos.

En este punto el Tribunal introduce la siguiente afirmación:

> Del extenso, complejo y sensible debate que ha tenido lugar en Irlanda (...) en lo relativo al contenido de su legislación sobre aborto, ha surgido una elección. El derecho irlandés prohíbe el aborto en Irlanda por razones de salud y bienestar pero permite a las mujeres que se encuentren en la posición de la primera y la segunda demandante, que deseen realizar un aborto por dichas razones (...) la opción de viajar legalmente a otro Estado para realizarlo (§ 239).

Efectivamente, las enmiendas a la Constitución irlandesa introducidas en 1992 como consecuencia de los referéndums en los que las respectivas propuestas fueron aceptadas por amplias mayorías, garantizan que no se limitará ni la libertad de viajar a otro Estado, ni la libertad de obtener o proporcionar información sobre los servicios legalmente disponibles en otros Estados.

Conviene aquí hacer un paréntesis para entender mejor el contexto nacional y europeo en el que Irlanda llega a la introducción de las enmiendas constitucionales que garantizan el derecho a la información y el derecho a la libre circulación de las personas en relación con el aborto. En este contexto resulta relevante la intervención de instituciones de la Unión Europea (UE) que de diferentes maneras entraron oportunamente en diálogo con el Estado irlandés.

Hacia finales de la década de los 80, los tribunales irlandeses se enfrentaron con el caso *Society for the Protection of the Unborn Child (SPUC.) v. Grogan*, en el que se acusaba a un grupo de estudiantes de distribuir información sobre abortos en el extranjero. Se produjo entonces un cruce en las resoluciones al respecto por parte de distintas instancias judiciales irlandesas. Por un lado, el Alto Tribunal (*High*

Court)[16] entendió que no había en dicho caso un delito de asistencia o colaboración para la realización de un aborto y elevó una consulta ante el Tribunal Europeo de Justicia (TEJ) para que se pronunciase sobre el mismo. Por otro lado, mientras estaba aún pendiente el pronunciamiento del TEJ, el caso fue recurrido en apelación ante el Tribunal Supremo (*Supreme Court*), que además de pronunciarse en contra del fallo del Alto Tribunal, afirmó que la cuestión no revestía importancia para el derecho europeo y que, por tanto, no correspondía recurrir a la jurisdicción europea (Miller 1999: 201-202).

El TEJ, por su parte, al pronunciarse sobre el caso[17], afirmó que las prácticas médicas vinculadas al aborto en los países en los que se trata de una actividad legal, están configuradas como una actividad profesional, un –servicio– según lo dispuesto por el art. 60 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE). Aunque el TEJ afirmó también que no estaba dentro de su competencia el pronunciarse sobre la forma en que se aplican los derechos fundamentales en cada uno de los países miembros, no dejó lugar a dudas sobre la necesidad de proteger la libertad de información respecto de las actividades, prácticas profesionales o servicios legales ofrecidos por Estados miembros[18].

Tanto es así que al momento de suscribir el Tratado de Maastricht, Irlanda introdujo también el Protocolo n.º 17, de febrero de 1992, en los siguientes términos:

> Nothing in the Treaty on European Union, or in the treaties establishing the European Communities, or in the Treaties or Acts modifying or supplementing those treaties, shall affect the application in Ireland of 40.3.3 of the Constitution of Ireland.

[16] Ver nota 3 a pie de página.

[17] Caso 159/90 *Society for the Protection of the Unborn Child (Ireland) v. Grogan and Others,* 1991, 3 C.M.L.R. 849.

[18] Miller, P. G., "Member State Sovereignty and Women's Reproductive Rights: The European Union's Response", *Boston College International and Comparative Law Review*, 22, 1999, pág. 403.

A partir de la alerta que el Protocolo 17 introdujo en las relaciones entre Irlanda y la UE en relación con posibles futuras limitaciones de derechos, también en 1992 las Partes Contratantes firmaron la Declaración sobre el Derecho de Acceso a la Información. Aunque la declaración no afectó el alcance del Protocolo n.º 17, dejó a salvo, sin embargo, tanto la libre circulación de las personas entre los Estados miembros de la Unión, como el derecho a la información en los mismos términos en que se había pronunciado el TEJ[19].

Asimismo, y como consta también en la sentencia del TEDH que estamos analizando, Irlanda solicitó como condición para la aprobación del Tratado de Lisboa –que tendría lugar tras la celebración de un segundo referéndum en 2009–, una Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de todos los miembros de la UE[20], garantizando que lo establecido en dicho Tratado no alteraría el alcance del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa.

Tal vez resulte claro hoy, que un escenario legislativo que prohibiese a las mujeres salir del país u obtener información sobre la legislación de otros Estados miembros de la UE acarrearía una vulneración del derecho de la Unión así como de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el recorrido hacia este reconocimiento por parte del Estado irlandés, estuvo cuidadosamente guiado por diversas instancias institucionales europeas. Poco antes de la inclusión de las mencionadas enmiendas a la Constitución irlandesa en 1992, el TEDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el caso *Open Door Counselling Ltd. and Dublin Well Woman Centre Ltd. v. Irlanda* [A, n.º 246, 1992], en relación con dos Clínicas irlandesas de salud reproductiva a las que los Tribunales irlandeses les habían prohibido distribuir información sobre aborto. Aunque las demandantes enmarcaban sus alegaciones en los arts. 8 (vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión) y 14 (no discriminación) del Convenio, el fallo del TEDH se centró en el art. 10. Este artículo tiene una redacción similar a la

[19] Ver: Miller, P.G., *op. cit*., pág. 405

[20] *The Presidency Conclusions of the European Council of 11/12 December 2008 and of 18/19 July 2009*. Ver sentencia, párrafos 101-103.

redacción del art. 8: en el primer inciso del artículo se describe el alcance del derecho en cuestión, mientras que en el segundo inciso se establecen las excepciones o restricciones que dicho derecho puede sufrir. En el caso del derecho a la información, el listado de límites o restricciones al derecho es aún más detallado y extenso que en el caso del derecho a la vida privada y familiar, y en ambos casos se contemplan limitaciones debidas a las necesidades de la sociedad democrática, específicamente en razón de las convicciones morales de la misma.

Pues bien, en el caso de *Open Door v. Irlanda*, el TEDH consideró que la restricción del derecho a la información basada en la protección del derecho a la vida del no nacido en conformidad con las convicciones morales del pueblo irlandés –como afirmaba el Gobierno de Irlanda– era desproporcionada. Entendió el Tribunal que la prohibición de proporcionar información sobre la posibilidad de abortos en el extranjero, resultaba una medida desproporcionada en relación con la protección de las convicciones morales del pueblo irlandés y la protección de la vida del no nacido[21].

A este antecedente jurisprudencial del TEDH, se suma el ya mencionado caso *SPUC v. Grogan* del TEJ, sobre la libertad de información en el marco de los Tratados de la UE y de los objetivos del espacio económico europeo, así como la también mencionada Declaración sobre el Derecho de Acceso a la Información que quiere reforzar el compromiso de Irlanda con los Estados miembros de la UE para garantizar la libertad de movimiento entre los Estados así como la libertad de información. Todo esto sin duda coadyuvó para que Irlanda se encaminase decididamente hacia un establecimiento claro de la vigencia de estos derechos en el sistema jurídico irlandés y permite comprender el contexto en el que el Gobierno de Irlanda introdujo las enmiendas constitucionales 13 y 14. Sobre todo teniendo en cuenta que lo hizo no obstante la evidente contradicción que en términos morales acarrea la introducción de tales enmiendas, en la medida en

[21] Thompson, A., "International Protection of Women's Rights: An Analysis of Open Door Counselling Ltd. And Dublicn Well Woman Centre v. Ireland"*, Boston University International Law Journal*, 371, 1994, pág. 394.

que contradicen los fundamentos mismos de la normativa sobre aborto. Como afirman las demandantes en *A, B y C v. Irlanda*, la protección que el Estado irlandés quiere proporcionar a los no nacidos, pierde efectividad en la medida en que muchas mujeres optan por viajar a otros países para realizar un aborto. El mentado sustrato moral mayoritario de la legislación irlandesa, proveniente del sentir del pueblo irlandés, quedaría así vulnerado en la práctica.

Este trasfondo de Declaraciones y pronunciamientos por parte de las instituciones europeas ponen de manifiesto el firme propósito tanto de la UE como del Consejo de Europa de proteger contra cualquier limitación los derechos a la información y de movimiento, que promueven un espacio económico común de libre circulación, oferta y consumo de bienes y servicios, al tiempo que se permite a Irlanda restringir ampliamente el derecho a la vida privada y familiar, o derecho a la intimidad, a través de una cláusula constitucional como la del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa[22].

IV.1. El –equilibrio equitativo– y la no discriminación

Más allá de las contradicciones del derecho irlandés en cuanto a los propósitos que quiere satisfacer a través de su legislación, resulta peculiar el análisis que el TEDH hace de la configuración legal irlandesa en materia de aborto. El Tribunal entiende que la garantía de los derechos de libertad de información y libertad de movimiento para salir del país y poder entonces realizar un aborto en los supuestos prohibidos en Irlanda, respalda o refuerza la capacidad de las demandantes para decidir, es decir, amplía las opciones de las mujeres[23]. Considera el Tribunal que Irlanda no excede el margen de apreciación acordado

[22] En palabras de Miller, "Irland's abortion policy treats women's reprductive rights as not deserving human rights protection. If the right does not exist for women in Ireland, then there is nothing to be protected." Miller, P. G., *op. cit*., pág. 409

[23] Como afirma Wicks, lo que se entiende como una "hipocresía" que permite a Irlanda llegar a un cierto compromiso, se transforma para el TEDH en una garantía de protección del derecho a la intimidad. En: Wicks, E., "A,

en relación con la protección de otros derechos, precisamente porque contempla la posibilidad de viajar al extranjero para realizar un aborto junto con la posibilidad de acceder a información y consejo médico:

> En consecuencia, teniendo en cuenta el derecho a viajar legalmente al extranjero para un aborto con acceso a la información y el cuidado médico adecuados en Irlanda, el Tribunal no considera que la prohibición de abortar en Irlanda por razones de salud y bienestar, basada en las profundas convicciones morales del pueblo irlandés sobre la naturaleza de la vida [...] y sobre la consecuente protección que debe acordarse al derecho a la vida del no nacido, exceda el margen de apreciación acordado en tal sentido al Estado irlandés. En tales circunstancias, el Tribunal considera que en Irlanda la prohibición impugnada logra un equilibrio equitativo entre el derecho de la primera y segunda demandantes al respeto de su vida privada y el derecho invocado en nombre de los no nacidos (§ 241).

Si entendemos bien la conclusión del Tribunal sobre el "equilibrio equitativo" que alcanzaría el Estado irlandés a través de su legislación sobre aborto, tal equilibrio estaría basado precisamente en que no se vulneran los derechos a la información y libre circulación de las demandadas, toda vez que se les reconoce el derecho a informarse sobre la legislación extranjera y viajar al extranjero. Merece la pena detenerse a analizar el alcance del supuesto equilibrio. El art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa establece la igualdad entre la mujer y el no nacido en lo que se refiere al derecho a la vida: "El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre [...]". Sin embargo, al analizar el conflicto más allá del derecho a la vida, el Tribunal reconoce que la madre cuenta con otros derechos cuya vulneración podría estar prohibida en los términos del Convenio. El derecho a la intimidad, dice el Tribunal, puede admitir recortes, pero dichos recortes no podrían ir tan lejos como para cercenar el derecho a la información o

B C v. Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 11:3, 2011, pág. 563.

el derecho a la libertad de movimiento. Pero sucede que en el marco del art. 40.3.3, al garantizar estos últimos derechos, resulta inevitable ponerlos en relación con la realización de un aborto: la mujer embarazada tiene derecho a informarse sobre la legislación de otros Estados en materia de aborto y a viajar a otros Estados para realizar un aborto. Nótese que tanto el derecho a informarse como el derecho a viajar al extranjero van ligados a la finalidad de conocer las posibilidades de realización de un aborto y de viajar para realizar un aborto, respectivamente. De manera que el conjunto de derechos garantizados a la mujer debilitan el derecho garantizado al no nacido hasta el punto de permitirle a la primera interrumpir el embarazo y, en consecuencia, poner fin a la vida del no nacido.

Todo lo anterior parece dar cuenta de un largo recorrido "espacial o geográfico" –que en los casos analizados en la sentencia va desde Irlanda a Inglaterra– para que los derechos de lamujer puedan verse garantizados, eso sí, no todos dentro de la misma jurisdicción. Es decir que Irlanda alcanza el "equilibrio equitativo" entre derechos que menciona la sentencia a costa de desplazar el ejercicio de dichos derechos a otros Estados. Esto equivale a hacer descansar la efectividad de un derecho en el marco legal y la jurisdicción de otro país. En verdad, para ser consecuente con la protección supuestamente garantizada, el Estado irlandés debería ir más allá y subvencionar los viajes al extranjero, si no quiere incurrir en trato discriminatorio, toda vez que las mujeres que no cuenten con la posibilidad de viajar, por ejemplo por carecer de medios económicos, verían entonces sí cercenados sus derechos en los términos del art. 8 del Convenio.

En este sentido, los efectos discriminatorios de las restricciones impuestas en la legislación sobre aborto han sido señalados en diversas oportunidades. Sin ir más lejos, la sentencia del TEDH en análisis consigna las apreciaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ("PACE") al respecto:

> [...] La Asamblea manifiesta su preocupación sobre el hecho que [...] se impongan numerosas condiciones que restringen el acceso a unos servicios en materia de aborto que sean seguros,

> económicamente accesibles y adecuados. Estas restricciones tienen efectos discriminatorios, ya que las mujeres que están bien informadas y poseen medios económicos adecuados pueden conseguir abortos legales y seguros más fácilmente (§ 108).

La sentencia reconoce que la opción de viajar al extranjero entraña un coste económico que representa una "carga significativa" en el caso de la primera demandante y un "gasto considerable" para la segunda y tercera demandantes (§ 128). No vincula sin embargo estos hechos con consecuencias discriminatorias.

La sentencia también cita las observaciones remitidas por organizaciones como *Doctors for choice* y el *British Pregnancy Advisory Service*. Entre otras numerosas cuestiones, estas organizaciones señalan cómo las restricciones de la legislación irlandesa en materia de aborto pueden llegar a ser enormemente discriminatorias para las mujeres inmigrantes que, en caso de poder acceder a los medios económicos para viajar al extranjero, tienen que solicitar los correspondientes documentos que les permitan viajar para realizar un aborto, todo lo cual vulnera visiblemente su derecho a la intimidad (§ 121).

En definitiva, el difícil equilibrio entre derechos que el Tribunal pretende salvaguardar parece quedar en entredicho, precisamente porque nos encontramos en el ámbito de una jurisdicción regional que no puede pasar por alto las importantes cuotas de integración que existe entre sus miembros. Se hace imposible para el Tribunal calibrar la debida protección de los derechos teniendo en cuenta solo el ámbito nacional. En otras palabras, el contexto europeo fuerza al Tribunal a tener que considerar la medida en que se garantiza el ejercicio de un conjunto de derechos (intimidad, información, movimiento) que están imbricados unos con otros, y para cuyo ejercicio los ciudadanos disponen de un ámbito de protección que trasciende la esfera nacional. Todo esto pone de relieve las inconsistencias señaladas.

Para concluir, como señala el voto disidente, las demandantes cuestionan la legislación irlandesa en materia de aborto en la medida en que no les permite realizar un aborto legal "en su país", no en el extranjero donde, como demuestran los hechos, pueden realizarlo.

Tener que abandonar su país de residencia para acceder al aborto legal comporta una serie de problemas no solo económicos sino de índole muy variada: desplazamiento en situación de vulnerabilidad omalestar físico debido al embarazo; alejamiento del ámbito geográfico en el que la mujer podría sentirse más segura y cómoda para llevar a cabo el aborto; alejamiento del círculo familiar o de amistades que podrían servir de contención material o afectiva en el momento de llevar a cabo el aborto; etc.[24]. De manera que, prosigue el voto disidente, el TEDH no aborda cabalmente la cuestión planteada en relación con "la interferencia en la vida privada de las demandantes como resultado de la prohibición de abortar en Irlanda" (§ 8).

V. Tercer nudo argumental: la inseguridad jurídica que genera el ordenamiento irlandés en materia de aborto

El caso de C, la tercera demandante, presenta una situación diferente respecto de las otras dos demandantes, ya que configura un supuesto en el que dadas las circunstancias podría haber existido riesgo para la vida de la mujer embarazada.

Siempre en el marco del art. 8 del Convenio, el TEDH analiza la situación de la tercera demandante con miras a establecer si se ha producido un incumplimiento por parte del Estado irlandés de su obligación positiva de "proporcionar un procedimiento efectivo y accesible

[24] En relación con la necesidad de desplazarse geográficamente para poder llevar a cabo un aborto, resulta interesante el análisis de C. Sethna y M. Doull, quienes estudian el alcance del derecho al aborto en Canadá, a la luz del concepto de autonomía en el marco de la bioética. Las autoras llegan a la conclusión que los diversos obstáculos que el derecho al aborto puede encontrar en el camino de su realización -entre los que figuran la necesidad de viajar a una ciudad o Estado distintos del de la propia residencia- minan sustancialmente la autonomía de las mujeres, bajo la apariencia de preservar el derecho a decidir. Ver: Sethna, C. y Doull, M., "Journeys of Choice? Abortion, Travel, and Women's Autonomy", en: S. J. Murray y D. Homes (eds.), *Critical Interventions in the Ethics of Healthcare*, Surrey England: Ashgate, 2009, pág. 175.

que permita a la tercera demandante establecer su derecho a un aborto legal en Irlanda asumiendo así el debido respeto a los intereses garantizados por el art. 8 del Convenio"(§ 246).

La cuestión a dilucidar es la relativa al alcance de la garantía de respeto de la vida de la madre establecida en la primera parte del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa –transcrito más arriba–. Afirma el TEDH que el margen de apreciación del Estado para establecer su legislación sobre aborto es amplio, pero que una vez que dicha legislación ha sido fijada, los cauces para salvaguardar los intereses en cuestión deben ser claros (§ 249).

El problema se presente al momento de establecer las vías por las cuales la demandante podría haber tenido conocimiento respecto de si su situación constituía un supuesto de aborto legal en Irlanda. Recordemos que C padecía una forma particular de cáncer que comportaba la posibilidad que ante un embarazo su situación pudiese agravarse, con la incertidumbre añadida de si en el marco de la legislación irlandesa se le hubiese permitido abortar. Según lo alegado por el Gobierno irlandés, el cauce para dilucidar la situación era acudir a la consulta médica en la que los profesionales médicos tendrían que haber determinado los extremos del caso. Sin embargo, el Tribunal considera que dicho procedimiento es insuficiente.

La norma constitucional deja abierta la posibilidad del aborto en aquellos casos en los que, como ha establecido el propio Tribunal Supremo irlandés en el ya mencionado "caso X"[25], "se establezca la probabilidad de que haya un riesgo real y sustancial para la vida de la madre, como un supuesto distinto al del riesgo para la salud, incluido el riesgo de autolesiones, que solo puede ser evitado mediante la interrupción del embarazo" (§ 253). Sin embargo, afirma el TEDH que la norma constitucional no ha sido suficientemente desarrollada a través de una legislación o jurisprudencia claras que establezcan los supuestos en los que tal riesgo para la vida de la madre estaría presente. Y por tanto tampoco los profesionales médicos cuentan con criterios claros para establecer dicho riesgo en los casos particulares, lo cual, sumado

[25] Ver nota 1 a pie de página.

a las severas penas contempladas para los delitos relacionados con el aborto, crea una situación altamente disuasoria para los médicos al momento de diagnosticar situaciones en las que pudiese estar contemplado un aborto legal[26].

La segunda vía que señala el Gobierno irlandés para dirimir la cuestión es la judicial, es decir, la demandante podría haber iniciado una causa judicial en Irlanda con vistas a que se dilucidara si su situación estaba o no contemplada por el art. 40.3.3 de la constitución como un supuesto de aborto legal. Sin embargo, el TEDH no considera que la jurisdicción constitucional sea el ámbito adecuado para determinar "si una mujer cumple con los requisitos fijados para la realización de un aborto legalmente permitido en un Estado" (§ 258).

En conclusión, el TEDH considera que el Estado irlandés no ha cumplido con su obligación positiva de garantizar el respeto al derecho a la intimidad de la tercera demandante, por no haber implementado la regulación legal de los supuestos de aborto permitidos en el marco de la norma constitucional, violando en consecuencia el Artículo 8 del Convenio.

VI. Algunas conclusiones

De la totalidad de la sentencia analizada, podemos ver que el TEDH hace una única concesión en relación con las cuestiones planteadas. Tal concesión no se refiere a un reconocimiento sustancial en relación con el derecho al aborto, sino que se refiere a un requisito procesal relativo a la necesidad de desarrollo legal de un derecho garantizado en la Constitución. Por lo demás, el Tribunal en ningún lugar de la sentencia se ocupa del aborto en el contexto de los llamados derechos reproductivos de las mujeres[27], ni aborda la delimitación del mismo como parte constitutiva del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo o a tomar decisiones sobre su vida privada o familiar.

[26] Ver parágrafo 254 de la sentencia.

[27] Ver: Londono, P., *op. cit.,* pág. 101.

Tampoco da lugar la sentencia a consideraciones relativas a la negación del derecho al aborto desde la perspectiva de la discriminación, bajo el artículo 14 del Convenio. En este sentido, algunos organismos internacionales han considerado la negación de acceso al aborto legal como una cuestión de discriminación contra las mujeres que limita su autonomía reproductiva y repercute en su capacidad para desarrollar aspectos de su vida como la educación, el trabajo y la participación pública en general[28].

En definitiva, la única aproximación en términos de derechos individuales de las mujeres que realiza el Tribunal es a través del análisis del derecho a la intimidad, para pasar rápidamente a considerar que no se vulneran ni las exigencias de legalidad ni los límites que a dicho derecho imponen otras consideraciones como las relativas a la moral pública.

Tal vez, como he querido señalar en este trabajo, la posición mantenida por el TEDH deba ubicarse en un contexto más amplio de interpretación, en el que entrarían cuestiones de política jurídica en relación con la importancia o la urgencia que para las distintas instancias institucionales del ámbito europeo tienen los derechos reproductivos como derechos que merecen protección en el marco de los derechos humanos. Las consideraciones expuestas en relación con la protección que el propio Estado irlandés se ve forzado a reconocer a otros derechos humanos (información y libertad de movimiento) en contradicción con el estatus constitucional que otorga al derecho a la vida del no nacido, revelan una inconsistencia tanto en el ámbito nacional como europeo que resulta difícil de fundamentar en términos jurídicos y morales.

Estas contradicciones de la sentencia hacen pensar que la decisión final del TEDH es el resultado no tanto de una interpretación conjunta y coherente de los derechos del Convenio afectados en el caso, como de un compromiso que va más allá de tal interpretación. La protección de la vida del no nacido, conjuntamente con la protección del derecho de la mujer de obtener información sobre aborto y de viajar al extranjero para obtener un aborto, apuntan a una tensión en

[28] Ver: Londono, P., *op. cit*., pág. 114

el ordenamiento irlandés que no solo tiene un evidente alcance moral sino también jurídico. Una protección consecuente del derecho del no nacido debería ir acompañada de una limitación acorde del ejercicio de otros derechos que, como el derecho de la mujer a la información o el derecho a viajar, ponen en peligro el bien jurídico protegido con la primera disposición. Pero como hemos señalado más arriba, Irlanda se ve empujada por diversas circunstancias a ceder en lo que respecta a la restricción de algunos de los derechos involucrados. En cuanto al TEDH, no parece dispuesto a afirmar que el art. 2 del Convenio (derecho a la vida) proporcione protección al derecho a la vida del no nacido, pero, por otra parte, tampoco está dispuesto a evitar que Irlanda confiera tal protección. Por esta razón, prefiere realizar una *interpretación débil del Art. 8* (derecho a la vida privada y familiar), permitiendo que las convicciones morales del pueblo irlandés sean consideradas contrapesos legítimos, capaces de limitar el conjunto de derechos contenidos en tal artículo 8 –derecho a la intimidad que en este caso se traduce principalmente en los derechos reproductivos de las mujeres, el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, su capacidad de autonomía–. Sin embargo, y como afirmara ya en *Open Door v. Irlanda*, el Tribunal mantiene una *interpretación fuerte del Art. 10* (libertad de expresión-información), que no admite restricciones provenientes de las convicciones morales del pueblo irlandés, y que lleva al propio Tribunal a insistir, en *A, B y C v. Irlanda*, en la protección debida a tal derecho, incluso a costa de incurrir en graves inconsistencias cuando esta protección fuerte se relaciona con la protección más débil de los derechos protegidos en el Art. 8. Si además, a esta interpretación conjunta de los arts. 8 y 10 del Convenio se le suma el marco europeo de consenso entre los países de la región en relación con la legislación sobre aborto y la existencia de un espacio jurídico y económico común, las inconsistencias se agravan.

Para terminar, me parece que merece la pena reflexionar sobre el tipo de avance que sería deseable esperar de la jurisprudencia del TEDH. Si como el propio Tribunal adelanta, no fuese posible resolver el problema del aborto sin resolver cuestiones relativas a la fundamentación moral de los derechos comprometidos, entonces parece que

recursos doctrinales como el margen de apreciación de los Estados poco contribuyen a que se pueda avanzar en la resolución de tales cuestiones. Solo una jurisprudencia que se adentrase en los conflictos morales que subyacen a la adjudicación del derecho a la vida al no nacido en relación con los derechos de la mujer, podría ofrecer mayor coherencia tanto en la interpretación como en la aplicación de los derechos humanos en el ámbito europeo. Desde mi punto de vista, un enfoque de este tipo permitiría al TEDH virar en su argumentación y encaminarse hacia *una interpretación fuerte del Art. 8*, una interpretación que entendiese que el derecho a la vida privada y familiar de la mujer es inescindible del derecho a decidir sobre su vida reproductiva como parte de –un aspecto sumamente íntimo de la vida privada–[29].

Como hiciese en relación con la protección de otros aspectos de la vida privada de las personas –*Dudgeon v. Reino Unido*–, el Tribunal podría entonces reconocer que los derechos reproductivos de la mujer y el acceso al aborto forman parte de un aspecto tan exclusivamente privado de las personas que el margen de apreciación del Estado se vería necesariamente reducido y las convicciones morales de la sociedad necesariamente postergadas. En otras palabras, el derecho al aborto solo podrá ser reconocido por el Tribunal en la medida en que éste pueda abordar la interrupción del embarazo como una opción exclusiva de las mujeres, que se refiere a un aspecto de su vida privada y familiar que merece ser protegido, al tiempo que decaen las consideraciones relativas a la moral colectiva.

Bibliografía

Alvarez, S., "Los argumentos sobre la moralidad del aborto", en: Bergallo, P. y Ramón Michel, A. *Las decisiones reproductivas en el derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 2015.

Iglesias Vila, M., "La jurisprudencia del TEDH y el crucifijo en las aulas: Hacia una concepción sustantiva de la doctrina del margen

[29] Ver: Thompson, A., *op. cit.,* págs. 398-399.

de apreciación", borrador provisional presentado en el seminario del Área de Filosofía del derecho de la UAM, 2012.

Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, [s/l]: Oxford University Press, 2007.

Londono, P., "Redrafting abortion rights under the Convention: A, B and C v. Ireland" en: Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights,* [s/l]: Cambridge University Press, 2013

Miller, P.-G., "Member State Sovereignty and Women's Reproductive Rights: The European Union's Response", *Boston College International and Comparative Law Review*, 22, 1999, págs. 195-212.

Sethna, C. y Doull, M., "Journeys of Choice? Abortion, Travel, and Women's Autonomy", en: Murray, S. J. y Homes, D. (eds.), *Critical Interventions in the Ethics of Healthcare,* Surrey, England: Ashgate, 2009.

Shany, Y., *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? The European Journal of International Law,* Vol. 16 n.º 5, 2006.

Thompson, A., "International Protection of Women's Rights: An Analysis of *Open Door Counselling Ltd. And Dublicn Well Woman Centre* v. Ireland", *Boston University International Law Journal*, 371, 1994, págs. 371-406.

Wicks, E., "A, B C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 11: 3, 2011, págs. 556-566.

Zampas**,** C. y Gher, J. M., "Abortion as a Human Right. International and Regional Standards", *Human Rights Law Review* 8: 2, 2008, págs. 249-294.