

# La sentencia *A, B y C contra Irlanda* y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión” en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?

Este artículo se encuentra disponible para su descarga gratuita en [www.anuariodch.uchile.cl](http://www.anuariodch.uchile.cl)

**Francisco Javier Mena Parras**

Doctorando en el *Institut d'Études Européennes – Université Libre de Bruxelles*.  
Investigador del *Research Group Fundamental Rights & Constitutionalism – Vrije Universiteit Brussel*.  
[fmenapar@ulb.ac.be](mailto:fmenapar@ulb.ac.be)

## RESUMEN

En el presente artículo se analiza el asunto *A, B y C vs. Irlanda*, en el que las demandantes denunciaron la incompatibilidad de la regulación del aborto en derecho irlandés con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se abordarán específicamente aquellas partes de la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos relacionadas con el rol del consenso europeo en la determinación del margen de apreciación que se concede a los Estados en el marco de la restricción de los derechos reconocidos por el Convenio. La tesis que se defenderá es que esta sentencia supone un “punto de inflexión” en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, apuntando algunas de las consecuencias negativas que ello entraña, desde una perspectiva crítica de las consideraciones que guían el razonamiento del Tribunal.

**Palabras clave:** Corte Europea de Derechos Humanos – Aborto – Derecho a la vida del *nasciturus* – Consenso – Margen de apreciación nacional

## SUMMARY

This article analyzes the case of *A, B and C v. Ireland* in which the plaintiffs claimed that the Irish laws on abortion are incompatible with the European Convention on Human Rights. The article deals specifically with the parts of the ruling handed down by the European Court of Human Rights that cover the role of European consensus in the establishment of the margin of appreciation that is given to states in the restriction of rights recognized by the Convention. The article argues that this ruling is a “new departure” in the case-law of the Strasbourg Court and points out some of the negative consequences that this entails, from a perspective that is critical of the Court’s reasoning.

**Key words:** European Court of Human Rights – Abortion – The right to life of the unborn – Consensus – Domestic margin of appreciation

## Introducción

La sentencia *A, B y C vs. Irlanda*<sup>1</sup>, adoptada por la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Europea” o “el Tribunal”) constituye, sin duda, una de las decisiones más destacadas de la jurisprudencia reciente del Tribunal, no solo por lo que respecta a la cuestión del aborto, sino más ampliamente en relación a la doctrina del margen de apreciación nacional y el rol del consenso europeo en la determinación de éste. En este asunto, dos de las demandantes, obligadas a desplazarse al extranjero para poder abortar, denunciaron la prohibición

<sup>1</sup> European Court of Human Rights (ECHR) [Grand Chamber]. *A, B and C v. Ireland*. Judgment of 16 December 2010. Application No. 25579/05.

del aborto en Irlanda por motivos de salud o bienestar personal. La tercera demandante, enferma de un tipo inusual de cáncer, al considerar que su vida podía correr peligro, interrumpió su embarazo en Reino Unido ante la incapacidad de establecer si su caso correspondía o no al supuesto de aborto previsto constitucionalmente y denunció ante el Tribunal la ausencia de un procedimiento a tal efecto. Habida cuenta del tema objeto de estudio, se privilegiará el análisis de los aspectos relacionados con las dos primeras demandantes. En primer lugar, serán estudiados los elementos más relevantes de esta extensa sentencia, procediendo seguidamente a una valoración crítica de la misma a la luz de la jurisprudencia previa de la Corte Europea en materia de consenso y margen de apreciación nacional.

## 1. ¿Es el derecho irlandés en materia de supuestos de aborto legal contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos?

El artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa, aprobado por referéndum en 1983, garantiza el derecho a la vida del *nasciturus* así como el derecho a la vida de la madre. El Derecho irlandés es uno de los más restrictivos a nivel europeo: contempla la práctica del aborto únicamente en caso de riesgo real e importante para la vida de la madre (incluido el riesgo de suicidio), que no pueda ser evitado salvo por la interrupción del embarazo<sup>2</sup>. Por otra parte, se castiga severamente todo aborto no permitido con penas de prisión que pueden alcanzar la perpetuidad. La citada cláusula constitucional, tras su modificación mediante referéndum en 1992 prevé, no obstante, que no pueda ser limitada la libertad de toda mujer de desplazarse a otro Estado para abortar, así como la libertad de obtener o transmitir, en territorio irlandés, información sobre las posibilidades de interrupción voluntaria del embarazo en el extranjero<sup>3</sup>.

Esta situación, que impide la práctica del aborto en Irlanda salvo riesgo para la vida de la madre, –y que causa cada año el desplazamiento de miles de ellas al extranjero para poder interrumpir un embarazo<sup>4</sup>–, constituye el elemento central del asunto *A, B y C vs. Irlanda*<sup>5</sup>, en el que las demandantes denunciaron la violación, entre otros, de los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio”)<sup>6</sup>. La primera de las demandantes, ex alcohólica, con cuatro hijos dados en acogida, y habiendo sufrido depresión durante sus anteriores embarazos, interrumpió su embarazo en Reino Unido, al estimar que tener otro hijo en esa época –con el consecuente riesgo de recaer en la depresión y el alcoholismo –, comprometería su salud y sus esfuerzos por recuperar la custodia de sus hijos. La segunda demandante, quien en un momento determinado temió sufrir un embarazo ectópico, decidió abortar en Londres, al considerarse

<sup>2</sup> Irish Supreme Court. *The Attorney General Plaintiff v. X. and Others Defendants*. 5 March 1992 (*The Irish Reports* 1992, Vol. 1. Dublin: ICRL, 1992, p. 1).

<sup>3</sup> Irlanda había sido condenada por la Corte Europea semanas antes de la celebración del referéndum por violación de dicha libertad, ver ECHR. *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*. Judgment of 29 October 1992. Application No. 14234/88, A. 146.

<sup>4</sup> Según el diario *El País*, citando fuentes de la Asociación Irlandesa de Planificación Familiar, “entre 1980 y 2009, al menos 142.060 mujeres residentes en Irlanda se trasladaron para interrumpir su embarazo a Inglaterra y Gales”. Ver: “El tribunal de Estrasburgo condena a Irlanda por impedir abortar a una mujer con cáncer”. *El País*. 16 de diciembre de 2010 [en línea] <[http://www.elpais.com/articulo/sociedad/tribunal/Estrasburgo/condena/Irlanda/impedir/abortar/mujer/cancer/elpepusoc/20101216elpepusoc\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/tribunal/Estrasburgo/condena/Irlanda/impedir/abortar/mujer/cancer/elpepusoc/20101216elpepusoc_2/Tes)> [consulta: 30 enero 2012].

<sup>5</sup> Cuestión distinta es la supuesta imposibilidad de abortar aun cuando el feto presente una malformación fatal, denunciada previamente ante el Tribunal, que rechazó el recurso por no agotamiento de los recursos internos (ECHR. *D v. Ireland*. (dec.) 28 June 2006. Application No. 26499/02).

<sup>6</sup> Tras analizar los argumentos presentados en relación con el artículo 8 del Convenio, el Tribunal consideró que ninguna cuestión distinta merecía ser examinada a efectos de los artículos 13 (derecho a un recurso efectivo), y 14 (prohibición de discriminación), ver ECHR. *A, B and C v. Ireland*, op. cit., párr. 269-274.

incapaz de ocuparse sola de un hijo. En ambos casos, el embarazo se produjo accidentalmente, las demandantes tuvieron dificultades para financiar su viaje a Reino Unido y requirieron atención médica tras su regreso, en especial la primera de ellas que sufrió importantes complicaciones.

En cuanto a la alegada violación del artículo 3 del Convenio, el Tribunal puso de relieve que el impacto psicológico en las demandantes al verse obligadas a abortar en el extranjero fue notable, tanto por la posible sensación de estigmatización antes, durante y después del aborto, como por la angustia suplementaria provocada por el hecho de no poder contar con el marco tranquilizador de su país y de su sistema de salud<sup>7</sup>. A ello cabe sumar las dificultades médicas inherentes provocadas por la obligación de desplazarse tras la práctica del aborto y, por último, la importante carga económica o el gasto considerable que dicho desplazamiento supuso respectivamente para cada una de las demandantes<sup>8</sup>. Pese a estas consideraciones, el argumento según el cual las demandantes habrían sido víctimas de tratos inhumanos o degradantes fue rechazado por manifiestamente infundado, ya que se consideró que los hechos no alcanzaron el umbral suficiente de gravedad exigido por el artículo 3 del Convenio<sup>9</sup>. Esta decisión contrasta con la que se adoptaría unos meses más tarde en un asunto en el que una mujer embarazada se había visto impedida de ejercer el derecho a abortar reconocido formalmente en Polonia, al no haber obtenido una confirmación con suficiente antelación de la malformación del feto por la inacción de las autoridades médicas<sup>10</sup>. Como algunos autores han apuntado, puede resultar paradójico que el Tribunal estime alcanzado el umbral mínimo de gravedad exigido por el artículo 3 en tal caso, mientras que la angustia de otras mujeres que desean igualmente poner fin a su embarazo pero que residen en un país cuya legislación no reconoce tal derecho, no sea considerada relevante a efectos de la protección acordada por el Convenio<sup>11</sup>.

Esta incoherencia está igualmente presente, a nuestro parecer, en el razonamiento del Tribunal en relación con la alegación de las demandantes de violación del derecho a la vida privada. A este respecto, y a pesar de que el artículo 8 del Convenio no consagre el derecho al aborto, el Tribunal consideró que la prohibición de abortar por razones de salud o bienestar personal supuso efectivamente una injerencia en el derecho a la vida privada de las demandantes, concretamente al derecho a la autonomía y al desarrollo personal<sup>12</sup>. Tal como establece el párrafo segundo del artículo mencionado, dicha injerencia sólo encontraría justificación en caso de estar prevista por ley, responder a un objetivo legítimo y, por último, considerarse necesaria en una sociedad democrática.

Respecto al primero de los requisitos mencionados, parece fuera de toda duda la previsión legal de la injerencia, cumpliendo ésta, por otro lado, los requisitos de claridad y accesibilidad exigidos por el Tribunal.

En segundo lugar, de acuerdo al Tribunal, dicha injerencia respondería al objetivo legítimo de la protección de la moral, de la que forma parte la defensa del derecho a la vida del no nacido, basada en los “valores morales profundos” del pueblo irlandés<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> ECHR. *A, B and C v. Ireland*, op. cit., párr. 126.

<sup>8</sup> *Ibidem*, párrs. 127-128.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr. 164.

<sup>10</sup> ECHR. *R.R. v. Poland*. Judgment of 26 May 2011. Application No. 27614/04.

<sup>11</sup> HERVIEU, Nicolas. “Avortement: La Cour de Strasbourg accouche à nouveau d’une solution paradoxale (Cour EDH, 4e Sect. 26 mai 2011, R.R. c. Pologne)”. *Actualités Droits-Libertés*, 29 mai 2011. [en línea] <<http://www.droits-libertes.org/>> [consulta: 30 enero 2012].

<sup>12</sup> ECHR. *A, B and C v. Ireland*, op. cit., párrs. 212-217.

<sup>13</sup> *Ibidem*, párrs. 222-227.

El aspecto clave se encuentra en el análisis de si dicha medida respondía a una necesidad imperiosa y si era proporcionada al objetivo perseguido, en el marco del justo equilibrio de los distintos intereses en juego. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, en la medida en que la problemática objeto del litigio plantea aspectos morales y éticos extremadamente sensibles, el Estado irlandés debería gozar, en principio, de un amplio margen de apreciación, gracias al mejor posicionamiento de sus autoridades para determinar el contenido preciso de las exigencias de la moral, así como para pronunciarse sobre la necesidad de las restricciones del derecho a la vida privada<sup>14</sup>. Sin embargo, dicho margen de apreciación se vería reducido en caso de constatarse la existencia de un consenso europeo en la materia, consenso que, como recuerda el Tribunal, desempeña un papel fundamental en la interpretación evolutiva del Convenio<sup>15</sup>.

A este respecto, el Tribunal consideró que, en una “mayoría sustancial” de Estados parte, se observa una tendencia favorable a la autorización del aborto por motivos que van más allá del supuesto reconocido en el derecho irlandés. En particular, respetando determinadas condiciones, en especial en materia de plazos, la primera demandante podría haber abortado en más de cuarenta Estados y la segunda en treinta y cinco. De hecho, Irlanda es el único Estado que autoriza la práctica del aborto exclusivamente en caso de riesgo para la vida de la futura madre y solo tres Estados (Andorra, Malta y San Marino) prevén una legislación más restrictiva, impidiéndolo en cualquier circunstancia<sup>16</sup>. No obstante, el Tribunal estimó que dicho consenso no reduce de manera decisiva el amplio margen de apreciación del Estado irlandés, dado que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida, siendo imposible responder a la pregunta de si el *nasciturus* constituye una “persona” en el sentido del artículo 2 del Convenio que garantiza el derecho a la vida<sup>17</sup>. Por ello, debiendo reconocerse un margen de apreciación nacional en la protección del *nasciturus*, dicho margen se extendería a la ponderación que debe realizarse entre los derechos de éste y los de la futura madre, ambos estrechamente ligados<sup>18</sup>.

A pesar de juzgar que el margen de apreciación nacional no sería en cualquier caso ilimitado, el Tribunal parece conceder un amplísimo poder discrecional a las autoridades irlandesas. Así, el Tribunal se muestra particularmente deferente respecto a la elección del pueblo irlandés, fruto de un “largo y espinoso debate”, de impedir la práctica del aborto por motivos de salud o bienestar personal, y que autoriza, no obstante, a toda mujer que desee abortar en el extranjero a recibir información al respecto y a desplazarse en aras de poner fin a su embarazo<sup>19</sup>. Pese a las dificultades morales y físicas que ello pueda acarrear, el amplio margen de apreciación nacional justifica, al parecer del Tribunal, esta elección basada en las “ideas morales profundas” del pueblo irlandés<sup>20</sup>. Así, dicha elección no supondría una injerencia desproporcionada en el

<sup>14</sup> *Ibidem*, párrs. 232-233.

<sup>15</sup> *Ibidem*, párr. 234. Para un análisis doctrinal al respecto, ver DZEHTSIAROU, Kanstantsin. “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”. *German Law Journal* No. 10, 2011, pp. 1730-1745 [en línea] <<http://www.germanlawjournal.com>> [consulta: 30 enero 2012].

<sup>16</sup> ECHR. *A, B and C v. Ireland*, op. cit., párr. 235.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párr. 237, citando la sentencia *Vo vs. Francia* de 8 de julio de 2004. Esto ha sido criticado por algunos autores, al estimar que de la existencia de leyes que permiten el aborto en los distintos Estados parte debería deducirse la existencia de un consenso sobre la consideración del no nacido como sujeto de derechos, cayendo éste dentro del ámbito del artículo 2 de la Convención. Ver BENAVIDES, María Angélica. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”. *Ius et Praxis* Vol. 15 No.1, 2009, pp. 307-308 [en línea] <<http://www.scielo.org>> [consulta: 30 enero 2012].

<sup>18</sup> ECHR. *A, B and C v. Ireland*, op. cit., párr. 237.

<sup>19</sup> *Ibidem*, párr. 239.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrs. 239-240.

derecho a la autonomía personal de las demandantes, sino que garantizaría un “justo equilibrio” entre éste y los derechos invocados del *nasciturus*<sup>21</sup>. Esto, como lo analizaremos más adelante, difícilmente podría haberse afirmado en el supuesto que el Tribunal hubiere ejercido un control de proporcionalidad más estricto.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal sobre la cuestión del aborto, así como el hecho de que el Estado irlandés fue condenado por violación del derecho a la vida privada de la tercera demandante –al no haber previsto en su legislación un procedimiento accesible y efectivo a través del cual ésta hubiera podido determinar si se reunían o no en su caso las condiciones para poder abortar legalmente en Irlanda<sup>22</sup>–, la posición del Tribunal resulta paradójica, al mostrarse éste más exigente en aquellas situaciones en las que el derecho al aborto está consagrado a nivel interno que en los supuestos en los que ello no ocurre<sup>23</sup>.

Como denuncia acertadamente Nicolas Hervieu, ello podría incluso desembocar en una especie de “prima convencional a la reducción de derechos”, en la medida en que un Estado, que haya sido condenado por la violación de un derecho que previa y libremente ha consagrado a nivel interno, podría evitar cualquier condena por parte del Tribunal si decidiera eliminar de su ordenamiento jurídico el reconocimiento del derecho al aborto<sup>24</sup>. Más allá de esta inquietante paradoja, por la que el Tribunal garantiza el respeto de la dimensión procedimental del derecho al aborto reconocido a nivel nacional pero no así el derecho convencional a abortar en el marco de la ponderación de los distintos derechos en colisión, parece especialmente interesante de analizar la posición adoptada en esta sentencia en relación a la cuestión del consenso y el margen de apreciación nacional. Es lo que veremos a continuación.

## **2. La incapacidad del consenso europeo existente para reducir el margen de apreciación nacional: un análisis crítico**

Como el Tribunal y los jueces firmantes de la opinión parcialmente disidente lo ponen de manifiesto<sup>25</sup>, la existencia de un consenso europeo en una cuestión relacionada con un derecho fundamental reduce de manera decisiva el margen de apreciación del que gozan los Estados en relación a la mejor manera de proteger un determinado interés legítimo y la necesidad de restringir un derecho garantizado por el Convenio, conforme al rol armonizador de la jurisprudencia de la Corte Europea. Dicho consenso no debe necesariamente ser “aplastante”<sup>26</sup>, exigiéndose simplemente una posición convergente de la mayoría de Estados parte<sup>27</sup>, en el marco de la interpretación

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 241.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrs. 243-268. Para un análisis sobre las implicaciones que dicho pronunciamiento supone para el Estado irlandés, ver STAUNTON, Ciara. “As Easy as A, B and C: Will A, B and C v. Ireland Be Wake-up Call for Abortion Rights?” *European Journal of Health Law* No.18, 2011, pp. 215-217.

<sup>23</sup> HERVIEU, Nicolas. “Avortement...”, *op. cit.*

<sup>24</sup> Ídem. Dicha “prima convencional a la reducción de derechos” debe entenderse referida a las distintas razones de aborto legal y no forzosamente a supuestos como el de la prohibición total del aborto, en la medida en que el Tribunal ha declarado que “un respeto incondicional de la vida prenatal o la idea que los derechos de la futura madre sean de menor importancia no justificarían automáticamente [...] una prohibición del aborto basada en la protección de la vida del *nasciturus*”. ECHR. *A, B and C v. Ireland*, *op. cit.*, párr. 238, traducción personal.

<sup>25</sup> Opinión parcialmente disidente común a los jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni y Poalelungi en el caso ECHR. *A, B and C v. Ireland*, *op. cit.*, párr. 4.

<sup>26</sup> MURRAY, John L. “Consensus: concordance ou hégémonie de la majorité?” En: *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l’homme*. Strasbourg: Conseil de l’Europe, Ed. ECHR, 2008, p. 39.

<sup>27</sup> Ver ECHR. *Schalk and Kopf v. Austria*. Judgment of 24 June 2010. Application No. 30141/04, párr. 105, a propósito del reconocimiento jurídico de parejas del mismo sexo.

evolutiva y de la lógica convencional de “denominador común” de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales<sup>28</sup>.

Tal como denuncian los jueces que discrepan de la decisión adoptada por la mayoría, ésta contrasta singularmente con la jurisprudencia del Tribunal a la luz del nítido consenso que existe a escala europea en cuanto a la ponderación entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida privada de la futura madre. Y ello porque, independientemente de la respuesta que pueda darse a la pregunta de cuándo comienza la vida, el Tribunal habría asociado erróneamente dicha cuestión y el margen de apreciación nacional que debe reconocerse en este sentido con el margen de apreciación en la determinación del peso respectivo de los derechos concurrentes del *nasciturus* y de la madre, alejándose así de la verdadera pregunta sobre la que había sido llamado a pronunciarse<sup>29</sup>. Asimismo, con el reconocimiento por vez primera de la primacía de los “valores morales profundos” de una sociedad sobre el consenso europeo, la sentencia constituye un “punto de inflexión peligroso” en su jurisprudencia<sup>30</sup>.

La determinación del margen de apreciación nacional en este caso concreto se considera de vital importancia, pues en el supuesto de haberse reducido dicho margen, como debiera haberse producido, ello habría comportado muy probablemente la condena del Estado irlandés en el marco de la aplicación de un control de proporcionalidad más intenso, y ello por diversos motivos. En primer lugar, porque la posición del Estado irlandés no parecería otorgar el peso necesario a los derechos de la madre, en la medida en que los derechos concurrentes del *nasciturus* y de una persona viva son “por naturaleza desiguales”, alejándose de este modo de la “razonable” orientación resultante de la legislación al respecto de la amplia mayoría de los Estados parte<sup>31</sup>. En segundo lugar, más allá de la constatación de que el Tribunal ha dejado sin respuesta la cuestión de la justificación de la injerencia en la vida privada que supone la obligación de tener que abortar en otro país –admitiendo la “convencionalidad” de la normativa irlandesa por el mero hecho de que ésta permite a las demandantes desplazarse al extranjero en aras de interrumpir su embarazo<sup>32</sup>– existen serias dudas sobre la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo perseguido<sup>33</sup>. Así, frente al argumento de las demandantes, según el cual la tasa de abortos de las mujeres irlandesas sería similar a la de otros países, parece insuficiente la respuesta del Tribunal, que evita pronunciarse al respecto alegando la controversia suscitada por las estadísticas presentadas ante él<sup>34</sup>. Como sostiene la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo, lejos de reducir el número de abortos, no hace más que contribuir al desarrollo del llamado “turismo abortista”, aplazar el momento de realización del aborto y engendrar desigualdades sociales, entre otras consecuencias<sup>35</sup>. Por último, independientemente de la amplitud del margen de apreciación, resulta sorprendente que

<sup>28</sup> ECHR. *Rasmussen v. Denmark*. Judgment of 28 November 1984. Application No. 8777/79, A. 87, párr. 40.

<sup>29</sup> Opinión parcialmente disidente común a los jueces Rozakis..., op. cit., párr. 2.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 9.

<sup>31</sup> *Ibidem*, párr. 2.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párrs. 7-8.

<sup>33</sup> Más allá de la inconsistencia misma de la legislación irlandesa. Ver, en este sentido, la opinión de Elizabeth Wicks: “If the views of the Irish people, and the Irish state, are so profound and fundamental to the continuation of its democratic society, how can the right to travel abroad for an abortion be tolerated? If a foetal life is to be regarded as one worthy of the full protection of the right to life, why are Irish women entitled, by a constitutional provision, to take a short journey across the Irish sea to terminate their pregnancies?”. WICKS, Elizabeth. “A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights”. *Human Rights Law Review* Vol. 11 No. 3, 2011, p. 563.

<sup>34</sup> ECHR. *A, B and C v. Ireland*, op. cit., párr. 239.

<sup>35</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de L’Europe. “Accès à un avortement sans risque et légal en Europe”. Résolution 1607 du 16 avril 2008, p. 4.

las duras sanciones penales previstas en el derecho irlandés por interrupción ilegal del embarazo no hayan sido tomadas en consideración en la aplicación del control de proporcionalidad, como denuncian los jueces disidentes<sup>36</sup>.

Por todo ello, no resulta sorprendente la acogida que la sentencia ha tenido por parte de algunos autores, llegando a ser calificada de “afrenta” a las mujeres y a Europa<sup>37</sup>, en lo que parece en cualquier caso un retroceso en su jurisprudencia en materia de protección del derecho a la autonomía personal<sup>38</sup>. Más concretamente, el “punto de inflexión peligroso” que representa esta sentencia respecto a la cuestión del margen de apreciación nacional y la primacía de las “ideas morales profundas” de una sociedad sobre el consenso europeo, abre numerosos interrogantes sobre la posición que pueda adoptar el Tribunal en el futuro frente a aquellos Estados que pretendan utilizar esta sentencia para justificar determinadas especificidades nacionales en detrimento de los derechos reconocidos por el Convenio.

Pese a que el Tribunal admita explícitamente que ciertas posiciones minoritarias o aisladas en el contexto europeo puedan justificarse, en un principio, por determinadas consideraciones específicas de índole histórica o política<sup>39</sup>, y que se haya afirmado en el pasado que el hecho de que un país ocupe una situación aislada en un aspecto de su legislación no implique automáticamente que se viole el Convenio –sobre todo en un ámbito ligado a las tradiciones culturales e históricas de cada sociedad y a las concepciones profundas de ésta<sup>40</sup>–, la regla de la reducción del margen de apreciación nacional en presencia de un consenso europeo se habría mantenido, hasta la fecha, inalterada. Prueba de ello es que en las sentencias en las que el Tribunal realizó tales afirmaciones, los Estados fueron condenados por violación del Convenio, tras la aplicación de un control de proporcionalidad que dista mucho, en cuanto a su intensidad, del ejercido en la sentencia A, B y C vs. Irlanda.

Cuestión distinta es la coherencia de la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la determinación del objeto sobre el que debe apreciarse la existencia de un consenso europeo en la materia. A este respecto, la lectura de determinadas sentencias parece reflejar una cierta manipulación de la regla del consenso europeo por parte del Tribunal, en la medida en que, en ciertos casos, éste ha procedido a ampliar considerablemente la cuestión sobre la que debe apreciar la existencia de dicho consenso, lo que le lleva a concluir a la ausencia del mismo y, en consecuencia, a determinar un amplio margen de apreciación en favor de las autoridades nacionales. Tal es el caso de la sentencia *Leyla Sahin vs. Turquía*<sup>41</sup>, a propósito de la prohibición en Turquía del velo islámico y otros símbolos religiosos en el contexto universitario –completamente minoritaria en el espacio europeo–, en la que el Tribunal prefirió centrarse en la cuestión más amplia de la prohibición de los símbolos religiosos en el ámbito de la enseñanza, ya fuere ésta primaria,

<sup>36</sup> Opinión parcialmente disidente común a los jueces Rozakis..., op. cit., párr. 10. Además, estas sanciones sí fueron tomadas en cuenta por el Tribunal en relación a la situación denunciada por la tercera demandante: ver ECHR. A, B and C v. Ireland, op. cit., párr. 254.

<sup>37</sup> ROMAN, Diane. “L’avortement devant la Cour européenne: l’Europe contre les femmes et au mépris de son histoire”. *Revue de droit sanitaire et social* No. 2, 2011, pp. 293-303, citado en HERVIEU, Nicolas “Avortement: La Cour de Strasbourg...”, op. cit.

<sup>38</sup> Ver, en este sentido, HERVIEU, Nicolas. “L’avortement devant la Cour de Strasbourg : une « morale » de l’histoire bien décevante (Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, A. B. C. c. Irlande)”. *Actualités droits-libertés*, 17 décembre 2010 [en línea] <<http://www.droits-libertes.org>> [consulta: 30 enero 2012].

<sup>39</sup> ECHR [Grand Chamber]. *Tănase v. Moldova*. Judgment of 27 April 2010. Application No. 7/08, párr. 172; ECHR. *Republican Party of Russia v. Russia*. Judgment of 12 April 2011. Application No. 12976/07, párr. 126.

<sup>40</sup> ECHR. *F v. Switzerland*. Judgment of 18 December 1987. Application No. 11329/85, A. 128, párr. 33.

<sup>41</sup> ECHR [Grand Chamber]. *Leyla Sahin v. Turkey*. Judgment of 10 November 2005. Application No. 44774/98. Rec., 2005-XI.

secundaria o superior (e incluso sobre la relación entre el Estado y las confesiones religiosas), lo que le condujo a constatar la diversidad de las prácticas nacionales al respecto<sup>42</sup>. En la sentencia *A, B y C vs. Irlanda* ocurre algo similar, aunque el Tribunal va incluso un paso más allá al operar dicha “manipulación” tras haber examinado la existencia de un consenso europeo en la cuestión concreta sobre la que debía pronunciarse. En efecto, la Corte Europea analiza la regulación del aborto en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa en aras de determinar el margen de apreciación del que deben gozar las autoridades irlandesas en la ponderación entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida privada de la futura madre. Sin embargo, una vez constatado el consenso europeo existente en la materia, decide obviar las consecuencias del mismo al asociar a dicha ponderación la cuestión del comienzo de la vida humana, sobre la que no existiría tal consenso.

La postura adoptada por el Tribunal constituye, en cualquier caso, un claro ejercicio de “*judicial self-restraint*” sobre una cuestión extremadamente delicada que ha dividido histórica y profundamente a la sociedad irlandesa, como así lo demuestran los resultados de los tres referéndums celebrados sucesivamente al respecto. De esta manera, obviando las consecuencias que se derivarían del consenso europeo en la materia, renuncia a imponer una solución uniforme y permite que sea la propia sociedad irlandesa la que, en su caso, decida modificar la normativa vigente mediante la celebración de un nuevo referéndum<sup>43</sup>.

Pese a que la decisión del Tribunal podría eventualmente explicarse, en gran medida, por la encrucijada constitucional que hubiese significado una declaración de violación del derecho a la autonomía personal de las demandantes, resulta legítimo preguntarse si esta decisión no responde a una posición calculada del Tribunal en aquellos ámbitos que planteen cuestiones de orden moral o ético particularmente sensibles. Ésa parece, en cualquier caso, la conclusión que se desprende de la lectura de la sentencia *S.H. y otros vs. Austria* –dictada menos de un año después de *A, B y C vs. Irlanda*–, en la que el Tribunal ha de nuevo obviado su jurisprudencia tradicional en materia de consenso y margen de apreciación nacional, esta vez en un caso relativo a la prohibición legal, en Austria, de utilizar óvulos y espermatozoides de donantes en procedimientos de fecundación in vitro<sup>44</sup>.

Si bien es cierto que la compleja y extremadamente delicada cuestión sobre la que el Tribunal debía pronunciarse en el asunto *A, B y C vs. Irlanda* pone de manifiesto las tensiones inherentes en la búsqueda de un equilibrio entre la soberanía de los Estados parte y la necesidad de asegurar una protección de los derechos humanos reconocidos por el Convenio, es de lamentar que los jueces de Estrasburgo se hayan guiado esencialmente por consideraciones de carácter político, dejando a un lado el rol armonizador del Convenio y privilegiando las “ideas morales profundas” del pueblo irlandés sobre la protección del derecho a la autonomía personal de la mujer.

<sup>42</sup> Ver, en este sentido, la Opinión disidente de la juez Tulkens en ECHR. *Leyla Sahin v. Turkey*, op. cit., párr. 3. Ver también, en relación a la sentencia en Sala de 29 de junio de 2004, BRIBOSIA, Emmanuelle; RORIVE, Isabelle. “Le voile à l’école: une Europe divisée. *Rev. trim. dr. h.* No. 60, 2004, p. 964.

<sup>43</sup> Algo que no parecería impensable si tenemos en cuenta los diferentes estudios y sondeos de opinión citados por las demandantes, que señalan un cambio de opinión del pueblo irlandés sobre la posibilidad de ampliar los supuestos de aborto permitidos en Derecho irlandés (ver párrs. 82-88 y 170 de la sentencia)

<sup>44</sup> ECHR [Grand Chamber]. *S.H. and others v. Austria*. Judgment of 3 November 2011. Application No. 57813/00. Este fallo revoca la sentencia adoptada en Sala (Sentencia de 1 de abril de 2010), por la que se condenaba a Austria por violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en conexión con el artículo 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Ver especialmente, a partir del párrafo 93 de la sentencia, y la Opinión disidente común a los jueces Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska y Tsotsoria (en particular, a partir del párrafo 7).

Independientemente de la valoración que pueda realizarse sobre la asociación entre la existencia de un consenso europeo y la determinación del margen de apreciación nacional –asociación que no hace sino fomentar el *statu quo* en detrimento de la prioridad normativa de los derechos humanos y de la función armonizadora del Convenio<sup>45</sup>–, lo que resulta innegable es que la postura adoptada por el Tribunal en el asunto que aquí nos ocupa supone un paso atrás en su jurisprudencia al respecto. El hecho que la sentencia *S.H. y otros vs. Austria* apunte en una dirección muy similar no hace sino confirmar lo aquí denunciado, abriéndose una nueva etapa en la jurisprudencia de un Tribunal que parece renunciar a la interpretación evolutiva de los derechos garantizados por el Convenio, avalando legislaciones o prácticas claramente restrictivas de tales derechos, de manera a no provocar un clima de rechazo hacia su actividad y permitiendo que sean los propios Estados los que decidan al respecto de cuestiones que planteen aspectos morales o éticos particularmente sensibles<sup>46</sup>.

## Conclusiones

En el presente artículo se ha tratado de poner en evidencia cómo la sentencia *A, B y C vs. Irlanda* presenta numerosos aspectos críticos en relación con la protección del derecho a la autonomía personal y de la libertad reproductiva de la mujer, así como, más ampliamente, con la función armonizadora del Convenio y el rol del consenso europeo en la protección de los derechos humanos a escala europea. Por un lado, la decisión del Tribunal resulta incoherente, e incluso paradójica, al proteger el goce efectivo del derecho al aborto que haya sido formalmente reconocido a nivel nacional y, al mismo tiempo, no declarar la violación de los derechos de las demandantes respecto a aquellos Estados que presentan las legislaciones más restrictivas sobre la cuestión del aborto. De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal garantiza el completo respeto del derecho al aborto en los países que lo han consagrado a nivel interno y, sin embargo, desampara a las mujeres en aquellos Estados que no reconocen tal derecho.

Por otro lado, esta sentencia contrasta radicalmente con la jurisprudencia previa de la Corte Europea de Derechos Humanos, al no haber éste reducido el margen de apreciación nacional en presencia de un consenso europeo. Ello ha permitido, en el marco de una postura particularmente deferente del Tribunal respecto al derecho irlandés, que este último haya sido considerado compatible con el Convenio, y que la moral del pueblo irlandés se haya impuesto sobre la razonable ponderación de los derechos del no nacido y de la futura madre que resulta de la legislación de la amplia mayoría de los Estados del Consejo de Europa. La decisión del Tribunal representa pues un “punto de inflexión” en su jurisprudencia en materia de consenso y margen de apreciación nacional, que se ha visto confirmado recientemente por la sentencia *S.H. y otros vs. Austria*. Dicha

<sup>45</sup> Contribución oral de la Juez Tulkens en el seminario “Après Lautsi, quel consensus européen sur l’impartialité de l’État?”, celebrado en Bruselas el 16 de diciembre de 2011.

<sup>46</sup> Asuntos recientes en los que se abordan cuestiones igualmente delicadas muestran cómo, en ocasiones, el Tribunal de Estrasburgo se apoya de manera pragmática en el margen de apreciación nacional y la ausencia de un consenso europeo para evitar así la imposición de una solución europea y la condena del Estado demandado, de forma incoherente con los principios que parecen desprenderse de su propia jurisprudencia en la materia objeto de su decisión. Un ejemplo ilustrativo de esta tendencia es la reciente sentencia *Lautsi y otros vs. Italia* (ECHR. [Grand Chamber]. *Lautsi and others v. Italy*. Judgement of 18 March 2011. Application No. 30814/06), a propósito de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas, en la que la Gran Sala del Tribunal revocó la sentencia adoptada por unanimidad en Sala (Sentencia de 3 de noviembre de 2009), por la que se condenaba a Italia por violación del artículo 2 del Protocolo No. 1 (derecho a la instrucción) examinado junto al artículo 9 del Convenio (libertad de pensamiento, conciencia y de religión). Para un análisis crítico ver la Opinión disidente del Juez Malinverni, a la que se adhiere la Juez Kalaydjieva en dicho caso, así como SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del Estado”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* No. 23, 2011, pp. 566-586. [en línea] <<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>> [consulta: 30 enero 2012].

tendencia jurisprudencial resulta particularmente peligrosa, pues plantea serios interrogantes en cuanto a los límites que el Tribunal vaya a imponer en el futuro a aquellas injerencias en los derechos basadas en especificidades nacionales sobre temas moral o éticamente sensibles, en esta nueva etapa que parece haber abierto la sentencia aquí analizada.

Recibido: 31 octubre 2011

Aceptado: 2 febrero 2012