

*Sentencia: aprobada por el Tribunal para dictarse
(sujeta a correcciones de redacción) **

Entregada: 30/11/2015

**EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
IRLANDA DEL NORTE**

**SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR
BRITÁNICO (REVISIÓN JUDICIAL)**

2014 No. 125661/01

**Solicitud presentada por la Comisión de los Derechos Humanos de
Irlanda del Norte**

[2015] NIQB 96

**EN MATERIA DE UNA SOLICITUD DE REVISIÓN JUDICIAL
PRESENTADA POR LA COMISIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS DE IRLANDA DEL NORTE**

**EN MATERIA DE INTERRUPCIÓN DEL
EMBARAZO
EN IRLANDA DEL NORTE**

MARCO DE LA SENTENCIA

**Párrafos de la
Sentencia**

A.	RESUMEN EJECUTIVO	[1]
B.	INTRODUCCIÓN	[2]-[7]
C.	LA SOLICITUD DE REVISIÓN JUDICIAL	[8]
D.	ANTECEDENTES	[9]-[17]

E.	LA LEY EN MATERIA DE ABORTO EN IRLANDA DEL NORTE	[18]-[23]
F.	LAS PRUEBAS RESPECTO DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO DE LAS MUJERES DE IRLANDA DEL NORTE	[24]-[34]
G.	EL MARGEN DE APRECIACIÓN	[35]-[56]
H.	EL CONSENSO EUROPEO	[57]-[58]
I.	LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES	[59]-[71]
J.	CAPACIDAD JURÍDICA	[72]-[81]
K.	LA EXIGENCIA DE QUE HAYA UNA VÍCTIMA	[82]-[89]
L.	LOS EFECTOS DE LA CONVENCION	[90]-[95]
M.	ARTÍCULO 2 Y EL DERECHO A LA VIDA	[96]-[109]
N.	ARTÍCULO 3	[110]-[121]
O.	ARTÍCULO 8	[122]-[165]
P.	ARTÍCULO 14	[166]-[172]
Q.	REPARACIÓN DEL AGRAVIO	[173]-[182]
R.	CONCLUSIÓN	[183]-[184]

HORNER J

[1] El Tribunal concluye que en Irlanda del Norte:

- (i) No existe derecho general al aborto conforme al derecho consuetudinario anglosajón ni conforme a los ordenamientos jurídicos.
- (ii) La Comisión de Derechos Humanos de Irlanda del Norte (en lo sucesivo, “la Comisión”) cuenta con capacidad jurídica conforme a la Ley de Irlanda del Norte de 1998 (en lo sucesivo, “la Ley de 1998”) para presentar esta solicitud para que se emita una declaración de incompatibilidad respecto de las Secciones 58 y 59 de la Ley de Delitos contra las Personas de 1861 (en lo sucesivo, “la Ley de 1861”) y el Artículo 25 de la Ley de Justicia Penal (Irlanda del Norte) de 1945 (en lo sucesivo, “la Ley de 1945”) (que en lo sucesivo se denominarán “las disposiciones impugnadas”).
- (iii) La ausencia de una víctima como solicitante en la presente revisión judicial no es motivo para anular la solicitud.
- (iv) El derecho a la vida desde la concepción no está protegido por el derecho consuetudinario anglosajón de Irlanda del Norte. Hay determinadas protecciones para la vida prenatal conforme a varios ordenamientos jurídicos.
- (v) La falta del establecimiento de excepciones a la prohibición del aborto en los casos de malformación grave del feto (en lo sucesivo, “MGF”), anomalías mortales del feto (en lo sucesivo, “AMF”) y embarazos por violación e incesto (en lo sucesivo, el “delito sexual”) a las disposiciones impugnadas no incumple el Artículo 3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, “la Convención”). La Comisión no ha demostrado al Tribunal con las pruebas citadas ante el mismo que se ha alcanzado el nivel mínimo de gravedad que establece el Artículo 3.
- (vi) El Artículo 8 de la Convención se incumple solo por la falta del establecimiento de excepciones a la prohibición general de los abortos en los casos de:

- (a) las AMF en cualquier momento, y
- (b) los embarazos que sean consecuencia de un delito sexual hasta la fecha en que el feto se vuelva capaz de existir de forma independiente de la madre.

Para evitar dudas, la prohibición del aborto conforme a la Ley de 1945 no constituye un incumplimiento del Artículo 8.

- (vii) No existe la obligación de analizar el Artículo 14 dado que se llegó a la conclusión antes mencionada respecto del Artículo 8. Sin embargo, no se ha demostrado un incumplimiento del Artículo 14 en conjunto con el Artículo 8 en las pruebas actuales.
- (viii) Puede ser posible interpretar las disposiciones impugnadas conforme a la Ley de 1861 de una manera que cumpla con la Convención. Opcionalmente, el tribunal puede convencerse de que el proceso penal que se siga conforme a dichas disposiciones en relación con las condiciones establecidas en el inciso (vi) antes mencionado constituye un agravio. Sin embargo, es necesario que el tribunal escuche a las partes acerca de estos asuntos antes de que llegue a un pronunciamiento definitivo.
- (ix) En caso de que no sea posible interpretar las disposiciones emanadas del poder legislativo que apliquen de una manera que cumpla con la Convención o bien concluir que el proceso penal que se siga conforme a esas disposiciones en relación con las circunstancias que se establecen en el inciso (vi) anterior constituye un agravio, el tribunal considera adecuado y correcto que se emita una declaración de incompatibilidad de conformidad con el Artículo 4(2) de la Ley de Derechos humanos de 1998 (LDH) respecto de las disposiciones impugnadas conforme a la Ley de 1861.

B. INTRODUCCIÓN

[2] El solicitante es la Comisión. La Comisión presenta esta solicitud para que se emita una declaración de que los derechos de las mujeres en Irlanda del Norte que están embarazadas o queden embarazadas teniendo una MGF (de la cual una AMF es una subcategoría) o quienes resulten embarazadas a consecuencia de delitos sexuales, conforme a los Artículos 3, 8 y 14 de la Convención, son violados por el Artículo 58 y el Artículo 59 de la Ley de 1861 y el Artículo 25 de la Ley de 1945. Por lo tanto, solicita una declaración de

incompatibilidad conforme a el Artículo 4(2) de la LDH respecto de las disposiciones impugnadas.

[3] La Sra. XXX, la Sra. XXX y el Sr. XXX comparecieron por parte del solicitante. El Dr. XXX y el Sr. XXX comparecieron por parte del Departamento de Justicia en lo sucesivo, “el Departamento”). El Procurador General, el Sr. y la Sra. XXX comparecieron de conformidad con el asunto de una Notificación de Delegación de Facultades emitida para el Procurador General y el Secretario de Estado conforme al párrafo 5 del Anexo 10 de la Ley de Irlanda del Norte de 1998 (en lo sucesivo, “la Ley de 1998”). El Sr. XXX hizo declaraciones por escrito y verbales a nombre de los Obispos de la Región Norte y la Sra. XXX hizo declaraciones por escrito y verbales a nombre de XXX. Hubo varias organizaciones que hicieron declaraciones detalladas y amplias y quienes representan varios puntos de vista de los ámbitos religioso y político. La última declaración por escrito que forma parte de la presente revisión judicial se recibió de parte de Amnistía Internacional a mediados de octubre de 2015 y el Procurador General emitió una respuesta a la misma. Se felicita a todos los asesores por la calidad de sus declaraciones por escrito y verbales. De hecho, todos los participantes deben recibir elogios por el esfuerzo que realizaron para garantizar que se haya hecho el debate más amplio posible y que se hayan expresado todos los distintos puntos de vista posibles. Una mención especial se merece el Sr. XXX quien apoyó a la Sociedad para la Protección del Niño No Nacido (“SPUC”, por sus siglas en inglés) en lo que fue una declaración por escrito especialmente razonada y esclarecedora. Sin embargo, pueden estar seguros todos los que participaron en esta solicitud, ya sea con declaraciones por escrito o verbales o por ambos medios, que he tenido en cuenta todos los argumentos que hicieron para llegar a mi conclusión general. Simplemente es imposible para mí mencionar todos los argumentos que se han analizado de manera imparcial y de todos modos mantener la sentencia de forma imparcial.

[4] Un tema que se relacione con el aborto siempre es muy polémico. De manera inevitable plantea cuestiones filosóficas, morales, sociales, religiosas, políticas y de otra índole que son extremadamente divisivas. Otro de los fundamentos del derecho consuetudinario anglosajón es el principio de la inviolabilidad de la vida. Como Lord Hoffmann dijo en Airedale NHS Trust v Bland [1993] AC 789 párrafo [30] esto “implica su inviolabilidad por un intruso”. Otro de los fundamentos del derecho consuetudinario anglosajón es el principio de autonomía personal, el derecho a la autodeterminación. Aquellos que están a favor del aborto en circunstancias especiales expusieron ante el Tribunal que se basan en la autonomía personal. Los que están en

contra del aborto piden que se respete la inviolabilidad de la vida. Una de las funciones de este Tribunal es poner estos principios en el contexto adecuado. Como Lord Steyn mencionó en la sentencia que dictó en R (Pretty) v Director of Public Prosecutions [2002] 1 AC 800 en [54] sobre el tema del suicidio asistido:

“Es de gran importancia mencionar que estas son preguntas ancestrales acerca de las cuales millones de personas han tenido opiniones diametralmente opuestas en el pasado y todavía las siguen teniendo”.

El mismo tipo de opiniones ejercen igual fuerza hacia el tema del aborto.

[5] Incluso el tipo de lenguaje que se utiliza en los argumentos está cargado de juicios de valor. Por un lado, se habla de anomalías mortales del feto, por el otro se habla de una condición que reduce la expectativa de vida. A menudo, aquellos en cuyo nombre se expresan los argumentos, se mantienen muy firmes, incluso a convicciones, principios y creencias muy arraigadas. El debate puede resultar conflictivo debido a que cada lado solo escucha la justificación de sus propios argumentos y no quiere escuchar al otro lado. No obstante, hay muchas personas en Irlanda del Norte que están preparadas para escuchar y para ser convencidas por el peso de los argumentos vertidos por las distintas partes de este debate. Espero que todos los que lean esta sentencia completa, tengan en cuenta los argumentos que se han presentado y los comprendan, incluso si no pueden aceptar las conclusiones a las que llegado.

[6] A pesar de lo que se ha mencionado en la prensa, este no es un caso acerca del derecho al aborto. No existe el derecho al aborto en Irlanda del Norte, salvo en circunstancias cuidadosamente definidas y especiales. La Comisión ha aclarado que no busca establecer ese derecho general. La presente solicitud trata acerca de si la falta del establecimiento de determinadas excepciones especiales hacia la prohibición del aborto en Irlanda del Norte, en concreto en los casos en que existe una MGF, incluyendo una AMF o en los que el embarazo es a consecuencia de un delito sexual cumple con los derechos de los que gozan todos los ciudadanos de Irlanda del Norte conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “la Convención”). Al analizar estas excepciones, trataré de seguir el ejemplo de Sir XXX en Paton v British Pregnancy Advisory Services Trustees and Another [1979] QB 276 cuando dijo:

“Cuando se establece un debate acerca de asuntos humanos y específicamente del aborto, la controversia puede implicar derechos, deberes, intereses y normas morales, así como los puntos de vista religiosos de las partes. Los valores morales están en pugna. De hecho, no tengo interés en ninguno de esos asuntos. Mi único interés es la ley de Inglaterra en cuanto a su aplicación a este derecho. Mi función es aplicar la ley sin emociones o predilecciones”.

[7] En esta solicitud, lo que tuve que decidir es acerca de qué es una cuestión jurídica, sin estar limitado por costumbres morales, convicciones, principios o creencias, en concreto es si la ley de Irlanda del Norte cumple con la Convención en relación con las mujeres que están embarazadas que presentan MGF, AMF o que se hayan embarazado a consecuencia de un delito sexual.

C. LA SOLICITUD DE REVISIÓN JUDICIAL

[8] En su Declaración de la Orden 53, la Comisión solicita la siguiente reparación del agravio, en concreto:

“Una declaración conforme a las Secciones 6 y 4 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, acerca de que las Secciones 58 y 59 de la Ley de Delitos contra las Personas de 1861 y el Artículo 25 de la Ley de Justicia Penal (Irlanda del Norte) de 1945 son incompatibles con los Artículos 3, 8 y 14 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establecida por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, la “CEDH”) en relación con el acceso a los servicios de interrupción del embarazo para las mujeres cuyo embarazo presente malformación grave del feto o cuyo embarazo resulte de una violación o incesto”.

Los fundamentos contemplados incluyen lo siguiente:

“(a) El efecto conjunto de las disposiciones

impugnadas que emanaron del poder legislativo en Irlanda del Norte prohíben el acceso de las mujeres a los servicios de interrupción del embarazo en los casos de malformación grave del feto o violación sexual o incesto, cuya consecuencia significa lo siguiente:

(i) Las mujeres y niñas en Irlanda del Norte que están embarazadas, pero tienen un diagnóstico de malformación grave del feto tienen prohibido el acceso a los servicios de realización del aborto en Irlanda del Norte para interrumpir su embarazo, a pesar de que la continuación del embarazo podría constituir un incumplimiento de los artículos 3, 8 y 14 de la CEDH;

(ii) Las mujeres y niñas en Irlanda del Norte que están embarazadas como resultado de una violación o incesto tienen prohibido el acceso a los servicios de realización del aborto en Irlanda del Norte para interrumpir su embarazo, a pesar de que la continuación del embarazo podría constituir un incumplimiento de los artículos 3, 8 y 14 de la CEDH”.

D. ANTECEDENTES

[9] La Comisión presentó esta solicitud de declaración de incompatibilidad después de un periodo de aproximadamente dos años de diálogo entre la Comisión y el Gobierno de Irlanda del Norte. En abril de 2013, el Departamento de Salud, Servicios Sociales y Protección Civil (en lo sucesivo el “DHSSPS”) publicó el borrador de los lineamientos para su consulta pública “Circunstancias Específicas para la Interrupción Legal del Embarazo en Irlanda del Norte - Documento de Lineamientos para el Profesional de la Salud y la Asistencia Social y para la Práctica Jurídica y Clínica”. Lo anterior se emitió en respuesta a una sentencia del Tribunal de Apelaciones Family Planning Association of Northern Ireland v Minister of

Health, Social Services and Public Safety [2004] NICA 39 que se dictó el 8 de octubre de 2004. Por lo tanto, ha tomado 8 años y medio la elaboración del Documento de Lineamientos. El solicitante respondió formalmente a lo anterior el 4 de julio de 2013.

[10] El 17 de octubre de 2013, el Director del Departamento de Procesos Penales (en lo sucesivo el “DPP”) aclaró que no constituye un delito brindar asistencia a una mujer que acuda en cualquier otro lugar del Reino Unido a interrumpir el embarazo, lo cual sería ilícito en esta jurisdicción. El 4 de noviembre de 2013, el Sr. XXX, Presidente interino de la Comisión, presentó un escrito al Ministro de Justicia y al entonces Ministro de DHSSPS, el Sr. XXX, en el que adjuntaba la asesoría provista por la Comisión respecto al ámbito de actuación legal al amparo del Artículo 69(3) de la Ley de 1998. Respondió también al Documento de Lineamientos. La Comisión repitió su consejo en el sentido que: “la ley existente en materia de interrupción del embarazo en Irlanda del Norte no cumple con las obligaciones del Ejecutivo de dicho país en virtud de la ley de derechos humanos”. La Comisión buscó sostener un debate urgente con el Ministro. El mismo mes, la Comisión presentó un escrito al Ministro de Justicia donde detallaba su consejo respecto a “la ley en materia de interrupción del embarazo en Irlanda del Norte”.

[11] Tras una reunión entre el Ministro de Justicia y sus colegas y el Presidente de la Comisión y sus colegas, el Ministro anunció su intención de consultar sobre el tema de la interrupción del embarazo en Irlanda del Norte y presentar el documento de consulta ante el Comité de Justicia a más tardar el 14 de marzo de 2014.

[12] El 15 de enero de 2014, el solicitante presentó un escrito ante el Ministro de Justicia en el que enfatizaba nuevamente la necesidad de un documento de consulta que dejara claro que el Ministro presentaría ante la Asamblea legislación con disposiciones en materia de interrupción del embarazo en Irlanda del Norte sobre la base de casos de MGF o cuando el embarazo fuera consecuencia de un delito sexual. Hacía énfasis nuevamente en que las disposiciones legislativas actuales no cumplían con las disposiciones de la Convención.

[13] El 25 de abril de 2014, el solicitante presentó un escrito al Ministro de Justicia en el que expresaba su preocupación respecto a que no se hubiera elaborado un documento de consulta en materia de interrupción del embarazo en las circunstancias definidas. El 7 de mayo de 2014, el Ministro de Justicia respondió que el documento de consulta ya había sido elaborado y estaba

siendo sometido a autorización interna. El Ministro no había decidido aún respecto a presentar el documento ante el Comité de Justicia antes de su publicación. El 13 de junio de 2014, la Comisión se quejó respecto al retraso de la fecha de marzo de 2014 propuesta originalmente para la presentación del documento de consulta ante el Comité de Justicia. El 26 de junio de 2014, el Ministro de Justicia presentó un escrito al solicitante en el que indicaba que se había elaborado un documento de consulta y “en vista de la naturaleza intersectorial del tema”, había sido compartido con el Ministro de DHSSPS. La intención era presentar el documento ante el Comité de Justicia inmediatamente después del receso de verano.

[14] La Comisión respondió haciendo énfasis en que el término “malformación grave del feto” era el término reconocido por el derecho internacional y no “anormalidad terminal o anormalidad fetal letal”. La Comisión pidió al Ministro que confirmara el contenido del documento de consulta y recordó al Ministro que su Departamento era el responsable de introducir cambios legislativos en esta área.

[15] El 1 de julio de 2014, la Comisión presentó un escrito al Ministro de DHSSPS en el que expresaba sus preocupaciones sobre el retraso y pedía se especificara un plazo para la entrega de los Lineamientos revisados. El 4 de agosto de 2014, el Ministro de Justicia informó al solicitante que el documento de consulta presentaría propuestas “para alterar la ley en materia de aborto a fin de permitir que una mujer elija interrumpir su embarazo ‘si ha habido un diagnóstico de que el feto esté sufriendo una anormalidad letal’. El Ministro prometió también que la consulta brindaría una oportunidad para quienes querían comentar sobre el tema de la “legalización del aborto para los embarazos resultado de un delito sexual”.

[16] El Documento de Consulta fue emitido el 20 de octubre de 2014 y el Ministro solicitó respuestas para el 17 de enero de 2015. El documento no tocaba el tema del aborto por motivo de malformación grave del feto. Solicitó declaraciones, pero no hizo recomendaciones para permitir el aborto en caso de un embarazo como consecuencia de una violación y/o incesto. El 7 de noviembre de 2014, el solicitante envió una carta protocolaria preliminar al Departamento de Justicia en la que dejaba en claro que, a menos que el Departamento aportara legislación para permitir la interrupción legal del embarazo en las circunstancias de malformación grave del feto y violación y/o incesto, los procedimientos continuarían. El Departamento respondió diciendo que, en vista que la consulta del Departamento estaba en curso, cualquier procedimiento sería “prematureo e infundado”.

[17] El 11 de diciembre de 2014, la Comisión instituyó los procedimientos por su cuenta, solicitando, entre otras cosas, una declaración de incompatibilidad. En los solicitantes que se han incorporado a la solicitud, ninguno se puede describir como víctima. Sin embargo, se han dado ejemplos y ha habido intervención de personas que se pudieran describir como víctimas si hubieran presentado una solicitud similar, a saber, XXX y XXX. Las pruebas presentadas han sido mayormente no controversiales y ni la parte requerida ni el Fiscal General han solicitado cuestionar los hechos que las sustentan. Se han presentado muy limitadas pruebas en nombre de la parte requerida y del Fiscal General.

E. LEY DEL ABORTO EN IRLANDA DEL NORTE

[18] Las disposiciones legislativas pertinentes son las secciones 58 y 59 de la Ley de 1861 y el Artículo 25(1) de la Ley de 1945. Estas son:

“Administrar fármacos o usar instrumentos para inducir un aborto.

58. Toda mujer que, estando encinta, con la intención de inducir su propio aborto, se administre ilegalmente cualquier veneno u otra cosa nociva, o ilegalmente use cualquier instrumento u otro medio cualquiera con la misma intención, y cualquiera, con la intención de inducir el aborto de cualquier mujer, esté o no encinta, le administre o la haga tomar cualquier veneno u otra cosa nociva, o ilegalmente use cualquier instrumento u otro medio cualquiera con la misma intención, será culpable de delito grave, y al ser sentenciado por el mismo, será sujeto [a ser encarcelado] de por vida [o ser multado o ambos].

Adquirir fármacos y c. para causar un aborto.

59. Cualquier persona que suministre o adquiera cualquier veneno u otra cosa nociva, o cualquier instrumento o cosa de cualquier índole, sabiendo que el mismo tiene la intención de ser usado o empleado ilegalmente con fines de inducir el aborto de cualquier mujer, esté o

no encinta, será culpable de un delito menor, y al ser sentenciada por el mismo será sujeta [a ser encarcelada durante cinco años] [o ser multada, o ambos].

Castigo por destrucción de feto viable.

25. (1) Sujeto a las disposiciones que se indican en lo sucesivo en este numeral, cualquier persona que, con la intención de destruir la vida de un feto que en ese momento sea capaz de nacer vivo, por cualquier acto doloso causa el fallecimiento de un feto antes de que tenga una existencia independiente de su madre, será culpable de delito grave, a saber, de destrucción de feto viable, y será sujeto a ser sentenciado con una acusación formal a [cárcel] de por vida [o multa o ambos]:

Se dispone que ninguna persona sea encontrada culpable de un delito en virtud de esta sección, a menos que se pruebe que el acto que causó el fallecimiento del feto no fuera hecho de buena fe para los fines exclusivamente de preservar la vida de la madre”.

[19] La ley relativa al aborto en Irlanda del Norte fue establecida por Nicholson LJ en vista de la sentencia del Tribunal de Apelaciones en Family Planning Association of Northern Ireland v The Minister for Health, Social Services and Public Safety [2004] NICA 37, párrafos [47]-[96]. En el párrafo 75, Nicholson LJ resumía el derecho penal de la manera siguiente:

“[75] La inducción de un malparto (o aborto) es un delito penal castigado con una sentencia máxima de cárcel de por vida si la fiscalía prueba más allá de cualquier duda razonable a la satisfacción del jurado:

(1) que la persona que indujo el malparto no consideraba que hubiera el riesgo de que la madre pudiera morir si el embarazo continuaba;
o

(2) no consideraba que la madre pudiera probablemente sufrir un daño grave a largo plazo a su salud física y mental; o

(3) no consideraba que la madre pudiera sufrir probablemente un daño grave a largo plazo a su salud física o mental si daba a luz a un niño anormal.

(4) Una persona que es parte secundaria en la comisión del delito penal antes referido está sujeta a sentencia con la misma sanción penal que la parte principal.

(5) En consecuencia, un aborto será legal si un jurado considera que continuar el embarazo pudiera causar un riesgo para la vida de la madre o habría causado un daño grave a largo plazo para su salud física o mental.”

[20] Antes de aprobar la Ley del Aborto de 1967, la ley en Gran Bretaña e Irlanda del Norte respecto al aborto era la misma. La posición ahora es que Gran Bretaña goza de un régimen mucho más liberal tras la aprobación de la Ley de 1967 y sus modificaciones posteriores. El aborto se permite con mucha más amplitud y no está confinado a los tres casos excepcionales que constituyen la esencia de esta solicitud. En R v Bourne [1939] 1 KB 687 MacNaghten J dijo respecto a la legislación previa a la Ley de 1967, que es la ley que opera actualmente en Irlanda del Norte, que era legal realizar una interrupción del embarazo para los fines de preservar la vida de la madre. Esto incluía también realizar un aborto si el médico consideraba que la consecuencia probable de la continuación del embarazo sería hacer de la mujer “un desastre físico o mental”. El juez de instrucción hizo comentarios respecto a la violación de una niña:

“... pero sin duda ustedes pensarán que es simplemente sentido común que una niña que durante nueve meses tiene que cargar en su cuerpo el recordatorio de la terrible escena y luego pasar por los dolores del parto debe sufrir una enorme angustia mental...”

[21] Se pudiera pensar también que es sentido común, respaldado por las pruebas presentadas en este caso, que la angustia mental será de una magnitud similar para cualquier mujer, como XXX o XXX, que ha tenido que llevar en su vientre a término un niño que la madre sabía era incapaz de sobrevivir independientemente fuera de su útero.

[22] Vale la pena mencionar que Macnaghten J in R v Bourne, sin duda reflejando las opiniones de esa época, excluyeron a los “débiles de mente” y aquellos con una “mente de prostituta” de sus comentarios. Esto demuestra efectivamente la manera en que la sociedad puede evolucionar, ya que esos comentarios serían hoy en día considerados mal interpretados e intolerantes, reflejo de otra era con opiniones y valores distintos.

[23] Por lo tanto, la interrupción de un embarazo donde hay una MGF, una AMF o cuando el embarazo sea la consecuencia de un delito sexual hace a la persona que realiza el aborto sujeta a proceso penal que conlleva una sentencia con una sanción penal máxima de cárcel de por vida. Además, una parte secundaria de la comisión de un delito tal es sujeta también a ser condenada a la misma sanción. Una parte secundaria incluirá a una persona que, con la intención de inducir una interrupción del embarazo, ayuda a otra a realizar el procedimiento o que aliente la realización de dicho procedimiento. Normalmente esto incluirá a la madre. Es importante también señalar que cualquiera que sepa o crea que se ha realizado una interrupción ilegal del embarazo y tenga información que podría ser de ayuda importante para asegurar el proceso y convicción del delincuente, debe pasar esa información a las autoridades. No hacerlo es también un delito penal: véase el Artículo 5 de la Ley de Derecho Penal (Irlanda del Norte) de 1967.

F. LAS PRUEBAS

[24] No es posible decir cuántas mujeres o niñas viajan cada año a Gran Bretaña desde Irlanda del Norte para hacerse un aborto como consecuencia de haber quedado embarazadas tras una violación y/o incesto. El Sr. XXX, Comisionado en Jefe de la Comisión, menciona en su declaración jurada en nombre de ese organismo, que en 2013 hubo 802 abortos en Inglaterra y Gales para mujeres que habitaban en Irlanda del Norte. Esto representó cerca de 14.7% del total de abortos realizados en Inglaterra y Gales. La Asociación de Planificación Familiar del Reino Unido sugirió que la cifra real es más cercana a 2,000 y que había un considerable número de casos que no se informaban. En Irlanda del Norte se realizaron 51 abortos legales en 2012/2013. Cinco de quienes viajaron a Inglaterra en 2013 para un aborto tenían menos de 16 años

de edad. En 2013, trece chicas de entre 16 y 17 años se sometieron a la interrupción de su embarazo en Inglaterra. Doscientas diez mujeres en el grupo de 20-24 años de edad viajó a Inglaterra para someterse a un aborto en 2013. Las pruebas presentadas en AB and C v Ireland [2011] 53 EHRR 31 indicaban que 4,686 mujeres habían viajado de la República de Irlanda a Gran Bretaña en 2007 para someterse a abortos.

[25] El Sr. XXX, fundamento también pruebas convincentes de que un número de esas chicas que viajaron a Gran Bretaña estaban embarazadas como resultado de una violación y/o incesto. Las pruebas de XXX y XXX sugieren también que un número de quienes viajan a Inglaterra y Gales para someterse a abortos tenían fetos con MGF y AMF.

[26] XXX, la directora de programa de Marie Stopes International (“MSNI”), presentó una declaración jurada en la que aseguraba:

- (i) MSNI ofrece abortos hasta las nueve semanas y cuatro días de gestación estrictamente dentro del derecho penal de Irlanda del Norte. Esto involucra que una mujer embarazada ingiera dos grupos de pastillas, lo que causa el fallecimiento del feto. Esto es distinto a la píldora del día después, que sólo es eficaz si se toma dentro de los cinco días posteriores a la relación sexual.
- (ii) Las mujeres buscan la interrupción del embarazo por todo tipo de motivos y no hay una cliente típica.
- (iii) La Cliente B había sido violada por su pareja sentimental con quien había sufrido una relación de violencia doméstica. Ya tenía hijos y no quería más. No podía tener un aborto legal en Irlanda del Norte y estaba consternada al enterarse que tendría que viajar a Inglaterra. Su consternación se agravaba por el miedo a que su pareja sentimental la descubriera y tuviera una reacción violenta por su decisión de buscar la interrupción. A pesar de ello, viajó fuera de Irlanda del Norte y se sometió a la interrupción.
- (iv) La Cliente C tenía 13 años. Había sido embarazada por un familiar como resultado de abuso sexual familiar. Ya había pasado de las nueve semanas y cuatro días cuando acudió a MSNI. El asunto se informó a PSNI. Tuvo que viajar fuera de Irlanda del Norte asustada y consternada debido a su gestación avanzada. Los “productos” de la concepción tuvieron que ser

conservados para servir como pruebas en caso de proceso.

[27] La Sra. XXX renunció a su anonimato para establecer en términos emotivos el diagnóstico que recibió durante su embarazo de que el feto que llevaba en su vientre no era compatible con la vida y, si nacía, no podría sobrevivir. El diagnóstico era anencefalia que deriva en una malformación del cerebro y hace que el feto sea incapaz de tener una vida independiente fuera del útero. Se le negó el aborto en Irlanda del Norte. Con el apoyo de MSNI, tuvo que viajar con poca anticipación y muy consternada a Inglaterra para someterse a un aborto. Antes de esto, había tenido que someterse a un escaneo cada dos semanas para asegurarse de que el feto todavía sobreviviera. Si el feto hubiera muerto en su interior, tenía el potencial de envenenarla. Su consternación había aumentado al saber que, debido a que esta condición es genética, podría pasarle nuevamente si se volviera a embarazar.

[28] La Sra. XXX, directora de la Red de Apoyo para el Aborto del Reino Unido (Abortion Support Network, en lo sucesivo “ASN”), brinda asistencia financiera y hospedaje a las mujeres que se ven forzadas a viajar de Irlanda del Norte y la República de Irlanda y pagar por abortos con sus medios. Esto puede costar entre £400-£2000, dependiendo de las circunstancias. Dio ejemplos de chicas jóvenes que habían sido violadas y embarazadas en circunstancias que sólo se pueden describir como extremadamente desgarradoras. Para estas chicas, la experiencia traumática de ser abusadas sexualmente se ha visto aumentada por su imposibilidad de someterse a un aborto en Irlanda del Norte y el requisito de dejar el país y el apoyo de sus familias para obtener la interrupción de su embarazo en Inglaterra. Todas estas chicas tenían dificultades financieras y necesitaban del apoyo de ASN ya que, en Irlanda del Norte, las mujeres no tienen derecho al acceso gratuito al NHS en Inglaterra y Gales: véase la decisión del Sr. Juez King en A (By her Litigation Friend B), B v Secretary of State for Health [2014] EWHC 1364 (Admin) que fue posteriormente aprobado por el Tribunal de Apelaciones en [2015] EWCA Civ 771.

[29] Se presentó una declaración jurada de XXX en representación de la organización norirlandesa Alliance for Choice (“AFC”). Recibió el diagnóstico de que el feto que llevaba en su vientre sufría de una forma de enanismo o acondroplasia. A su esposo y a ella les dijeron que la condición era probablemente fatal. También se les informó que no existía la posibilidad de un aborto en Irlanda del Norte. Se realizaron varias pruebas para identificar la condición precisa. Ella describe su dolor y malestar por llevar en su vientre un feto que estaba condenado a morir y tener que convivir con otras

embarazadas felices. Le dijeron que el bebé moriría al nacer porque sus pulmones no se pudieron desarrollar. A las 35 semanas, se le rompió la fuente, lo que implicaba que, con toda probabilidad, esto causaría que se detuviera el corazón. Sin embargo, el niño nació muerto. Su corazón se había detenido un par de días antes de que saliera al mundo. XXX no podía entender por qué la habían obligado a llevar en su vientre un feto a término cuando no podría sobrevivir. La terrible tragedia de perder a su bebé se magnificó por haber sido forzada a llevar a término un bebé que no era capaz de tener vida independiente.

[30] Es verdad que ni la Sra. XXX ni XXX eran solicitantes. En ningún momento se sugirió que su testimonio jurado no fuera verdadero. No hay indicación alguna de que los testimonios dados sobre quienes han quedado embarazadas como resultado de un delito sexual haya en cualquier modo tergiversado su experiencia, ya sea deliberada o inadvertidamente. Cabrá mencionar que en AB and C v Ireland, algunos de los testimonios de las víctimas fueron cuestionados. Esto también es cierto respecto a algunos otros casos que han sido presentados en audiencia en Estrasburgo. De hecho, una de las características impactantes de la presente solicitud es la casi total ausencia de materiales aducidos del lado de la parte requerida o del Fiscal General para tratar de menoscabar o contradecir las pruebas que se han presentado en nombre de la Comisión.

[31] Hubo como respuesta una declaración jurada de XXX, la titular de la rama de Política Penal del Departamento de Justicia. Estableció una serie de puntos que no cuestionaban las pruebas en las que se basaba la Comisión. Estos eran:

- (i) El Departamento no considera que sea necesario hacer cambios a fin de lograr el cumplimiento de los requisitos del CEDH, sino que dichos cambios son para el interés público. (Esto es distinto a la posición adoptada por el Fiscal General que presentó un escrito en el sentido que la ley del aborto en Irlanda del Norte cumplía con la Convención y no requería modificaciones ya sea por motivo de interés público o de otra índole).
- (ii) La Sra. XXX en presencia de la Sra. XXX ante el Comité de Justicia aseguró que el Sr. XXX como Ministro de DHSSPS había indicado que los casos de anomalías mortales del feto no se podían atender dentro de las pautas en materia de aborto que estaban en ese entonces sometidas a consideración del

Departamento. Esto fue cuestionado por el Sr. XXX. El Sr. XXX, en representación del Ministerio de Justicia, envió posteriormente un escrito y confirmó la precisión de los comentarios de su funcionario.

- (iii) El 30 de abril de 2015, el Primer Ministro, Sr. XXX, durante el curso de la entrevista indicó que las propuestas actuales del Departamento para la reforma de la ley en Irlanda del Norte estaban “condenadas”. Si bien el Dr. XXX invitó al Tribunal a desestimar este comentario en nombre de la parte requerida, no se ha presentado declaración jurada del Primer Ministro ni en su nombre ante el Tribunal en el sentido que eso no reflejara con precisión la realidad de la vida política en Irlanda del Norte. La declaración jurada de la Sra. XXX podría sugerir que el Ministro de Justicia no está en desacuerdo con el entendido del Primer Ministro.

[32] La inevitable inferencia de la inacción del Departamento hasta la fecha y los comentarios del Primer Ministro es que el prospecto de cualquier documento de consulta, ya no digamos una acción legislativa en materia de embarazos consecuencia de delitos sexuales, es incluso más sombrío.

[33] Se dispone un Código Ministerial en el párrafo 4 del Anexo 1 de la Ley de Irlanda del Norte (San Andrés) de 2006. Sus disposiciones operativas tratan con cualquier asunto que “involucre las responsabilidades de dos o más ministros” o que sea “significativo y controversial...” Un asunto de esta naturaleza se debe hacer notar al Comité Ejecutivo. (Véase el numeral 2.4 del Código Ministerial).

[34] El proceso de toma de decisiones del Comité es complicado y engorroso y está regido por el párrafo 2.2. Este dispone un intento de alcanzar un consenso. Si no se puede lograr, entonces debe haber un “respaldo intercomunitario” como se establece en el Artículo 4(3) de la Ley, donde se requiere un quórum de siete para cualquier voto. Esto requiere:

“(a) El apoyo de la mayoría de los miembros votantes, una mayoría de los Nacionalistas designados votantes y una mayoría de los Unionistas designados votantes; o (b) El apoyo de 60% de los miembros votantes, 40% de los Nacionalistas designados votantes y 40% de los

Unionistas designados votantes”.

No cabe duda que, con cualquier medida controversial, en particular una que involucra el aborto, todo avance, de haberlo, sería lento.

G. MARGEN DE APRECIACIÓN

[35] El margen de apreciación era originalmente un concepto del derecho francés y es una traducción de “marge d’appréciation”. Esto pudiera entenderse mejor como margen de justicia. Conforme al derecho de la Convención, un antiguo juez lo explicó al Tribunal como “la cantidad de margen que le queda a las autoridades nacionales una vez que el Tribunal ha decidido el nivel de revisión adecuado”. (Véase el numeral 1.082 de Respeto de los Derechos Humanos).

[36] En James v The United Kingdom [1986] 8 EHRR 123, en el párrafo [46], el Tribunal explicaba que:

“Debido a su conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales están, en principio, mejor colocadas que el juez internacional para apreciar qué es **de interés público**. En virtud del sistema de protección establecido por la Convención, corresponde entonces a las autoridades nacionales hacer la evaluación inicial tanto de la existencia de un problema de preocupación pública ... y de las medidas correctivas a emprender ... Aquí, como en otros campos para los cuales se extienden las salvaguardas de la Convención, las autoridades nacionales gozan de un cierto margen de apreciación”.

[37] Clayton and Tomlinson on the Law of Human Rights (Second Edition) en el numeral 6.54 declara:

“Sin embargo, la relación del margen de apreciación con el principio de proporcionalidad genera dificultades reales en el análisis del Tribunal. Primero, existe una tensión obvia entre subsidiaridad, por un lado,

(una noción de que el Estado mismo debe decidir democráticamente qué es lo apropiado para sí mismo) que exige una restricción judicial, y la universalidad (la idea de insistir en la misma protección europea para todos, sea cual sea la comunidad nacional en cuestión, mediante el desarrollo de **normas comunes**). Segundo, los intentos de racionalizar la jurisprudencia no identifican un **principio** discernible que pueda explicar las inconsistencias. Tercero, estas dificultades se agravan por el razonamiento opaco del Tribunal ... Cuarto, el término no se usa de manera congruente”.

[38] En AB and C v Ireland [2011] 53 EHRR 13, el cuestionamiento de los solicitantes era para el régimen de aborto en Irlanda. Esto se puede describir brevemente como a continuación:

- (i) El aborto sólo se permite al amparo de la Constitución de Irlanda cuando la vida de la madre está en riesgo (lo que incluye por suicidio).
- (ii) No se ha introducido legislación alguna que regule cómo la profesión médica debe determinar si un aborto es o no legalmente permitido en virtud del inciso (i).
- (iii) Está permitido viajar a otra jurisdicción para conseguir un aborto y la información sobre cómo obtener un aborto ahí está ampliamente disponible.

Todas las tres solicitantes cuestionaron el aborto establecido en la República de Irlanda desde distintas situaciones de hechos sobre la base que, entre otros:

- (i) No era posible para una mujer embarazada saber si tenía derecho a un aborto o no.
- (ii) El régimen restrictivo era contrario al consenso europeo.

[39] No hay duda que el derecho jurisprudencial de la Convención sugiere en un caso donde lo que está bajo consideración involucra, como es el caso aquí, un aspecto íntimo de la vida privada (véase Dudgeon v UK [1982] 4

EHRH 149) o la autonomía de la mujer (p. ej. véase R v Poland [2011] 53 EHRH 31) o donde parece haber un claro consenso europeo, el margen de apreciación será estrecho. En lugar de esto, en este caso el Tribunal aplicó un amplio margen de apreciación sobre la base de las “profundas opiniones morales” del pueblo irlandés sobre “la naturaleza de la vida”. Así que el consenso interno dentro de Irlanda fue tratado como más importante que el consenso europeo sobre un tema respecto al cual el Tribunal había dicho en ocasiones anteriores que se exigía un margen de apreciación estrecho. Este argumento ha sido rechazado por el Tribunal en Tyrer v UK No 5856/72 cuando el gobierno británico reclamaba que los azotes como un castigo “no causaba indignación entre la opinión pública en la isla (Isla de Man)” y, por ende, el Tribunal no debería concluir que ha habido un incumplimiento de la Convención. El Tribunal no estuvo de acuerdo. El mismo argumento lo alegó el Reino Unido en Dudgeon cuando se aseguraba que la sociedad de Irlanda del Norte era conservadora y que había un fuerte sentimiento religioso contra los actos homosexuales consensuales. El Tribunal rechazó este argumento sobre la base, entre otros, de “marcados cambios que han ocurrido a este respecto en el derecho nacional de los Estados Miembros” [60].

[40] Sir John Laws ha dicho en “The limitation of human rights” [1998] PL 254 en la página 258:

“La doctrina del margen de apreciación, como ha sido desarrollada en Estrasburgo, necesariamente no será apta para la administración de la Convención en los tribunales nacionales por la misma razón de que son nacionales; no estarán sujetos a una inhibición objetiva generada por cualquier distancia cultural entre ellos y el órgano estatal cuyas decisiones se demanden ante ellos”.

[41] No hay autoridad de Estrasburgo directamente similar que este Tribunal deba tomar en cuenta en virtud del Artículo 2(1) del HRA. Estrasburgo ha buscado evitar los temas tales como cuándo empieza el derecho a la vida, p. ej. véase Vo v France [2005] 40 EHRH 12 y en qué circunstancias, de haberlas, deberá estar disponible el aborto. En lugar de eso, el Tribunal ha dejado esos asuntos al Estado individual para tomar la decisión dentro del margen de apreciación del que goza el Estado.

[42] En Re G (Adoption: Unmarried Couple) [2009] 1 AC 173, Lord

Hoffmann, quien contó con el acuerdo de Lord Hope, la Baronesa Hale y Lord Mance, dijo en el párrafo [36] que distintas “consideraciones ... se aplican en (casos) en que Estrasburgo haya declinado deliberadamente fijar una interpretación para todos los Estados Miembro, como hace cuando dice que la cuestión está dentro del margen de apreciación”.

En el párrafo [37], Lord Hoffmann agregó que:

“En tal caso, corresponde al Tribunal en el Reino Unido interpretar [el artículo o artículos pertinentes de la Convención] y aplicar la división entre los poderes de toma de decisiones de los Tribunales y el Parlamento de una manera en que parezca adecuado para el Reino Unido. El margen de apreciación está ahí para la división entre los tres poderes de gobierno de acuerdo con los principios de la separación de poderes. No hay un principio por el que automáticamente sea apropiado por el poder legislativo”.

[43] Si bien en Re G se refería a un instrumento estatutorio que Lord Neuberger ha sostenido al emitir la sentencia principal en R (Nicklinson) v Ministry of Justice [2014] UKSC 38 que esto se aplica también a la legislación principal. Dice en el párrafo [76]:

“En estas circunstancias, en vista que el tribunal de Estrasburgo ha sostenido que corresponde a cada Estado considerar cómo conciliar, o equilibrar, los derechos asentados en el artículo 8.1 de una persona que quiere ayuda para morir con **la protección de ... costumbres y la protección de los derechos y la libertad de los demás**, concluyo que, incluso al amparo de nuestra conciliación constitucional, que reconoce la supremacía parlamentaria y no tiene una constitución escrita, está, en principio, abierta a un tribunal nacional para considerar si el Artículo 2 infringe el artículo 8. La pregunta más difícil, a la que paso ahora, es si deberíamos hacerlo”.

Esta opinión recibió elogios de la mayoría de la Suprema Corte que no estuvo de acuerdo sobre el asunto de que debería otorgarse la reparación del agravio, dijo en su sentencia en el párrafo [299]:

“Hay tanto en la sentencia integral de Lord Neuberger de Abbotsbury PSC con lo que estoy completamente de acuerdo. Ha demostrado que, incluso si el tribunal de Estrasburgo consideraría el asunto ante nosotros como dentro del margen de apreciación que le acuerda a los estados miembro, está dentro de la jurisdicción acordada a este tribunal en virtud de la Ley de Derechos Humanos de 1998 decidir si la ley es o no compatible con los derechos de la Convención reconocidos por la ley del Reino Unido: En re G (Adoption: Unmarried Couple) [2009] 1 AC 173. Por ende, tanto él como Lord Wilson JSC aceptan que, en el caso y momento correctos, estaría abierto a este Tribunal hacer una declaración en el sentido que el Artículo 2 de la Ley de Suicidio de 1961 es incompatible con el derecho al respeto de la vida privada protegido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Es de entender, sin embargo, que preferirían que el parlamento tenga una oportunidad para investigar, debatir y decidir sobre el tema antes que un Tribunal decida si hace dicha declaración o no. Lord Mance JSC está preparado también para contemplar esa posibilidad, si bien piensa también que el Parlamento es el foro preferible en que se debe tomar cualquier decisión: observaciones 190-191. Junto con Lord Kerr de Tonaghmore JSC y yo, quien hará una declaración ahora, esto constituye una mayoría que considera que el Tribunal tanto puede como debe hacer esto en un caso adecuado. Lord Clarke de Stone-cum- Ebony JSC (para 293) y Lord Sumption JSC (observación 233) podrían intervenir, pero únicamente si el Parlamento elige no debatir el tema; de lo contrario, ellos, y

Lord Reed y Lord Hughes JJSC, consideran que éste es un tema exclusivamente para el Parlamento”.

[44] Por lo tanto, una clara mayoría de la Suprema Corte estaban a favor de que la Suprema Corte pudiera otorgar una declaración de incompatibilidad cuando un tema estaba dentro del margen de apreciación acordado a los Estados Miembro por el Tribunal de Estrasburgo. Cuando diferían, y hablaré sobre esto más adelante en la sentencia, es cuando será adecuado para un Tribunal hacer dicha declaración.

[45] En este caso, se pide al Tribunal la pregunta igualmente perturbadora de si debería seguir adelante y considerar, entre otros asuntos, cómo equilibrar al amparo del artículo 8 los derechos de la autonomía personal de la madre con la “protección de ... costumbres” y “la protección de los derechos” de la vida prenatal.

[46] Hay fuerza considerable en la declaración de Lord Judge en *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] 3 WLR, página 287, párrafo [154]:

“El mantra repetido que, si se va a cambiar el derecho, lo debe cambiar el Parlamento, no demuestra una abnegación judicial de nuestras responsabilidades, sino que resalta los principios constitucionales fundamentales”.

Por supuesto, a este Tribunal no se le está pidiendo cambiar o desarrollar el derecho. A este Tribunal simplemente se le está pidiendo su opinión sobre si la ley actual en materia de aborto en Irlanda del Norte, que no contiene excepciones para casos de MGF, AMF y aquellos embarazos resultado de delitos sexuales, cumple o no con la Convención. Siempre será cuestión para la Asamblea determinar si se debe cambiar la ley.

[47] El Tribunal ha prestado gran atención a la sentencia de Lord Browne-Wilkinson en *Airedale NHS Trust v Brand* [1993] AC 789 at 880, párrafo [165] cuando dice:

“no corresponde a los jueces buscar desarrollar nuevos principios de ley que lo abarquen todo en una manera que refleje la posición moral de los jueces en lo individual cuando la sociedad en

su conjunto está dividida sustancialmente respecto a los temas morales pertinentes”.

[48] Lord Sumption dijo en el párrafo [230] de Nicklinson:

“La Convención de Derechos Humanos representa una obligación del Reino Unido. En un asunto que yace dentro del margen de apreciación del Reino Unido, a la Convención no le concierne la distribución constitucional de los correspondientes poderes de toma de decisiones. El Reino Unido puede elegir dentro del margen de apreciación que le permite la Convención a través de cualquier órgano constitucional que sea el adecuado”.

[49] Estos comentarios fueron confirmados cuando la referencia Nicklinson (2478/15) fue al CEDH. El Tribunal de Estrasburgo dijo en el párrafo [84] respecto al artículo 8:

“Los Estados Contratantes son por lo general libres de determinar cuál de los tres poderes de Gobierno será la responsable de tomar las decisiones políticas y legislativas que estén dentro de su margen de apreciación y no corresponde a este Tribunal involucrarse en sus arreglos constitucionales internos. Sin embargo, cuando este Tribunal concluye en cualquier caso dado que una disposición legislativa impugnada cae dentro del margen de apreciación, con frecuencia será el caso que el Tribunal esté, esencialmente, refiriéndose a la discreción del Parlamento para legislar como considere apto en esa área en particular”.

[50] Sin embargo, en mi opinión, el enfoque adecuado y legal de los Tribunales para tales asuntos contenciosos lo resume mejor Lord Binham en el párrafo [42] en A v Secretary of State for the Home Department [2005] 2 AC 68 cuando comentó:

“En lo particular no acepto la distinción que (el Fiscal General) trazó entre las instituciones

democráticas y los Tribunales. Es por supuesto verdadero que los jueces en este país no son electos y no responden al Parlamento. Es también por supuesto verdadero como se señaló en el comentario 29 anterior, que el Parlamento, el Ejecutivo y los tribunales tienen distintas funciones. Pero la función de los jueces independientes encargados de interpretar y aplicar la ley es reconocida como característica cardinal del Estado democrático moderno, una piedra angular del estado de derecho mismo. El Fiscal General tiene todo el derecho de insistir en los límites adecuados de la autoridad judicial, pero se equivoca al estigmatizar la toma de decisiones judiciales como de alguna manera antidemocrática. Resulta particularmente inadecuado en un caso como el presente en que el Parlamento ha legislado expresamente en el Artículo 6 de la Ley de 1998 presentar como ilegal cualquier Ley de una autoridad pública, incluido un tribunal, como incompatible con un derecho de la Convención, ha exigido a los tribunales (en el Artículo 2) tomar en cuenta la jurisprudencia pertinente de Estrasburgo, ha (en el Artículo 3) exigido a los tribunales, en la medida de lo posible, hacer cumplir los derechos de la Convención y ha conferido el derecho a apelación sobre asuntos de derogación. El efecto no es, por supuesto, invalidar la soberana autoridad legislativa de la Reina en el Parlamento, puesto que la legislación principal se declara incompatible, la validez de la legislación no se ve afectada (sección 4(6)) y el recurso corresponde al ministro adecuado (sección 10), quien responde ante el Parlamento. La Ley de 1998 da a los tribunales un mandato muy específico y completamente democrático. Como el Profesor Jowell lo expone: *“Los tribunales han sido encargados por el Parlamento de delinear los límites de una democracia basada en los derechos”*. (*Judicial deference: servility, civility or institutional*

capacity?) [2003] PL 592, 597).”

[51] En Irlanda del Norte, el Acuerdo de Viernes Santo que, como demostró el referéndum, obtuvo el apoyo de la mayoría de quienes votaron en Irlanda del Norte, fue construido sobre diversas bases, una de las cuales fue una garantía de “derechos, salvaguardas e igualdad de oportunidades”.

[52] El párrafo 2 del Tema 6 del Acuerdo establece:

“El gobierno británico completará la incorporación en la ley de Irlanda del Norte de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), con acceso directo a los Tribunales, así como recursos para el incumplimiento de la Convención, incluida la facultad del Tribunal de anular la legislación de la Asamblea sobre la base de incongruencia”.

[53] Una de las protecciones ofrecidas al amparo de esta nueva conciliación constitucional para asegurar que los derechos humanos como los garantiza la Convención fueran observados, fue el establecimiento de la Comisión para representar con justicia todos los temas de la comunidad de Irlanda del Norte. Este papel incluía mantener bajo revisión “la aptitud y eficacia de la ley y las prácticas”.

[54] La Ley de Irlanda del Norte de 1998 que siguió al Acuerdo de Viernes Santo dejó claro que estaba fuera de la competencia legislativa de la Asamblea aprobar cualquier disposición que fuera “incompatible con cualquiera de los derechos de la Convención”: véase el Artículo 6(2)(c). Dejando de lado la controversia sobre si la Comisión tiene o no el derecho a cuestionar toda la legislación como en incumplimiento de la Convención, lo que se discutirá más adelante en esta sentencia, no puede haber controversia respecto a que una de las garantías otorgadas al pueblo de Irlanda del Norte fue que sus derechos humanos como los consagra la Convención estarían protegidos al amparo de esta nueva conciliación constitucional. Se brinda más protección en el Artículo 6(2)(d) de la Ley de 1998 que deja claro que cualquier disposición está fuera de la competencia de la Asamblea si es incompatible con el derecho comunitario.

[55] La Convención debe interpretarse de acuerdo con las Normas de Derecho Internacional sobre la Interpretación de Tratados: por ejemplo,

consulte Johnston v Ireland [1986] 9 EHRR 203, párrafo [51]. Estas normas aparecen en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Se requiere que el Tratado “se interprete de buena fe de conformidad con el significado que comúnmente se le atribuye a los términos en el Tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito”: consulte el Artículo 31(1) de la Convención de Viena. Harris, O’Boyle & Warwick en the Law of the European Convention on Human Rights (3^{ra} Edición) afirman en la página 7:

“De acuerdo con la Convención de Viena, se ha puesto un énfasis especial en la interpretación de la Convención a través de un enfoque teleológico, es decir, uno que busque conocer su *objeto y propósito*. Esto se ha identificado, en términos generales, como *la protección de los derechos humanos individuales* y el mantenimiento y fomento de *los ideales y valores de la sociedad democrática*. En cuanto a lo último, se ha reconocido *que* la democracia *supone* pluralidad, tolerancia y amplio criterio”.

[56] La determinación sobre si alguna disposición impugnada cumple con la Convención debe ser considerada y dictaminada por una judicatura independiente en Irlanda del Norte que no tenga interferencia o influencia políticas. Es una protección otorgada a todos los ciudadanos de Irlanda del Norte. Por oneroso que fuera, no es función que un juez deba o pueda evitar en el cumplimiento de sus obligaciones judiciales, aunque puede ser tentador hacerlo.

H. ¿EXISTE UN CONSENSO EUROPEO?

[57] El consenso europeo es un asunto para el Tribunal de Estrasburgo que determina el margen de apreciación que pueden permitirse los Estados Miembros. En general, no es un asunto de este Tribunal. He establecido los requisitos jurídicos en la República de Irlanda para tener un aborto legal. Los únicos Estados comparables en Europa con un régimen tan restrictivo son los micro Estados de Andorra, San Marino y Malta. Por ejemplo, en Malta existe una prohibición total al aborto. En Polonia, que es el siguiente Estado más restrictivo a la República de Irlanda, la posición es la siguiente:

- (i) El Artículo 1 de la Ley de Planificación Familiar de 1993 estipula que “cada ser humano tendrá el derecho inherente a la

vida desde el momento de la concepción”.

(ii) El Artículo 2(a) de la Ley establece:

“El Estado y la administración local asegurarán el acceso sin obstáculos a la información prenatal sobre los análisis, en especial, en casos de gran riesgo o sospecha de un trastorno genético o problema de desarrollo o de un padecimiento incurable que amenace la vida”.

(iii) El Artículo 4(a) de la Ley de 1993, en su parte pertinente, establece:

“1. Sólo un médico puede realizar un aborto cuando:

(i) el embarazo ponga en peligro la vida o salud de la madre;

(ii) los análisis prenatales u otros hallazgos médicos indiquen un riesgo alto de que el feto estará dañado de manera grave e irreversible o sufrirá un padecimiento incurable que amenace su vida;

(iii) existen fundamentos fuertes para considerar que el embarazo es el resultado de un acto delictivo.

2. En los casos listados en el inciso (ii) (ii), se realizará un aborto hasta el momento en que el feto pueda sobrevivir fuera del cuerpo de la madre; en los casos listados en el inciso (iii) (iii), hasta el final de la décimo segunda semana del embarazo.

3. En los casos listados en los incisos (i) y (ii), un médico que trabaje en un hospital deberá realizar el aborto...

5. Un médico que no sea quien realice el aborto certificará las circunstancias en las que se realice un aborto conforme al párrafo (1), incisos (i) y (ii), salvo que el embarazo represente una amenaza directa a la vida de la mujer”.

El Ministerio Público extenderá un certificado que servirá como prueba de que el embarazo se debe a un acto delictivo.

[58] El régimen de interrupción del embarazo en Irlanda del Norte es más restrictivo que el de Polonia, pero menos restrictivo que el de la República de Irlanda. El consenso europeo sugeriría que el derecho al aborto debería extenderse a ambos lados de la frontera de Irlanda. Lo anterior no es una controversia grave. Pero sí lo son la relevancia y el peso que se le da. Sin embargo, no existe un consenso sobre la definición científica o jurídica del significado de la vida o cuándo empieza: consulte el párrafo [175] de A, B and C v Ireland.

I. DERECHO INTERNACIONAL Y OBLIGACIONES

[59] La opinión judicial en los Tribunales del Reino Unido ha sido que no existe una jurisdicción que interprete o aplique las disposiciones de los tratados internacionales no incorporados: consulte J H Rayner (Mincing Lane) Limited v Department of Trade and Industry [1990] 2 AC 418. Lord Oliver dijo:

“Los tratados, como alguna vez se ha expresado, no son de aplicabilidad inmediata. Sencillamente, un tratado no es parte de la ley inglesa, salvo y hasta que haya sido incorporado a la ley por medio de la legislación. En lo que respecta a las personas físicas, es res inter alios acta de la que no pueden derivar derechos, y por la cual no pueden ser privados de sus derechos o estar sujetos a obligaciones; y está fuera del

ámbito del Tribunal, no sólo porque se originó en la conducción de relaciones exteriores que son una prerrogativa de la Corona, sino también porque, como fuente de derechos y obligaciones, es irrelevante”.

[60] Este enfoque estrictamente dualista ha mejorado, en alguna forma, con el paso del tiempo. Los tratados internacionales no incorporados todavía pueden ser de importancia en una de tres formas en derecho nacional. Lord Hughes en R (S G) v Secretary of State for Work and Pensions [2015] UKSC 16 en [137] dijo:

“Primero, si la interpretación (es decir, el significado) de la legislación del Reino Unido está en duda, el tribunal puede concluir que debería interpretarse, si es posible, con base en que este país debe honrar sus obligaciones internacionales. Segundo, las obligaciones del tratado internacional pueden guiar el desarrollo del derecho consuetudinario anglosajón. A modo de ejemplo, para estas dos proposiciones, consulte R

v

Lyons [2003] 1 AC 976, párrafo [13]

... Tercero, la CDN de Naciones Unidas puede ser relevante para la ley inglesa en la medida en la que el Tribunal debe solicitar el [CEDH] a través de la Ley de Derechos Humanos de 1998. Algunas veces, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aceptó que la Convención se interpretara, en casos adecuados, a la luz del derecho internacional de aceptación general en los mismos campos, incluyendo tratados multilaterales, como la CDN...”

[61] Lord Reed en Osborn v Parole Board [2013] UKSC 61 dijo, en el párrafo [62], que:

“... los Tribunales intentan aplicar (y si es necesario, desarrollar) el derecho consuetudinario anglosajón y... llegar a un resultado que cumpla con las obligaciones

internacionales del Reino Unido”.

[62] El mismo Estrasburgo ha dicho que la Convención no debería interpretarse en un vacío, sino “en armonía con los principios generales de derecho internacional”: consulte Neulinger v Switzerland [2010] 54 EHRR 1087. En este caso, el solicitante se basa en varios tratados no incorporados, incluyendo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (“CETFDICM”), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el “ICCPR”), la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (“CAT”), el Consejo de Europa (“CdE”), la Carta Social Europea (“ESC”) y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (“CDN”).

[63] Estrasburgo se ha basado en la CETFDICM en Opuz v Turkey [2009] 50 EHRR 695. El Tribunal de Estrasburgo se basó en la CETFDICM y las conclusiones del Comité de la CETFDICM en A, B and C párrafo [110] y R, R, párrafo [86]. El Tribunal de Estrasburgo consideró el ICCPR y las conclusiones del Comité de Derechos Humanos en O’Keefe v Ireland [2014] 59 EHRR 15. Con frecuencia, el Tribunal de Estrasburgo hace referencia a la CAT. El Tribunal de Estrasburgo ha hecho referencia a la ESC, así como a la CDN.

[64] El Procurador General, en su presentación, hizo destacar la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“UNCRPD”). Ésta es uno de los “Tratados Europeos” conforme a la Orden del EC (Definición de Tratados) (Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) de 2009. Dice, con gran acierto, que la Asamblea no tiene permitido promulgar leyes contrarias a ello, de conformidad con el Artículo 6(2)(d) de la Ley de 1998. Esta Convención prosigue sobre la premisa de que, si el aborto es permisible, no debería haber discriminación con base en que el feto, debido a un defecto, nacería como un niño con una discapacidad física o mental. Así, no debería haber tiempos límites diferentes para el aborto dependiendo si el feto está malformado o no. Es una cuestión que ha sido tema de discusiones considerables en Gran Bretaña ya que el Artículo 1(1)(e) de la Ley del Aborto de 1967 no establece un límite temporal para realizar el aborto si “existe un riesgo considerable de que, en caso en de que el niño nazca, sufra tales anomalías físicas o mentales que esté severamente discapacitado”. Ha habido peticiones para que se reforme esta disposición de la Ley del Aborto ya que es contraria a las obligaciones del Reino Unido conforme a la UNCRPD. Es evidente que los abortos se realizan en fetos que, si se les

permitiera llegar a término, producirían niños que nacerían con espina bífida y Síndrome de Down. Se interrumpe el embarazo de 91% de los fetos con diagnóstico de Síndrome de Down. Sólo 6% de los fetos con Síndrome Down terminan en nacimientos vivos. Este tribunal tuvo pruebas de que se han realizado abortos en Inglaterra pues, si se hubiera permitido que los fetos llegaran a término, los niños hubieran nacido con pie equinovaro o paladar hendido: ver la prueba del Profesor XXX ante la Investigación Parlamentaria sobre el Aborto con base en la discapacidad. Es decepcionante que el demandado y el Ministerio Público no hayan presentado pruebas estadísticas o empíricas sobre este tema. No hay pruebas ante el tribunal en cuanto al porcentaje de fetos con diagnóstico de Síndrome de Down que llegan a nacimientos vivos en Irlanda del Norte. Debería haber sido un asunto claro que citara pruebas estadísticas de cuál sería la proporción de niños nacidos con Síndrome de Down sin intervención clínica. Entonces, podría compararse con el número de niños con Síndrome de Down que realmente se registran cada año en Irlanda del Norte. Deberían existir registros de los fetos con Síndrome de Down que han sido abortados legalmente en Irlanda del Norte. En consecuencia, debería ser posible probar si existen menos bebés con Síndrome de Down en Irlanda del Norte de los que podría esperarse razonablemente a partir de la norma estadística. Esto sería una prueba, al menos, de que, en Inglaterra y Gales, se está abortando a los fetos con Síndrome de Down de Irlanda del Norte. El mismo argumento se aplicaría a otras condiciones como la espina bífida. Desafortunadamente, no hay pruebas para demostrar si la criminalización del aborto, en general, y con respecto a las categorías que estamos considerando, en lo específico, es una forma eficaz de salvar cualquier vida prenatal en la realidad.

[65] El Comité de la UNCRPD ha criticado de manera constante cualquier medida que establezca el aborto de manera que diferencie al nonato con base en una discapacidad física o mental, basándose en los “principios y obligaciones generales (Artículos 1 a 4)” y la “igualdad y no discriminación (Artículo 5)”. Existen varios ejemplos en los que el Comité se ha quejado sobre la práctica de ofrecer el aborto de forma que diferencie al nonato con base en la discapacidad. En sus informes, se ha quejado de España, en 2011; de Hungría, en 2012, y de Austria en 2013. El propósito de la Comisión con respecto a las MGF en Irlanda del Norte, según se hace referencia más adelante en este párrafo, daría como resultado un régimen en el que se diferenciaría entre los fetos con base en que, si se permite que lleguen a término, nacerían niños con discapacidades físicas y/o mentales. Se podría abortar por MGF, pero no podría haber abortos de fetos sin imperfecciones físicas o mentales. Incluso si un régimen así no es contrario a las obligaciones de la Convención para el Reino Unido, parece improbable que Estrasburgo

encontrara que el CEDH, en general, y el Artículo 8, en lo particular, requieran la protección de los derechos de la mujer de manera que discriminen contra el nonato con una discapacidad. En consecuencia, existen buenos fundamentos para concluir que cualquier intento para legislar de parte de la Asamblea infringiría el Artículo 6(2)(d) de la Ley de 1998.

Una revisión del material que se presentó al Sr. XXX no reveló un consenso real sobre la cuestión de si el aborto debe permitirse cuando hay una MGF, un término cuyo significado es objeto de profundos debates y desacuerdos, como el Sr. XXX señaló contundentemente para los obispos del norte. Sin embargo, debo señalar que el 30 de noviembre de 2013, en su observación final sobre el Reino Unido, la CETFDCM buscó ampliar el aborto en Irlanda del Norte a otras circunstancias, “como violación, incesto y malformaciones graves del feto”. En tanto que la intención de esto fuera permitir los abortos de fetos con imperfecciones que, en caso de que se permitiera que el embarazo llegara a término, tendría como consecuencia que los bebés nacieran con una discapacidad física o mental, entonces ignora las demás obligaciones jurídicas internacionales del Reino Unido.

[66] A mediados de octubre de 2015, Amnistía Internacional dirigió la atención del tribunal al Borrador de Comentarios Generales del ICC PPR publicado con fecha del 2 de septiembre de 2015, en el cual se establece que el Artículo 6 de la Ley del Pacto reconoce y protege el derecho a la vida de todos los individuos:

“Es el derecho supremo para el cual no se permite derogación alguna.”

En el párrafo 7 indica que:

“... el Comité no puede suponer que el Artículo 6 impone a los estados miembro la obligación de reconocer el derecho a la vida de los niños nonatos. De todas maneras, los estados pueden optar por adoptar medidas diseñadas para proteger la vida, el potencial de la vida humana o la dignidad de los niños nonatos, lo cual incluye el reconocimiento de su capacidad de ejercer el derecho a la vida, siempre y cuando dicho reconocimiento no genere como consecuencia una infracción de otros derechos

conforme al Pacto, incluido el derecho a la vida de las madres embarazadas y la prohibición contra exponerlas a un trato cruel, inhumano y degradante. Posteriormente indica que, en caso de que los estados tengan leyes que prohíban la interrupción voluntaria del embarazo, estos deben “contar con excepciones legales para los abortos terapéuticos que sean necesarios con el fin de proteger la vida de las madres, entre otros, pero sin exponerlas a graves riesgos de salud, y para las situaciones en las que llevar a término un embarazo podría causar a la madre posible angustia severa, como en los casos en los que el embarazo sea el resultado de violación o incesto, o cuando el feto sufra anomalías mortales.”

[67] Cabe señalar que no mencionan ninguna excepción para MGF. También es importante constar que estos constituyen solamente la versión en borrador de los comentarios. Como el Procurador General recalcó, ahora se encuentran a consideración del Comité de Derechos Humanos en la 115.^a sesión entre el 19 de octubre y el 6 de noviembre de 2015. No obstante, se proporcionaron muchos ejemplos en las pruebas de la declaración jurada del Sr. XXX. Estos incluyen:

- (i) El Comité de Derechos Humanos ha expresado preocupación a lo largo de varios años en relación con una serie de países en cuanto a las restricciones y al acceso a un aborto seguro, y ha señalado que “el sufrimiento mental severo que causa la negativa a brindar servicios de aborto a las mujeres que desean someterse a uno por motivos de violación, incesto, anomalías mortales del feto o riesgos graves a la salud”.
- (ii) El Comité de la CAT solicitó que se revisara la legislación sobre el aborto en Nicaragua, y en particular, en los casos en los que el embarazo “sea consecuencia de violación o violencia sexual, incesto, casos de anomalías del feto o que el feto no sea viable.”
- (iii) El Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado su preocupación de que la ley de 1967 no es aplicable en Irlanda del Norte. Exhortó al Estados a enmendar la ley sobre el aborto de Irlanda del Norte

para ajustarla a la Ley sobre el Aborto de 1967 con el propósito de evitar abortos clandestinos y poco seguros “en casos de violación, incesto o anomalía mortal”.

[68] El extenso resumen de varias organizaciones de tratados refleja lo que parece ser una oleada de apoyo a la opinión que las obligaciones internacionales del Reino Unido, aunque no están incorporadas en la ley de Irlanda del Norte, necesitan excepciones para permitir el aborto en el caso de los embarazos que sean consecuencia de violación o incesto, y cuando haya una AMF, como lo describen XXX y XXX. No parece haber ninguna obligación internacional que permita los abortos en casos de MGF, y definitivamente no parece haber ningún movimiento internacional para garantizar que los casos de MGF constituyan una excepción al régimen actual sobre el aborto en Irlanda del Norte.

[69] Además, no hay lógica en instar por una política contra la discriminación de los niños que nacieron con discapacidades como síndrome de Down o espina bífida con el argumento de que deben tener derecho a disfrutar una vida plena si, por otro lado, se permite el aborto selectivo para prevenir que nazcan niños con tales discapacidades en primer lugar. Esto pinta a eugenesia.

[70] Siempre es difícil trazar la línea de separación, y no es de sorprender que la frase malformación grave del feto carezca de definición. Puede significar distintas cosas para personas diferentes. La postura es muy diferente con condiciones como la anencefalia. En esos casos, el feto es físicamente incapaz de disfrutar una existencia independiente fuera del vientre de la madre. Esas condiciones pueden diagnosticarse con métodos médicos. La Sra. XXX, en nombre de la Comisión, admitió con franqueza que las MGF y las AMF podrían distinguirse tanto en el ámbito moral como en el legal.

[71] Por último, los organismos de supervisión del Tratado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han instado constantemente a los Estados parte a enmendar, cuando sea posible, la legislación que criminaliza el aborto con el fin de retirar las medidas punitivas que se imponen a las mujeres que se someten a un aborto; consulte la Recomendación General de la CETFDCM n.º 24. La CETFDCM también aconseja lo siguiente:

“(c)uando sea posible, debe enmendarse la legislación que criminaliza el aborto, con el fin de retirar las medidas punitivas que se imponen

a las mujeres que se someten a un aborto.”

J. LEGITIMACIÓN PROCESAL

[72] La Comisión afirma que, aunque no es una víctima, por estatuto tiene la facultad de entablar procedimientos que busquen una declaración de incompatibilidad conforme a el Artículo 4(2) de la HRA. La Comisión se fundamenta en el Artículo 71 de la Ley de 1998. El demandado sostiene que, aunque el Artículo 71 permite al demandante entablar procedimientos a pesar de no ser una víctima, la ausencia de un acto ilícito impide la demanda de una declaración de incompatibilidad. El Procurador General cuestionó la legitimación procesal del demandante conforme al Artículo 71 o al Artículo 34 de la CEDH, pues no hubo ninguna víctima o víctima potencial. Explicó su argumento con mayor profundidad al afirmar que cuando no se aplica el Artículo 6(1) de la HRA (como en este caso), sino que el Artículo 6(2)(b) es la disposición operativa, no hay fundamentos autónomos sobre los cuales podría hacerse una declaración de conformidad con el Artículo 4 de la HRA.

[73] El marco legislativo puede establecerse de la siguiente manera: El Artículo 2(1) de la HRA estipula lo siguiente:

“Interpretación de los derechos de la Convención

2. - (1) Un órgano jurisdiccional que determine una cuestión que haya surgido en relación con un derecho de la Convención debe considerar cualquier:

- (a) juicio, decisión, declaración u opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;
 - (b) opinión de la Comisión que se haya emitido en un informe adoptado de conformidad con el Artículo 31 de la Convención;
 - (c) decisión de la Comisión en relación con el Artículo 26 o 27(2) de la Convención;
- o

- (d) decisión del Comité de Ministros que se haya tomado conforme al Artículo 46 de la Convención, sin importar cuándo se haya tomado o dado, siempre que, en la opinión del órgano jurisdiccional, sea relevante para el procedimiento en el cual haya surgido tal cuestión.”

El Artículo 4(2) de la HRA estipula lo siguiente:

“Si el Tribunal está satisfecho respecto a la incompatibilidad de la disposición con un derecho de la Convención, puede hacer una declaración de dicha incompatibilidad.”

El Artículo 68 de la Ley de 1998 estableció la Comisión. El Artículo 69 define las funciones de la Comisión. Estipula lo siguiente:

“69. - (1) La Comisión deberá revisar de forma continua la idoneidad y la efectividad de las leyes y las prácticas relacionadas con la protección de los derechos humanos en Irlanda del Norte.

(2) Antes de que finalice el periodo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de esta sección, la Comisión deberá proporcionar al Secretario de Estado las recomendaciones que considere apropiadas para mejorar:

- (a) su efectividad;
- (b) la idoneidad y la efectividad de las funciones que esta Parte le confirió; y
- (c) la idoneidad y la efectividad de las disposiciones de esta Parte al respecto.

(3) La Comisión asesorará al Secretario de Estado y al Comité Ejecutivo de la Asamblea sobre las medidas legislativas y de otra índole

que deban tomarse para proteger los derechos humanos:

- (a) tan pronto como sea razonablemente factible tras recibir una solicitud de asesoría general o específica; y
- (b) en cualquier otra ocasión que la Comisión considere apropiada.

(4) La Comisión asesorará a la Asamblea sobre la compatibilidad de un Proyecto de Ley con los derechos humanos:

- (a) tan pronto como sea razonablemente factible tras recibir una solicitud de asesoría; y
- (b) en cualquier otra ocasión que la Comisión considere apropiada.

(5) La Comisión podrá:

- (a) brindar asistencia a individuos de conformidad con el Artículo 70; y
- (b) entablar procedimientos que involucren leyes o prácticas relacionadas con la protección de los derechos humanos.

(6) La Comisión promoverá el entendimiento y la concientización de la importancia de los derechos humanos en Irlanda del Norte, y para este fin, podrá realizar, comisionar, o brindar asistencia financiera o de otra naturaleza para:

- (a) la investigación; y
- (b) actividades educativas.”

Por último, el Artículo 71, que se relaciona con las restricciones en la aplicación de los derechos, establece lo siguiente:

“71. - (1) Ninguna parte del Artículo 6(2) (c) o 24(1)(a) permitirá a una persona:

- (a) entablar un procedimiento en un órgano jurisdiccional con base en la incompatibilidad de cualquier legislación o ley con los derechos de la Convención;
- o
- (b) ampararse en cualquiera de los derechos de la Convención en tales procedimientos,

a menos que fuera una víctima a efecto del artículo 34 de la Convención si el procedimiento respecto a la legislación o la ley se presenta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(2) La subsección (1) no se aplica al Procurador General, al Defensor General de Irlanda del Norte, al Fiscal General de Irlanda del Norte, al Defensor General de Escocia o al Lord Advocate.

(2A) La subsección (1) no se aplica a la Comisión.

(2B) En relación con la presentación o la intervención de la Comisión en procedimientos relativos a los derechos humanos:

- (a) no es necesario que la Comisión sea víctima o víctima potencial del acto ilícito relacionado con el procedimiento;
- (b) no se aplicarán el Artículo 7(3) y (4) de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (infracción de los derechos de la Convención: interés suficiente, etc.);

- (c) la Comisión puede proceder solamente si hay o habría una o más víctimas del acto ilícito; y
- (d) la Comisión no puede recibir ninguna indemnización por daños y perjuicios (sin importar si se aplica o no la excepción del Artículo 8(3) de la Ley).

(2C) Para efectos de la subsección (2B):

- (a) ‘procedimientos de derechos humanos’ significa los procedimientos que se amparan (en su totalidad o en parte) en:
 - (i) el Artículo 7(1)(b) de la Ley de Derechos Humanos de 1998; o
 - (ii) el Artículo 69(5)(b) de esta ley; y
- (b) una expresión usada en la subsección (2B) y el Artículo 7 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 tiene el mismo significado en la subsección (2B) que en el Artículo 7.”

[74] No hay duda de que la Comisión es una entidad de estatuto. Como Lord Slynn expresó en el caso de la Comisión de Derechos Humanos de Irlanda del Norte (Irlanda del Norte) [2002] UKHL 25, párrafo [14]:

“... la Comisión tiene únicamente las facultades que se le confirieron por estatuto, lo cual incluye las facultades que puedan considerarse razonablemente incidentales o consecuentes sobre los asuntos que la legislatura haya autorizado ...”

[75] Las secciones 71(2A), (2B) y (2C) de la Ley de 1998 fueron incorporados por el Artículo 14 de la Ley de Justicia y Seguridad de (NI) 2007. La nota aclaratoria de la Ley proporciona un resumen de las enmiendas:

“Antecedentes y resumen

8. La Ley establece una disposición relativa a la ampliación de las facultades de la Comisión de Derechos Humanos de Irlanda del Norte ('la **Comisión**'). Enmienda la Ley de Irlanda del Norte de 1998 al otorgar tres nuevas facultades a la Comisión: para exigir que se proporcione información o un documento, o que una persona presente un testimonio oral; para tener acceso a los lugares de detención; y para entablar procedimientos por derecho propio de la Comisión, y cuando lo haga, que sea al amparo de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto significa que la Comisión puede entablar casos que sientan precedentes sin la necesidad de que una víctima lo haga personalmente ... El uso de estas facultades se registrará por medidas preventivas que ayuden a garantizar que la Comisión las ejerza de manera apropiada y que las autoridades públicas se apeguen a ellas.” (Énfasis añadido)

Sección 14: Procedimientos legales:

“(50) Esta sección enmienda el Artículo 71(1), e incorpora la nueva Sección 71(2A), (2B) y (2C) a la Ley de Irlanda del Norte de 1998. Faculta a la Comisión para entablar procedimientos legales relativos a los derechos humanos en su propio derecho, y cuando lo haga, que sea al amparo de la Convención Europea de Derechos Humanos, siempre y cuando haya o habría una víctima (al grado en el que el acto ilícito competa a la Convención).”

[76] XXX consideró el efecto de esas enmiendas en Una solicitud de revisión judicial de la Comisión de Derechos Humanos de Irlanda del Norte [2012] NIQB 77, en los párrafos [40] y [41], en la cual afirmó lo siguiente:

“[40] El demandado argumenta que, en el caso actual, no hay nadie que sea o sería víctima de las presuntas disposiciones ilícitas, y que, en consecuencia, la NIHRC no satisface la s. 71 de

la Ley de Irlanda del Norte. Además, alega que incluso si esa sección se satisficiera, el demandante no podría satisfacer el Art. 34 de la CEDH, lo cual significaría que este caso estaría destinado a fracasar en Estrasburgo. Afirma que, si el caso está destinado a fracasar en Estrasburgo, no debería tener éxito en Irlanda del Norte.

[41] La NIHRC sostiene que sus acciones se encuentran dentro del marco jurídico establecido en la s. 72(2B) (de la Ley de Irlanda del Norte de 1998) (con sus enmiendas), el cual le da la facultad de entablar **casos que sientan precedentes** relativos a asuntos de derechos humanos sin tener que cumplir el requisito de víctima que se establece en la s. 7 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, siempre y cuando **haya o habría una o más víctimas del acto ilícito**. Argumenta que, al aceptar este caso, actúa plenamente dentro de su competencia legal. Además, señala que el rango integral de las disputas que presenta va más allá de cualquier demandante individual, y que, en consecuencia, la Comisión goza de una mejor posición para presentar esta disputa.”

[77] XXX encontró que hubo una víctima, y, por lo tanto, la cuestión que se planteó respecto a si la Comisión podría entablar un procedimiento en ausencia de una víctima era redundante. Sin embargo, comentó al margen lo siguiente:

“[65] Además, dada la competencia de la NIHRC que en las notas aclaratorias de la Ley de 2007 se describe que incluye **entablar casos que sientan precedentes sin la necesidad de que una víctima lo haga personalmente**, está claro que la Comisión tiene la obligación de impedir y evitar posibles infracciones a los derechos humanos. Esto es evidente por el uso del futuro condicional **habría** en la s. 71(2B)

(c). (énfasis añadido)

[66] Si, por ejemplo, era claro que la operación de la legislación infringiría de manera inevitable los derechos de la convención de una persona o clase de personas, entonces parecería que estaría dentro de sus facultades entablar los procedimientos para corregir el problema. Esta lógica está muy familiarizada con la jurisprudencia de la CEDH de los requisitos de víctima, donde se ha sostenido de manera diversa que no es necesario que una víctima compruebe que fue perjudicada o que sufrió algún perjuicio en el caso de que se hayan infringido sus derechos de la convención. Por consiguiente, en el caso Campbell & Cosans v el Reino Unido (1982) 4 EHRR 137, un alumno fue víctima al quejarse que el castigo corporal era un trato inhumano simplemente con el fundamento de que su asistencia a la escuela lo ponía en **riesgo** de ser expuesto a un trato inhumano; un demandante puede sostener con éxito que una ley infringe sus derechos por sí misma en la ausencia de una medida individual de implementación si corre el riesgo de ser afectado directamente por esta (Marcx v Bélgica (1979) 2 EHRR 330), o un demandante puede ganar un caso si puede demostrar que existe un riesgo de que se infringirán sus derechos de la convención en el futuro (Soering v el Reino Unido (1989) 11 EHRR 439).

[67] En este caso, estoy convencido de que C es realmente una víctima. Sin embargo, incluso sin la evidencia de C, la NIHRC habría tenido legitimación para tomar este caso en virtud de la s. 71(2B) (c) de la Ley de Irlanda del Norte de 1998 con sus enmiendas.”

[78] En ese caso, no se buscaba una declaración de incompatibilidad como reparación del agravio, sino una declaración de que el Artículo 14 de la Orden

de Adopción de 1987 (Irlanda del Norte) había infringido los derechos del Artículo 8 de la CEDH en conjunto con el Artículo 14 de la CEDH de personas solteras.

[79] En la apelación ([2013] NICA 37) que dictó el fallo del Tribunal de Apelaciones, XXX declaró lo siguiente al margen, con respecto al punto preliminar de que la Comisión no tenía legitimación procesal, en el párrafo [18]:

“Dado que es evidente que C es una víctima, es estrictamente necesario llegar a una conclusión sobre el argumento alternativo, que tiene un peso considerable. Por ejemplo, una ley que prohibiera a todos los homosexuales ingresar en establecimientos específicos crearía víctimas de manera inevitable, incluso si ninguno de ellos quisiera comparecer para identificarse en el procedimiento. El propósito de permitir a la Comisión que entable dichos procedimientos es proteger a las minorías poco populares. La ley afectaría a todos los homosexuales. De la misma manera, los Artículos 14 y 15, según la interpretación y la aplicación del Departamento, afectan a todas las parejas homosexuales y a todos los individuos homosexuales que estén considerando establecer una relación de asociación civil o que tengan una relación de asociación civil o cohabitacional y deseen adoptar en el futuro.”

Conuerdo con los comentarios de XXXXX y el Tribunal de Apelaciones.

[80] Considero que la interpretación jurídica de la Comisión es la correcta.

- (i) El propósito de la Comisión conforme a la Ley de 1998 es garantizar que la ley de Irlanda del Norte se apegue a la Convención.
- (ii) La Comisión puede entablar procedimientos que involucren leyes o prácticas relacionadas con la protección de los derechos humanos: Sección 69(5)(b).

- (iii) El Artículo 71(1)(a) impide a cualquiera que no sea una víctima poner a prueba si cualquier legislación o ley es compatible con la Convención.
- (iv) El Artículo 71(2) deja en claro que esto no se aplica a la Comisión.
- (v) El Artículo 71(2B) estipula que, en relación con la presentación o la intervención de la Comisión en procedimientos relativos a los derechos humanos, la Comisión puede proceder “solamente si hay o habría una o más víctimas del acto ilícito”.

Es claro que la facultad de entablar procedimientos proviene del Artículo 69(5), y el Artículo 71, con sus enmiendas, amplía dicha facultad. No la circunscribe.

[81] La declaración de que la función de la Comisión se restringe a la legislación posterior a 1998 no concuerda con la función de la Comisión según la definición del estatuto. Esto parece estar claro, en concreto para garantizar que los ciudadanos de Irlanda del Norte estén convencidos de que la ley se apega a la Convención. Si el proceso de la legislación es garantizar que la ley de Irlanda del Norte se apegue a la Convención, y, por lo tanto, se protejan los derechos humanos de sus ciudadanos, no hay razón lógica para restringir la función de la Comisión a impugnar la legislación posterior a 1998.

K. EL REQUISITO DE VÍCTIMA

[82] Este no es un caso sometido al Tribunal de Estrasburgo. Se trata de una reclamación para una declaración de incompatibilidad. No hay requisito de la existencia de una víctima conforme a la Ley de 1998. La evidencia que se presentó en este caso incluye declaraciones juradas de XXX y XXX. Esta evidencia no se ha cuestionado. Constituye evidencia fáctica clara de lo que estas dos jóvenes sufrieron con sus embarazos de fetos con anomalías mortales. En cuanto a los ejemplos de las víctimas de crímenes sexuales, de nuevo, la evidencia que se presentó en nombre de dichas víctimas no se ha cuestionado.

[83] La Comisión defendió el argumento de que cualquier mujer embarazada en cualquiera de las circunstancias bajo consideración en este caso estará extremadamente renuente a comparecer y disputar su incapacidad

de obtener un aborto legal en Irlanda del Norte por varios motivos. Estos incluyen:

- (i) la presión adicional que esto ejercerá sobre ella durante un momento particularmente difícil de su vida;
- (ii) los posibles sentimientos de vergüenza, pena y humillación pública que esto generará;
- (iii) si el embarazo es consecuencia de un abuso intrafamiliar, entonces su comparecencia tendrá graves repercusiones inevitables dentro de su ambiente familiar;
- (iv) el miedo de que se revele su identidad y de que será objeto de vergüenza y humillación pública.

[84] Es claro que XXX y XXX solamente comparecieron con renuencia, y no antes de haber interrumpido sus embarazos. El Tribunal reconoce la dificultad que enfrentará en estos tipos de casos para persuadir a una mujer embarazada con el fin de que presente evidencia primaria.

[85] La evidencia que se presentó en nombre de XXX y XXX establece claramente lo que sufrieron estas dos jóvenes. Aunque no ha habido declaraciones juradas de mujeres que se embarazaron como consecuencia de crímenes sexuales, hay una serie de estudios de casos. Dada la incuestionada evidencia sobre las circunstancias de sus predicamentos, no es difícil empatizar con ellas. Como XXX dijo al jurado del caso R v Bourne, es simple “sentido común” tener empatía.

[86] Se trata de mujeres que sufrieron una invasión a su autonomía personal en las circunstancias más perturbadoras y horribles. La repugnancia del acto criminal se agravó con el embarazo que ellas no buscaron y que se les impuso a la fuerza. Se enfrentan con la situación de que no pueden interrumpir su embarazo en Irlanda del Norte a menos de que morirían como consecuencia de permitir que el embarazo llegara a término o que “estén destrozadas desde el punto de vista mental o físico”. Si interrumpen su embarazo en Irlanda del Norte, entonces ellas y su asesor se arriesgan a recibir una sentencia de cadena perpetua. Si pueden pagarlo, pueden viajar a Inglaterra y Gales para someterse a un aborto lejos de sus familiares y amigos. Con frecuencia, las mujeres que hacen esto regresan del extranjero con miedo de divulgar lo que ocurrió debido al oprobio que podría ocasionar. Si no pueden pagar el viaje y el tratamiento en Inglaterra, deben concluir el embarazo y dar a luz al final de este. En el

caso P y S v Poland [2013] 129 BMLR 120, el Tribunal declaró que:

“La violación y el incesto representan la mayor intrusión en la vida personal de una mujer.”

La negativa de un Estado de permitir el aborto en tales circunstancias o en un caso de AMF interfiere con la autonomía personal de la vida privada de la embarazada. Conforme a la Convención, es un derecho humano que el Estado no interfiera *sin justificación* en la vida privada de alguien.

[87] Por último, es importante mencionar las reservas de Lord Mance en el caso R (Nicklinson) v Ministro de Justicia [2014] UKSC 38, en el párrafo [177]. Comentó lo siguiente:

“El caso principal de los demandantes ante la Suprema Corte equivale en esencia a una invitación a abreviar asuntos posiblemente delicados y difíciles de hechos y experiencia al basarse en material secundario. En mi opinión, no hay posibilidad alguna de hacer eso.”

[88] Sin embargo, en el caso R (Wright) v Secretario de Estado de Salud y otro [2007] EWCA Civ 999, en el párrafo [88] XXX enfatizó la necesidad, en un contexto totalmente diferente, de analizar el “potencial evidente de causar un grave perjuicio...” de un esquema que en algunas circunstancias no se apegaba a la Convención.

En la apelación que se informó en [2009] 1 AC 739, la Baronesa Hale declaró en el párrafo [22]:

“Aunque el Tribunal de Estrasburgo tiene el lujo de analizar en retrospectiva las circunstancias de un caso en concreto y decidir si se infringió el artículo 6 en esa situación, la ley de nuestra nación debe diseñar un esquema que pueda aplicarse de manera general antes de conocer el impacto particular del fallo.”

A pesar de que esto está relacionado con un asunto diferente, específicamente, la negativa del derecho a un empleado para hacer declaraciones antes de que se le denomine de forma temporal incapaz de trabajar con adultos vulnerables, el principio se mantiene vigente en las circunstancias presentes. El problema que enfrenta este Tribunal es que, como se declaró, las mujeres que se

embarazan a consecuencia de un crimen sexual o con un feto que tiene MGF o AMF no comparecerán debido a la presión que existe sobre ellas y al miedo de sufrir vergüenza pública si se descubre su situación. El plazo será tal que, para cualquier mujer en esa situación, el fallo de cualquier tribunal será ciertamente académico.

[89] No considero que tener una víctima como demandante sea esencial en este caso en particular. La Comisión presentó evidencia suficiente que ni el demandado ni el Procurador General han cuestionado o desmentido, y que permite a este Tribunal considerar de manera adecuada las cuestiones presentadas ante el mismo. Si este Tribunal exigiera que las disposiciones impugnadas no pudieran examinarse a menos que las mujeres embarazadas en las circunstancias bajo consideración presentaran evidencia, sería una injusticia más hacia ellas.

L. LOS EFECTOS DE LA CONVENCION

[90] Se ha sugerido en ocasiones que uno de los grandes pecados de la sociedad norirlandesa es la necesidad de una sección de la comunidad con creencias religiosas o morales verdaderamente arraigadas no solamente de estar en desacuerdo con otra sección de la comunidad que tiene otras creencias afianzadas con la misma firmeza y de buscar persuadir a esa sección con sus argumentos, sino también de tratar de imponer a la fuerza sus creencias a esa sección, frecuentemente con el apoyo de sanciones penales. Por supuesto, algunos comportamientos son tan repugnantes desde el punto de vista moral (buscar la explotación de los vulnerables), que ninguna sociedad civilizada pasaría por alto clasificarlos como delitos penales. Como Lord Sumption dijo en el caso Nicklinson en el párrafo [235]:

“El derecho penal no es tan solo un concepto meramente funcional. Los delitos contra la persona involucran consideraciones morales que podría decirse que constituyen una justificación suficiente para una prohibición legislativa general con apoyo de sanciones penales.”

[91] La Convención protege ciertos derechos fundamentales. El Tribunal de Estrasburgo dejó esto en claro a todo Irlanda del Norte en 1982 cuando determinó que la imposición de sanciones penales a los homosexuales infringía los derechos del Artículo 8 del Sr. XXX y otros como él; consulte [1982] 4 EHRR 149. A pesar de este fallo, Irlanda del Norte no se ha

convertido en una recreación moderna de Sodoma y Gomorra, como muchos temían. La eliminación de esas sanciones penales permitió y permite que los homosexuales crezcan, vivan y trabajen en Irlanda del Norte, y que contribuyan a su sociedad sin miedo de ser objeto de procesos penales o discriminación.

[92] Cuando todos los partidos políticos se adhirieron al acuerdo constitucional que se decretó en la Ley de 1998, lo hicieron con el fundamento de que una de las piedras angulares de la nueva Irlanda del Norte consistiría en que sus leyes se apegaran a la Convención. Esto ha afectado a varias áreas diferentes en las que subsisten sólidas creencias religiosas y morales, como el tema de la adopción; consulte el Caso G (Adopción: Pareja no casada) [2008] UKHL 38.

[93] No cabe duda de que la Convención necesariamente ha ejercido un efecto sobre Irlanda del Norte que la ha convertido en una sociedad más tolerante y liberal, más pluralista y de mente abierta. Si esto es algo bueno no le concierne al Tribunal. Pero es uno de los objetivos de la Convención. La Convención no exige a nadie abandonar sus creencias de profundo arraigo respecto a ciertos asuntos morales o religiosos. Simplemente significa que, en lo que se refiere a ciertos derechos protegidos por la Convención, una sección de la comunidad (sin importar que se trate de la mayoría o no) ya no puede negar a los demás su capacidad de disfrutar dichos derechos protegidos por la Convención a través de la imposición de sanciones penales u otros medios.

[94] Existe un concepto de deferencia judicial en el derecho consuetudinario anglosajón que no debe confundirse con el margen de apreciación. Se “considera congruente con la doctrina de separación de poderes y el entendimiento de que el Tribunal no debe usurpar las funciones de la legislatura ni del ejecutivo”; consulte Profr. XXX en Revisión judicial, apartado 4.17. Esto garantiza que el Tribunal se desempeñe con cautela al considerar asuntos como el presente.

[95] Este requisito de autorrestricción judicial simpatiza con los comentarios de Lord Mance en el caso Nicklinson. Citó a Lord Reed en el caso Bank Mellat v la Tesorería de Su Majestad (N.º 2) [2013] 3 WLR 179 cuando declaró lo siguiente en el párrafo [69]:

“La intensidad con la cual se aplica la prueba, es decir, el nivel de peso o respeto que se asigna a la evaluación del responsable principal de tomar

las decisiones, depende del contexto”.

Lord Kerr desarrolló este tema en la reciente conferencia que ofreció en The Lowry. Es una cuestión que retomaré cuando considere el Artículo 8.

M. EL ARTÍCULO 2 Y EL DERECHO A LA VIDA

[96] “Artículo 2, el derecho a la vida

(1) La ley debe proteger el derecho a la vida de todos. No se debe privar de la vida intencionalmente a nadie, salvo en la ejecución de un fallo del Tribunal tras la convicción de un crimen por el cual la ley imponga esta sanción.

(2) La privación de la vida no debe considerarse una imposición en contravención de este Artículo cuando sea consecuencia del uso de la fuerza que no supere el nivel absolutamente necesario:

- (a) en defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;
- (b) para efectuar una aprehensión o prevenir el escape de una persona detenida conforme a la ley;
- (c) en un acto lícito con el propósito de reprimir un disturbio o insurrección.”

[97] Como Lord Wilson declaró en el caso Nicklinson en el párrafo [199]:

“... la santidad (o para quienes esta palabra carezca de significado, el valor supremo) de la vida que, por razones obvias, está incrustada en la mente de cada persona viva. Yace en el centro del derecho consuetudinario anglosajón y de los derechos humanos internacionales, y constituye un principio ético de primera magnitud.”

[98] Las preguntas de qué es la vida y cuándo comienza generan temas

filosóficos y morales muy profundos. En el tomo 8 de El paraíso perdido, Milton dijo:

“Para el hombre es difícil descifrar cómo empezó la vida humana, pues ¿quién conoce el inicio de uno mismo?”

En “The Fetus and The **Right to Life**” (El feto y el derecho a la vida), Cambridge Law Journal, 1994, páginas 71-80, el Profr. Glanville Williams expresó:

“La respuesta filosófica al dilema de Milton es, como muchas respuestas filosóficas, otra pregunta: ¿A qué se refiere con vida humana? Esto podría involucrar plantear más preguntas que un predarwiniano como John Milton no comprendería. ¿Incluye al hombre de Neandertal, por ejemplo, en el concepto de **vida humana**, o quiere comenzar por el Homo sapiens?”

[99] No hay duda de que el Profr. Glanville Williams adaptó una postura al respecto:

“El argumento a favor de la vida sobre los **seres humanos** es un esfuerzo por anular cualquier distinción importante con juegos de palabras. Nadie pensaría sostener que una bellota es lo mismo que un roble porque ambos son **seres quercusinos** (en referencia al género de la especie). El término **ser humano** se aplica comúnmente a un miembro de la comunidad humana, lo cual no es un cigoto o un feto.”

[100] Estrasburgo ha evitado determinar cuándo comienza la vida humana, pues ha concluido que eso es asunto de cada Estado Miembro, como el margen de apreciación de dicho Estado; consulte el caso Vo v Francia [2005] 40 HRR 12 en el párrafo [85].

[101] En el Artículo 40.3.3 de la Constitución de la República de Irlanda, se estipula que el Estado “reconoce el derecho a la vida de los nonatos y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre, garantiza en sus

leyes que se respete ese derecho y, en la medida de lo posible, que se defiendan y se vindique por sus leyes.”

[102] La Suprema Corte de la República de Irlanda ha interpretado de forma decisiva que el derecho a la vida comienza en el momento de la concepción. XXX mencionó en el caso Procurador General (SPUC) v Open Door Counselling Ltd [1998] 593, en el párrafo 598:

“... el derecho a la vida de un feto, se otorga al nonato una protección legal desde la fecha de la concepción.”

XXX declaró que el Artículo 40.3.3 de la Constitución “tenía como objetivo prevenir la legislación del aborto ya sea por decisión legislativa o judicial dentro del Estado, excepto cuando existiera un riesgo real y considerable para la vida de la madre que pudiera evitarse con la interrupción del embarazo”; consulte el caso Bebé O v Secretario de Justicia [2002] 2 IR 169, en el párrafo 183.

[103] En el Reino Unido, la ley es diferente. No cabe duda razonable de que, en Inglaterra y Gales, el feto no es una persona jurídica. En el caso Paton v Síndicos del Servicio Británico de Asesoría sobre el Embarazo y otro [1979] QB 276, George Baker P afirmó lo siguiente en el párrafo 279:

“El feto no puede, según la ley británica, en mi opinión, tener un derecho propio sino por lo menos hasta que nazca y tenga una existencia separada de su madre. Eso se extiende a todo el derecho consuetudinario de este país (excluyo el derecho penal, que es irrelevante en este caso), y es, de hecho, la base de las decisiones en los países cuyo derecho se fundamenta en el derecho consuetudinario anglosajón, es decir, Estados Unidos, Canadá, Australia, y sin dudas, en muchos otros.”

Como el feto carece de personalidad jurídica hasta que nazca, no se puede hablar de discriminación en Inglaterra y Gales de conformidad con la Ley de la Igualdad de 2010, por ejemplo. Lo mismo se aplica a Irlanda del Norte, aunque la protección contra la discriminación por discapacidad se encuentra menos desarrollada aquí.

[104] En el Caso F (en útero) [1988] 2 WLR 1288, el Tribunal de Apelaciones aprobó la decisión del caso Paton. XXX dijo lo siguiente en la página 142:

“Sin embargo, en el caso Paton v Reino Unido [1980] 3 EHRR 408, en una demanda de la parte demandante perdedora en el caso Paton v Síndicos del Servicio Británico de Asesoría sobre el Embarazo [1979] QB 276, la Comisión Europea de Derechos Humanos determinó, en la página 413, párrafo 8, que, en su interpretación correcta, el Artículo 2 es apto solamente si se aplica a las personas que ya han nacido y no puede aplicarse a un feto. Continúa en la página 415:

‘La vida del feto está íntimamente conectada con la vida de su madre embarazada y no puede contemplarse aislada de esta. Si se sostuviera que las disposiciones del Artículo 2 abarcan al feto y su protección, en la ausencia de cualquier limitación expresa, que se considere absoluta, el aborto debería contemplarse como una prohibición, incluso si continuar con el embarazo involucrara un grave riesgo a la vida de la mujer embarazada. Esto significa que se consideraría que la vida del nonato es más valiosa que la vida de la mujer embarazada. Entonces, se consideraría que el derecho a la vida de una persona que ya ha nacido está sujeto no solamente a las limitaciones expresas que se mencionaron en el párrafo 8 anterior, sino también a una limitación implícita adicional.’”

[105] En el caso de Re MB (An Adult: Medical Treatment) [1997], 2 LFR 426, la Corte de Apelaciones tuvo que considerar la posición de una madre embarazada que, en los mejores intereses de su niño no nacido requería una sección de cesárea, pero no aceptaría debido a su fobia a las agujas. La Corte de Apelaciones dijo:

“El feto hasta el momento del nacimiento no tiene ningún interés separado capaz de tomarse en cuenta cuando un tribunal tiene que considerar una solicitud de declaración sobre una operación en el Artículo de cesáreas. La corte no tiene la jurisdicción para declarar que dicha intervención médica es legal para proteger los intereses del niño no nacido incluso al punto del nacimiento”.

[106] En Evans vs Amicus Health Care Limited and Others [2005] Fam 1 Wall J revisó todas las autoridades y dijo en el párrafo 175:

“... hay abundante autoridad, vinculante para mí, en el sentido de que un feto, en cualquier etapa de su desarrollo, no tiene existencia independiente de su madre. Si un feto no tiene derecho a la vida conforme al artículo 2, es difícil ver cómo un embrión puede tener tal derecho”.

La Corte de Apelaciones dijo, al aprobar ese dictamen en el párrafo [19], al rechazar el permiso para apelar con base en el Artículo 2:

“Nuestras razones para rechazar el permiso pueden señalarse brevemente. En nuestras leyes internas, se ha sostenido repetidamente que un feto antes del momento del nacimiento no tiene derechos o intereses independientes”.

[107] La Ley de Derechos Humanos (2ª. Edición) de Clayton and Tomlinson opina, en el punto 7.06, lo siguiente:

“De acuerdo con el derecho consuetudinario, la vida comienza cuando la totalidad del niño ha llegado al mundo y su existencia no depende más de la de su madre. No está claro, no obstante, si esto significa que el niño debe simplemente poder respirar por sí mismo; o si también requiere que la circulación del niño sea independiente de la de su madre. Dado que la circulación embriónica independiente ocurre dentro del primer o segundo mes de la concepción, un niño parece ser **capaz de vivir** cuando puede respirar sin depender de su madre; el cordón umbilical no necesita haberse roto”.

[108] No hay bases para concluir, y no se han expuesto ningunas convincentes, que el derecho consuetudinario en Irlanda del Norte sea diferente al de Inglaterra y el País de Gales. Mientras que el feto no tiene derecho a la vida en virtud del Artículo 2 en Irlanda del Norte, la vida prenatal cuenta con protección al amparo de ciertos estatutos. Dejando a un lado las

disposiciones impugnadas, el Artículo 14(1) de la Ley Forense (NI) de 1959 otorga mayor protección estatutaria en Irlanda del Norte a un feto, donde es capaz de nacer vivo. Esto requiere que el Médico Forense haga una investigación forense en “un feto en útero que entonces era capaz de nacer vivo y que pierde su oportunidad de vida como resultado del crimen...”.

[109] La posición en la legislación de Irlanda del Norte puede resumirse razonablemente concluyendo que el niño no nacido no disfruta de un pleno “derecho a la vida” conforme al Artículo 2. No obstante, la vida prenatal no tiene una protección estatutaria en relación con algunos de sus atributos: ver 7.63 de la Ley de Derechos Humanos.

B. ARTÍCULO 3

[110] “ARTÍCULO 3 PROHIBICIÓN DE LA TORTURA

Nadie será sometido a tortura ni a tratos o castigos inhumanos o degradantes”.

Es un caso común el que en este Artículo se establezca protección absoluta en contra de cualquier trato inhumano y/o degradante: ejemplo, ver Saadi v Italy [2009] 49 EHRR 30. Como dijo Ms XXX a nombre de la Comisión: lo que importa no es que la información que puede extraerse por un trato inhumano o degradante salve vidas.

[111] El Artículo 3 incluye una obligación negativa para que un Estado se abstenga de infligir maltrato a personas dentro de su jurisdicción. Aunado a esto hay una obligación positiva de tomar las medidas pertinentes para impedir que las personas sufran maltrato en manos de terceros.

[112] La Ley de Derechos Humanos (2ª. Edición) dispone, en el punto 8.19:

“Para que se constituya el **trato inhumano o degradante**, el maltrato debe alcanzar un nivel mínimo de gravedad y conllevar lesiones corporales o un **sufrimiento físico y mental intenso**, debe negar la **mayoría de las necesidades de un ser humano a un grado seriamente perjudicial**. Aun cuando no existe una norma mínima, el nivel de gravedad se alcanzará si se establece una o más de las condiciones siguientes:

- Violencia ilegal – la cual es especialmente degradante.

- Sufrimiento físico o mental intenso.
- Humillación de grado suficiente para **romper la resistencia moral o física**.
- Tratamiento que lleve a la víctima a actuar en contra de su voluntad o conciencia”.

[113] Corresponde a la Comisión establecer mediante evidencia ante esta Corte que existe el potencial para que una mujer embarazada, en las categorías consideradas, recibe tratamiento que satisface los criterios de trato inhumano o degradante.

[114] En P and S v Poland [1929] BMLR 120 una víctima de violación de 14 años de edad fue impedida y acosada en sus esfuerzos por obtener un aborto doméstico al que habría tenido derecho al amparo de la legislación interna de Polonia. En vez de intentar darle apoyo en su calidad de joven y víctima vulnerable de un proceder criminal, se encontró con obstrucciones. A su madre se le engañó diciéndole que el aborto podría llevar a su hija a la muerte. Se pidió a la solicitante consultar a un sacerdote católico a quien se le informó de su predicamento sin el permiso de la víctima o de su madre. Finalmente, sus notas médicas se difundieron a la prensa. La Corte en Polonia ordenó que se le pusiera en un refugio para jóvenes como una medida provisional para despojar a su madre de sus derechos de padres. Eventualmente, después de quejas, la solicitante fue enviada a un destino clandestino a 500 kilómetros de distancia y se llevó a cabo el aborto. La Corte fue “particularmente atacada” por la decisión de investigar a la joven sobre cargos penales de relaciones ilegales cuando “debió haber sido considerada víctima de abuso sexual”. Como las autoridades no tuvieron en cuenta su juventud, su vulnerabilidad o sus propios puntos de vista o sentimientos, la Corte acordó por unanimidad que había habido una violación al Artículo 3.

[115] En R R v Poland [2011] 53 EHRR 476 a la solicitante se le negó repetidamente el acceso a un diagnóstico médico que habría confirmado su sospecha de que el feto tenía un trastorno genético. Como resultado de negligencia deliberada y ofuscación, a la solicitante se le negó la oportunidad de un aborto legal al amparo de la ley polaca. El niño nació con el Síndrome de Turner, una condición sobre la que en ese momento no existía consenso en Polonia respecto a si se permitiría un aborto legal conforme a la ley polaca. Sin embargo, el lamentable trato que recibió la solicitante dada su edad y su gran vulnerabilidad en manos de las autoridades polacas, significó que había habido una violación de sus derechos en virtud del Artículo 3.

[116] En ambos casos, la Corte en Estrasburgo condenó los procedimientos polacos y dejó claro que, si una mujer embarazada tenía derecho al aborto de

conformidad con la ley, entonces el Estado no podía impedir su voluntad privándola del acceso a los servicios a los que médica y legalmente tenía derecho. Es importante hacer notar que, en estos dos casos, hubo un intento deliberado y concertado por retrasar el acceso de las solicitantes a servicios médicos a los que ambas tenían derecho, con la esperanza de evitar cualquier intento de las solicitantes por obtener terminaciones legales a sus embarazos.

[117] En Pretty v UK [2002] 35 EHRR 1, la solicitante tenía la Enfermedad de la Motoneurona. Temía una muerte horrible e indigna. Pidió al DPP comprometerse a no enjuiciar a su esposo en caso de ayudarla a terminar con su vida. Uno de los elementos en los que ella confió ante el Tribunal Europeo después de impugnaciones fallidas en el Tribunal Superior y la Cámara de los Lores, fue el Artículo 3. Ella reclamó que el Estado tenía la obligación negativa de abstenerse de someter a individuos a tratos inhumanos y degradantes, así como la obligación positiva de intervenir para proteger a las personas de ese trato. Reclamó que tenía derecho a que el Estado “la protegiera del sufrimiento que de otra manera tendría que soportar” y, resultó irrelevante que el Estado no se responsabilizó de su condición médica.

[118] La Corte determinó que el Gobierno no infligió ningún “maltrato” a la solicitante. Tampoco hubo ninguna queja de que la solicitante no estuviera “recibiendo cuidado adecuado de las autoridades médicas del Estado”.

[119] Como he declarado, no hay derecho al aborto al amparo de la Convención. Obviamente, el Estado no es responsable de que una mujer tenga una anomalía fetal mortal ni de que algunas mujeres queden embarazadas como consecuencia de un delito sexual. En Irlanda del Norte no existen procedimientos ni servicios para admitir que mujeres jóvenes que hayan quedado embarazadas en esas circunstancias, pongan fin a sus embarazos, salvo en las circunstancias arriba señaladas. No se cuestiona el que el Estado esté infligiendo algún maltrato a dichas mujeres vulnerables. No se sugiere que las mujeres que quedan embarazadas en las circunstancias arriba descritas no reciben la mejor atención médica durante sus embarazos. Además, el Estado no toma ningunas medidas para evitar que esas mujeres viajen a la Gran Bretaña para tener acceso a instalaciones médicas que les permitan terminar con sus embarazos. El Director del PPS también dejó en claro que nadie que ayude a estas mujeres embarazadas a viajar ni las mujeres mismas enfrentarán sanciones penales en Irlanda del Norte si sus embarazos terminan en Inglaterra.

[120] Por supuesto, el derecho penal significa que estas mujeres necesitarán salir de la jurisdicción si quieren poner fin a sus embarazos. Va a haber una tensión adicional causada por tener que viajar a Inglaterra. Estas mujeres van

a someterse a una operación lejos de casa y en condiciones vulnerables. Pero la Corte tiene derecho a tomar conocimiento judicial del hecho de que estas mujeres recibirán los mejores servicios de salud ya sea dentro del NHS en Inglaterra o en cualquier otro lugar en forma privada. Habrá gastos adicionales ya sea que el aborto tenga lugar en el National Health Service (Servicio Nacional de Salud) o en un servicio privado. Posterior a la decisión de la Corte de Apelaciones en Inglaterra y el País de Gales en A (By Her Litigation Friend B) v The Secretary of State for Health [2015] EWCA Civ 771, no hay derecho a tratamiento gratis para mujeres que viajen a Inglaterra desde Irlanda del Norte para abortar en el NHS o en algún otro lado. El tratamiento puede fondearse con donativos caritativos, por parte de la familia o la mujer misma, o por una combinación de los tres.

[121] Consciente de que las obligaciones del Estado conforme al Artículo 3 son principalmente negativas, y de que estamos tratando solo con la tensión adicional de mujeres embarazadas que tienen que viajar a Inglaterra para conseguir un aborto, no hay evidencia convincente ante mí de que existan víctimas o víctimas potenciales dentro de ninguna de las tres categorías, que son objeto de esta solicitud, quienes pueden satisfacer el umbral mínimo de gravedad necesario para permitirle a una Corte concluir que sean violado los derechos de su Artículo 3. El “extremo delgado de la cuña” o el argumento de “pendiente resbaladiza” tampoco puede ignorarse. No hay razón para desechar la posibilidad de que una mujer joven que ha quedado embarazada como resultado de una relación consensuada debido a un error de su parte o a fallas anticonceptivas, podría también padecer una cantidad similar de tensión adicional por tener que viajar lejos de su familia incurriendo en fuertes gastos para poder terminar con su embarazo en Inglaterra. Todo depende de la estructura psicológica y de las circunstancias personales de la mujer en cuestión.

C. ARTÍCULO 8

[122] “ARTÍCULO 8 DERECHO AL RESPETO POR LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

1. Cada persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar y su correspondencia
2. Las autoridades públicas no deberán interferir en el ejercicio de este derecho salvo si, de acuerdo con la ley, es necesario en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional, seguridad pública o para el bienestar

económico del país, para evitar el desorden o el crimen, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los otros”.

[123] El Artículo 8(1) establece la protección en cuatro áreas: vida privada, vida familiar, el hogar y la correspondencia. Estos conceptos son todos ellos autónomos al amparo de la Convención. El alcance del Artículo 8 se ha ampliado con los años debido al enfoque evolutivo de la interpretación adoptada por la Corte de Estrasburgo.

[124] Harris, O’Boyle, Warwick sobre la Ley de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (3ª. Edición) dice, en la página 8, lo siguiente:

“Se desprende del énfasis puesto en el **objeto y propósito** de la Convención que debe darse una interpretación dinámica o evolutiva. Así, en Tyrer v UK, la Corte señaló que la Convención es **un instrumento vivo cuyo(a) ... debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales**”.

El texto pasa a señalar que las otras decisiones reflejan las cambiantes condiciones sociales y la actitud ante ciertas minorías, tales como los homosexuales (Dudgeon) y transexuales (Goodwin v UK 35 EHRR 447) pero advierte que “la Convención no puede interpretarse en respuesta a **condiciones del día de hoy** con el fin de incluir en ella un derecho que no pretendió incluirse cuando se redactó la Convención”.

[125] También es importante señalar que la Corte de Estrasburgo ha destacado en repetidas ocasiones que la “Convención debe leerse como un todo, e interpretarse de tal manera que se promueva la consistencia y la armonía internas entre sus diferentes disposiciones”: ver Stec v UK 43 EHRR 1027, párrafo 48.

[126] En Tysiac v Poland [2007] 45 EHRR 42, el primero de varios casos en los que la Corte de Estrasburgo ha considerado el Artículo 8 en relación con el aborto, se pidió a la Corte considerar en caso de una solicitante que sufría de miopía severa. Ella se embarazó. Tres médicos le informaron que había un riesgo a su vista si llevaba al bebé a pleno término. Ningún médico, sin embargo, certificaría el aborto terapéutico al que ella habría tenido derecho al amparo de la ley polaca. Después de dar a luz su vista se deterioró convirtiéndose la ceguera en una posibilidad real. Tuvo necesidad de cuidado y ayuda constantes en su vida cotidiana y quedó severamente incapacitada con consecuencias adversas para sus otros dos hijos. Se dijo que no había violación

del Artículo 3 pero que sí se había violado el Artículo 8. La Corte enfatizó que cuando un Estado permite una terminación con el argumento de que el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la madre, como en este caso, las leyes internas deben contar con un sistema eficaz para decidir si se cumplen los criterios. En el caso de Tysiác no se dispuso de ese sistema y, por lo tanto, hubo violación del Artículo 8.

[127] En RR y P y S], dos casos a los que se hace referencia arriba, la Corte concluyó que además de las violaciones del Artículo 3 ya señaladas, también hubo violaciones al Artículo 8.

En RR la Corte dijo en el párrafo [180]:

“La Corte reitera que la **vida privada** es un concepto amplio que abarca, *inter alia*, el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal. La Corte también sostuvo que la noción de autonomía personal es un principio importante que se basa en la interpretación de sus garantías”.

El juicio pasa a señalar que se descubrió anteriormente que la decisión de una mujer embarazada de continuar o no con su embarazo, pertenece a la “esfera de la vida privada y la autonomía”.

[128] En P y S la Corte enfatizó que “la noción de vida privada dentro del significado del Artículo 8 se aplicó a ambas decisiones de ser y no se padre”.

[129] En A, B y C v Ireland, tres mujeres diferentes se quejaron de que sus derechos al amparo de la Convención fueron violados porque tuvieron que viajar desde la República de Irlanda hasta la Gran Bretaña con el fin de poder tener un aborto seguro y legal. Las circunstancias de las mujeres eran diferentes, pero ellas representaban a una comunidad grande de mujeres irlandesas que se ven obligadas a viajar al extranjero para tener acceso a servicios de aborto legales.

[130] A - Ella era soltera, desempleada y viviendo en la pobreza. Tenía cuatro hijos pequeños, los cuales estaban bajo cuidado tutelar, como consecuencia de los problemas que ella había tenido debido a su alcoholismo. Su embarazo fue accidental, ya que ella creía que su pareja era infértil. Ella estaba preocupada por la posibilidad de que este niño pondría en peligro su salud y la posible reunificación de su familia. Pidió dinero prestado (650 euros) a un prestamista con una tasa alta de interés a fin de llevar a cabo el aborto en Inglaterra.

[131] B - Ella quedó embarazada sin quererlo. No podía hacerse cargo sola

de un hijo. Viajó a Londres sólo para el aborto.

[132] C - Viajó a Inglaterra para abortar creyendo que eso no sería posible en la República de Irlanda. Ella había estado recibiendo quimioterapia debido a una forma rara de cáncer cuando sin quererlo quedó embarazada. Fue imposible pronosticar los efectos del embarazo en su situación de cáncer y ella no podía recibir la quimioterapia durante el primer trimestre del embarazo debido al riesgo que había para el feto. Se quejó de que, debido al efecto desalentador de la legislación irlandesa, no tuvo información suficiente sobre los efectos del embarazo en su salud y vida, y sobre los ensayos previos de cáncer en el feto. Ella tuvo que viajar a Inglaterra para abortar.

[133] La Corte acordó que, respecto de las tres solicitantes, sus derechos según el Artículo 8 fueron contratados. Se dice ahí:

“Si bien el Artículo 8, no puede, por consiguiente, interpretarse que otorga el derecho al aborto, la Corte considera que la prohibición del aborto en Irlanda se estableció por razones de salud y/o bienestar sobre los cuales el primero y el segundo de los solicitantes se quejaron, y la tercera solicitante alegó la presunta incapacidad de establecer sus derechos a un aborto legal en Irlanda, lo cual está dentro del alcance de sus derechos al respeto de su vida privada y, en consecuencia, según el Artículo 8”.

[134] La Corte consideró entonces respecto de A y B si esta interferencia estaba justificada en virtud del Artículo 8, sección 2. Es necesario considerar si la interferencia fue “de conformidad con la ley y necesaria en una sociedad democrática para uno de los fines legítimos que se especifican en el Artículo 8 de la Convención” (párrafo 218).

[135] No hubo dificultad alguna para llegar a la conclusión de que la interferencia fue de acuerdo con la ley. Se registró en el documento de Open Door Consulted Limited v Ireland [1993], 15 EHRR 244, que la protección concedida en virtud de la ley irlandesa para el derecho a la vida de la víctima “se basó en valores morales profundos acerca de la naturaleza de la vida que se refleja en una actitud de la mayoría del pueblo irlandés contra el aborto durante el referéndum de 1983”. Ha habido más apoyo de otros referendos incluyendo el rechazo al Tratado de Lisboa en 2008 y la posterior ratificación del Tratado de Lisboa tras un protocolo especial que confirma que nada en el

Tratado afectaría a “la protección constitucional del derecho a la vida de un niño por nacer”. La Corte rechazó las encuestas de opinión limitada de los solicitantes que indicaban un cambio de opinión irlandesa desde entonces. Se llegó a la conclusión de que las restricciones impugnadas sobre el aborto, por lo tanto, perseguían un objetivo legítimo, a saber, la protección de la moralidad de que en Irlanda la protección del derecho a la vida del feto es uno de los aspectos.

[136] Luego se pasó a considerar si la interferencia era “necesaria en una sociedad democrática”. Se dice en el párrafo [229]:

“En este sentido, la Corte debe examinar si existía una necesidad social apremiante para la medida en cuestión, y, en particular, si la interferencia era proporcional al objetivo legítimo perseguido, teniendo en cuenta el justo equilibrio que debe buscarse entre los correspondientes intereses contrapuestos respecto del cual el Estado goza de un margen de apreciación”.

[137] Para contestar esta pregunta, se señaló que el margen de apreciación se restringió generalmente cuando, como en este caso, “un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego”. Donde no hay un consenso es “dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la importancia de los intereses en juego o como el mejor medio de protegerla, especialmente cuando el caso plantea delicadas cuestiones éticas, morales o si el margen será mayor”.

[138] Se reconoce que las autoridades del Estado están en mejores condiciones para juzgar “no sólo sobre el contenido **exacto de los requisitos de la moral** en su país, sino también en la necesidad de una restricción destinados a satisfacerlas”.

[139] La Corte consideró que existía un amplio consenso entre los Estados contratantes, pero no consideró que este consenso redujo el amplio margen de apreciación y expuso en el párrafo 237 lo siguiente:

“Es de vital importancia es el hallazgo en el citado caso Vo, mencionado anteriormente, que la cuestión de si el derecho a la vida comienza cuando aparece el margen de apreciación de los estados ya que no existía un consenso europeo

sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida, por lo que fue imposible responder a la pregunta de si el feto es una persona a ser protegida conforme a los fines del Artículo 2. A partir de los derechos reclamados a favor del feto y de la madre los cuales están íntimamente interconectados, el margen de apreciación otorgado a una protección del feto por el Estado necesariamente se traduce en un margen de apreciación de ese Estado en lo que respecta a un equilibrio con los derechos contrapuestos de la madre. De ello se deduce que, incluso si se deduce de las leyes nacionales referidas que la mayoría de las partes contratantes podrán haber resuelto en sus legislaciones tales derechos e intereses en conflicto en favor de un mayor acceso al aborto legal, entonces este consenso no puede ser un factor decisivo en el examen de la Corte de si la prohibición impugnada sobre el aborto en Irlanda referente a la salud y el bienestar afectan el equilibrio justo entre los derechos e intereses en conflicto, a pesar de una interpretación evolutiva de la Convención”.

[140] Se pasó luego a concluir en el apartado [241]:

“En consecuencia, teniendo en cuenta el derecho a viajar al extranjero legalmente por un aborto con un acceso a la información adecuada y atención médica en Irlanda, la Corte no considera que la prohibición del aborto en Irlanda por razones de la salud y bienestar, con base en la profunda moral del pueblo irlandés en cuanto a la naturaleza de la vida y de la consiguiente protección que se otorga al derecho a la vida del feto, supera el margen de apreciación otorgado a ese respecto al Estado Irlandés. En tales circunstancias, la Corte de Justicia considera que la prohibición impugnada en Irlanda establece un equilibrio justo entre el derecho de los solicitantes primero y segundo respecto de su vida privada y de los derechos

invocados a favor del hijo por nacer”.

Así pues, la decisión de dar el Estado irlandés una amplia medida de apreciación sobre el tema de la protección al feto cuando el margen de apreciación de que habría sido normalmente mucho menor dependió de la conclusión a que hubo llegado la Corte sobre la “profunda moral del pueblo irlandés en cuanto a la naturaleza de la vida”, el derecho a la vida garantizado por la Constitución Irlandesa a partir de la fecha de la concepción.

[141] En el caso presente, las pruebas aportadas por el solicitante de los sondeos de opinión que pretendía demostrar que una mayoría abrumadora de la población de Irlanda del Norte estaba en favor del aborto. Poco valor se le puede atribuir a ello, ya que depende de la naturaleza de las preguntas hechas, de las circunstancias en que fueron planteadas y de la naturaleza de las personas elegidas. La Corte no puede estar muy de acuerdo de que estos resultados son el reflejo de las opiniones de la gente de Irlanda del Norte. Es simplemente imposible saber cómo la mayoría de las personas consideran el aborto en Irlanda del Norte sin un referéndum. Dicho referéndum es probable que sea polémico y polarizar aún más una comunidad dividida con otras divisiones. Es cierto que no hay voluntad política para cambiar la ley del aborto con el fin de permitir estas excepciones y que se refleja en las declaraciones realizadas por el Procurador General. La demandada es algo más circunspecta. Según la Sra. XXX, el Departamento “no considera que tales cambios sean necesarios para lograr el cumplimiento de los requisitos de la CEDH, sino que considera que los cambios propuestos son de interés público”. (Estos cambios eran mucho más limitados que los buscados en la presente solicitud.) Sin embargo, no hay pruebas ante la Corte en cuanto a la “profunda moral del pueblo de Irlanda del Norte en cuanto a la naturaleza de la vida”. Como se ha comentado anteriormente, no hay un derecho a la vida en Irlanda del Norte según el Artículo 2 o en virtud del derecho común para el feto, aunque el estatuto no otorga una mayor protección para el nonato que en Inglaterra y Gales. Pero Irlanda del Norte es significativamente diferente a la República de Irlanda, donde la Constitución, tal como lo interpretan las Cortes, garantiza el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. También existe evidencia convincente de los diversos referéndums en la República de Irlanda, que la mayoría de los ciudadanos de ese país tiene opiniones de “profunda moral en cuanto a la naturaleza de la vida”.

[142] Se afirma que las disposiciones impugnadas son proporcionales y que, como en los casos A, B y C, existe el derecho de las mujeres de Irlanda del Norte de viajar a Inglaterra que han quedado embarazadas y que quieren abortar. Tengo tres problemas con este argumento, aunque justo es decir que

no tuvo problemas en el caso de Estrasburgo. Estos son:

- (i) Si es moralmente incorrecto el abortar un feto en Irlanda del Norte, lo es también moralmente incorrecto el hacerlo en Inglaterra. No es cuestión de morales el llevar el problema a otra jurisdicción y luego hacerse de la vista gorda.
- (ii) Si el objetivo es evitar el aborto, entonces seguramente no se puede decir que el aborto está libremente disponible en otros lugares y que los servicios necesarios se pueden obtener recurriendo fácilmente en una jurisdicción vecina. No hay ninguna evidencia ante esta Corte, y la Corte de ninguna manera ha intentado restringir las pruebas alegadas por cualquiera de las partes, que la ley de Irlanda del Norte ha dado por resultado una reducción en el número de abortos conseguidos por las mujeres de Irlanda del Norte. Sin duda, esto ha puesto a estas mujeres que tenían que tener sus abortos en Inglaterra bajo un mayor estrés, tanto desde el punto de vista financiero como emocional, obligándolas a tener dicho acto fuera de casa.
- (iii) **No cabe duda** de que la ley la ha dificultado mucho a aquellas personas con medios limitados el viajar a Inglaterra. Son ellas quienes probablemente se ven más afectadas en su intención de interrumpir su embarazo si no pueden conseguir ayuda humanitaria. La protección de las morales no debería considerar una restricción que perjudica a los pobres, pero no a los ricos. Esto implica que hay una ley para los ricos y una ley para los pobres.

[143] Aunque la Corte en el caso de A, B and C v Irlanda, rechazó las afirmaciones de A y B, y en el caso de C se tuvo éxito en virtud del Artículo 8 con base en el fracaso del gobierno irlandés de introducir “un procedimiento” por el cual C podría haber establecido si ella cumple con los requisitos para tener un aborto legal en Irlanda sobre los motivos de una situación de riesgo para su vida durante el embarazo. La Corte llegó a la conclusión de que no existía un marco legal o reglamentario que le permitiera a C saber si calificaría para tener un aborto legal, de conformidad con el Artículo 40.3.3 de la Constitución. Hubo, pues, una violación al Artículo 8 en ese sentido en particular. La cuestión de las excepciones para el aborto debido a embarazos resultantes de delitos sexuales o porque las mujeres portaban una malformación grave del feto (FFA, por sus siglas en inglés) o una anomalía fatal del feto (SMF por sus siglas en inglés), no pasó ante la Corte. La Corte no encontró si hubo algún derecho al aborto, lo cual es un asunto muy diferente. Pero la decisión se basó en el hecho de que el feto tenía el derecho a la vida que garantiza la Constitución desde el momento de la concepción y

en la profunda moral del pueblo de la República de Irlanda en cuanto a la naturaleza de la vida.

[144] No hay autorización directa proveniente de Estrasburgo sobre la cuestión ante esta Corte. Sólo hay unas pocas orientaciones. Estrasburgo ha determinado que cada Estado debe contar con un amplio margen de apreciación para decidir cuando los abortos legales pueden ser llevados a cabo. Por lo tanto, la Corte debe formar su propia opinión con respecto a si las disposiciones impugnadas infringen el Artículo 8 al impedir que una mujer tenga un embarazo cuando haya un SMF, un FFA o cuando el embarazo sea consecuencia de un delito sexual.

[145] Una interferencia que se establezca en virtud del Artículo 8, sección 1, que sea una interferencia a la autonomía personal de las mujeres que hayan quedado embarazadas con SMF, FFA, o como resultado de un delito de carácter sexual, la interferencia entonces tiene que ser justificada por el Gobierno. Según la jurisprudencia de Estrasburgo (p. ej., véase S and Marper v UK [2009], 48 EHRR 50), tal justificación se basa en tres aspectos separados. La interferencia deberá ser:

- (a) De conformidad con la ley.
- (b) Para un propósito legítimo.
- (c) Necesaria en una sociedad democrática.

[146] No hay duda de que la interferencia es conforme a la ley, protegida como tal por un estatuto.

[147] El siguiente asunto es “¿la interferencia persigue un fin legítimo?” Como se mencionó, aun cuando la vida intrauterina no goza de la protección del Artículo 2, constituye un fin legítimo protegerla. La protección de los principios morales, que refleja la profunda visión moral de Irlanda del Norte en cuanto a la naturaleza de la vida, es más problemática. No existe un testimonio de una u otra manera de las opiniones de la gente de Irlanda del Norte.

[148] Por los motivos antes mencionados, considero que es un fin legítimo mantener la prohibición sobre el aborto, cuando el feto sea viable y el nonato enfrente una discapacidad que no sea mortal. Debería haber igualdad de tratamiento, por un lado, entre el feto que se convertirá en un niño sin

discapacidad física o mental y, por el otro, el feto que se convertirá en un niño con una discapacidad física y/o mental que no sea mortal. Sin embargo, resulta ilegítimo y desproporcionado (ver a continuación) que se establezca una prohibición sobre el aborto tanto de un feto condenado a morir porque una anomalía mortal lo vuelve incapaz de existir fuera del vientre materno y el feto viable concebido como resultado de un delito sexual, pero incapaz de gozar de una existencia independiente.

[149] El último asunto, es decir implica necesariamente considerar si existe “una necesidad social apremiante” para la interferencia. Esto implica considerar si los medios empleados son proporcionales al fin legítimo que persigue el estatuto. Como lo explicó Lord Reed en *Bank Mellat v HM Treasury (No 2)* [2014] AC 700 en el párrafo [72], esto requiere que se respondan cuatro preguntas específicas:

- a) ¿Es el objetivo legislativo lo suficientemente importante que justifique limitar un derecho fundamental?
- b) ¿Las medidas que se diseñaron para lograr están racionalmente vinculadas con el mismo?
- c) ¿No son más que las necesarias para lograrlo?
- d) ¿Logran un equilibrio justo entre los derechos de las personas y los intereses de la comunidad?

¿Objetivo Político?

[150] La protección de la vida intrauterina y la protección de los principios morales con base en la profunda visión de la gente de Irlanda del Norte sobre el significado de la vida constituyen fines legítimos.

¿Vinculación Racional?

[151] En *S and Marper v Reino Unido* [2008] 25 BHRC 557 el TEJ concluyó en el párrafo 101 que para que exista un vínculo entre el objetivo de una medida y sus términos, éste tendría que basarse en pruebas reales. Lord Kerr en *Gaughran v Jefe de Policía para Irlanda del Norte* [2015] NI 55 en el párrafo [64] comentó:

“La mera afirmación que existe dicho vínculo no basta, mucho menos la especulación o conjetura que exista dicho vínculo”.

[152] Lord Reed en *Bank Mellat No 2* citó a Wilson J en el caso canadiense de *avagne v el Sindicato de Trabajadores de Servicios Públicos de Ontario* [1991] 2 SLR 211 en 291. Comentó que de si existía un vínculo racional entre los objetivos y los medios para lograrlos requiere que la parte demuestre que las metas legislativas pueden lograrse de una forma lógica a través de los medios que hayan sido seleccionados por la legislatura. Lord Reed además afirmó que:

“El texto apunta hacia una prueba causal: una medida está naturalmente vinculada con su objetivo si se puede esperar en forma razonable que su implementación contribuya al logro de dicho objetivo”.

[153] Podría resultar difícil aportar evidencia en torno al efecto sobre los principios morales. Resulta difícil probar que una medida en particular promoverá una perspectiva moral en particular. No hay un motivo por el que un Estado no pueda confiar en la lógica de una medida que produzca cierto resultado. Es importante protegerse contra el daño aludido por Lord Sumption en *Nicklinson* en el párrafo [230] del juez que impuso su propia opinión personal y de “que carece de legitimidad constitucional”.

[154] Sin embargo, cabe mencionar que el Gobierno en este caso a diferencia del Estado en *A, B y C v Irlanda* ha optado deliberadamente por no ofrecer pruebas sobre el tema de la justificación. Por lo que se le invita al Tribunal a inferir que la imposición de sanciones penales a mujeres que tienen abortos o se someten a ellos en Irlanda del Norte da como resultado un menor número de abortos en estas categorías. Existe evidencia que dicha disposición, que obliga a las jóvenes a viajar a Inglaterra y Gales, puede tener como consecuencia la imposición de una carga agobiante sobre aquellas mujeres que son menos capaces de soportarla si no obtienen ayuda humanitaria. El tribunal puede entender que para aquellas mujeres que no cuentan con apoyo ya sea de sus familias o de una institución de beneficencia, estas disposiciones penales que las obliga a viajar al extranjero para practicarse un aborto les impondrá una pesada carga económica. Dicha carga será mucho más pesada sobre aquellas mujeres con recursos limitados. La protección de los principios morales, como he observado, no debe contemplar una restricción que penalice

a los necesitados pero que pueda ser ignorada por los ricos. Lo que no está sujeto a polémica es que hacer que las mujeres viajen a Inglaterra y Gales en estas categorías excepcionales, es decir aquellas mujeres embarazadas con anomalías fetales mortales (FFA) o como resultado de un delito sexual, les suponen grandes exigencias tanto emocionales como económicas.

[155] Como he mencionado, ni la parte demandada ni el Procurador General han buscado presentar alguna prueba estadística que demuestre que el régimen actual del aborto es eficaz para salvar la vida intrauterina, pero no para facilitarles a las mujeres en estas circunstancias excepcionales terminar sus embarazos. Es razonable concluir en todas las circunstancias que es posible que pueda obtenerse dicha evidencia de la policía y/o las autoridades sanitarias.

¿No más de lo necesario?

[156] No se ha presentado evidencia alguna ante este Tribunal de que penalizar el aborto con la pena máxima de cadena perpetua para las mujeres embarazadas involucradas sea la mínima necesaria para evitar el aborto en los casos de estudio aquí presentados.

[157] Sin embargo, ha habido mucho debate sobre la medida menos restrictiva cuando se considera que la interferencia con un derecho bajo alguna Convención es la interferencia correcta que se debe aplicar. Tanto Arden LJ de la Ley de Derechos Humanos Europea (2015) OUP, p60 y Richards LJ de R (Wilson) v Consejo Distrital de Wychavon [2007] QB 801 sugieren que esto no forma parte integral de la determinación de si una interferencia es proporcional y “un factor que deba ponderarse, pero... no debe exigirse en todos los casos”. Lord Kerr expresó su desacuerdo en Gaughran v Jefe de Policía del Servicio Policiaco de Irlanda del Norte [2015] UKSC 29 párrafos [74] y [75]. En mi opinión, la prueba menos invasiva es la jurisprudencia, ya que ésta ha sido aprobada por la Suprema Corte en Bank Mellat (No 2). Sin embargo, la postura legal sigue siendo incierta. En la aplicación actual, no existe evidencia convincente que la posible penalización de las mujeres en estas categorías excepcionales satisface la prueba menos invasiva.

¿Equilibrio correcto?

[158] Existen bases sólidas para sugerir que cuando un juez está considerando si una disposición de algún estatuto es proporcional, el juez debe ejercer suma cautela. Él debe hacer gala de deferencia judicial y moderación.

Como he mencionado, hay un fuerte apoyo de la gente de que cualquier revisión por parte de Tribunal es “laxa”. Esto tiene mucho sentido.

[159] XXX recientemente escribió en el *Times* de Irlanda sobre las restricciones penales respecto del aborto en la República de Irlanda en un artículo intitulado *Shining light on abortion - one of Ireland's unknown knowns* (“Sacar a la luz el aborto – uno de los temas conocidos desconocidos del Irlanda”):

“Por un lado, la mujer tiene el derecho constitucional de viajar al extranjero para practicarse un aborto”. Por el otro lado, si ella realiza el mismo acto en Irlanda, ella y su doctor y cualquier otra persona que la haya ayudado tendrán que enfrentar una pena de 14 años de prisión – una sentencia mucho más larga que la que normalmente se impondría, por ejemplo, por violar a un niño”.

Desde luego, esto causa polémica y él no está comparando dos cosas iguales. Él está comparando la sentencia máxima de una categoría de delitos contra la sentencia que es probable que se imponga en otra categoría de delitos, dos conceptos completamente distintos. Pero vale la pena dejar claro este punto porque la proporcionalidad al fin y al cabo implica, como lo comentó hace muchos años Lord Diplock, no “querer matar moscas a cañonazos si se puede obtener el mismo resultado sin ejercer tanta fuerza”.

[160] Los doctores saben cuándo un feto presenta FFA. Éste es primordialmente un diagnóstico médico no una sentencia judicial. En esas circunstancias, el doctor puede tener la certeza razonable que el feto no podrá vivir en forma independiente fuera del vientre materno. Ese conocimiento se le debe informar a la madre. Pero aún peor, la madre sabrá que el feto puede morir en cualquier momento dentro de su vientre y si se le deja ahí, a la larga podría envenenarla. No cabe duda de que la incapacidad de la madre para poder tener acceso a un aborto en esas circunstancias constituye una grave interferencia a su autonomía personal. Como se mencionó, un feto normal no tiene el derecho a la vida bajo el Artículo 2, aunque no cuente con algunas protecciones estatutarias. Pero en caso de una FFA, no hay vida alguna que proteger. Cuando el feto vive en el vientre materno, no puede sobrevivir de manera independiente. Está condenado a morir. No hay nada que sopesar. No hay ninguna vida que proteger. Además, no se ha presentado ningún elemento

de prueba ante el tribunal de que una parte considerable de la comunidad de Irlanda del Norte, y mucho menos la mayoría, requiera que una madre lleve a término su embarazo. Por lo tanto, incluso en una revisión laxa, puede decirse que un alto grado de confianza que no es proporcional negarse a proporcionar una excepción a las sanciones penales impuestas mediante las disposiciones impugnadas en este caso en particular.

[161] El delito penal es la intromisión más repugnante en la autonomía de una mujer bajo las más viles circunstancias. En algunos casos, el delito penal puede ocasionar que una mujer quede embarazada. El embarazo de esa mujer no es un acto voluntario. Ella se vio forzada a ello. No se le pidió que llevara en su vientre a un feto, ni siquiera ella quería llevar a término un embarazo. En Irlanda del Norte ella está obligada a hacerlo o corre el riesgo de recibir una sanción penal si da por terminado su embarazo, salvo que pueda ampararse en algunas de las excepciones de Bourne. Lo que pese en la báscula es el derecho de vida del feto, el producto de este delito penal. Como se discutió con anterioridad, el feto no tiene ningún derecho bajo el Artículo 2. Cuenta con una protección limitada por estatuto cuando él puede vivir de manera independiente del vientre humano.

[162] Además, no cabe duda de que, como comenté, la ley actual impone una carga desproporcionada sobre la víctima de un delito sexual. Ella tiene que enfrentar todos los peligros y problemas, emocionales o de otro tipo, de llevar el feto en su vientre por el cual ella no asume ninguna responsabilidad legal, sino que ella es meramente un recipiente en el cual lleva el hijo de un violador y/o de una persona que haya cometido incesto o ambos. Durante muchas semanas después de fecundación ilegal el feto es incapaz de existir fuera del vientre de la madre. La ley no hace ningún intento por equilibrar, en esas circunstancias particulares, los derechos de una mujer. Al hacerlo, la ley está ejerciendo la prohibición de realizar un aborto en contra de una víctima inocente de un crimen de forma tal que deja de prestar atención por completo a las circunstancias personales de la víctima. Puesto en la balanza se encuentra el feto, incapaz de existir de manera independiente durante muchas semanas del embarazo. El hecho de imponer una prohibición total sobre el aborto, reforzada con sanciones penales, evita con eficacia toda consideración de los intereses de cualquier mujer cuya autonomía personal en esas circunstancias haya sido invadida de manera vil y cobarde. Una ley tan encuadrada, no puede decirse que sea proporcional. El tema separado de en qué momento el feto es capaz de vivir de manera independiente, como lo comenté con anterioridad, es primordialmente una cuestión médica, aunque los tribunales en el pasado se han pronunciado sobre este tema: o. ej. ver C v S (1988) QB 135.

[163] La destrucción de un hijo es un delito estatutario tanto en Inglaterra y Gales como en Irlanda del Norte, ya que implica el delito de matar a un feto nonato pero viable, que es un hijo “capaz de nacer vivo” antes de que tenga una “existencia independiente”. En Inglaterra y Gales el delito fue creado por el Artículo 1(1) de la Ley de (Conservación) de la Vida Infantil de 1929. Sin embargo, un médico practicante registrado que dé por terminado un embarazo de acuerdo con la Ley de Abortos de 1967 no comete este delito: ver Secciones 5(1) de la Ley de Abortos. En Irlanda del Norte la disposición equivalente a el Artículo 1(1) es el Artículo 25(1) de la Ley de 1945. Sin embargo, un médico practicante registrado en Irlanda del Norte que dé por terminado un embarazo no podrá utilizar ningún medio de defensa estatutaria.

[164] La destrucción del hijo puede llegar en una etapa posterior al aborto cuando el aborto se limita al periodo hasta cuando el feto es capaz de existir de manera independiente de la madre. Obviamente, existe una coincidencia considerable entre la destrucción de un hijo y un aborto, que requiere el intento de provocarse un aborto ilícito cuando el feto es capaz de existir en forma independiente.

[165] Cuando un feto es capaz de existir en forma independiente de la madre, tanto con respecto al aborto como a la destrucción de un hijo, existe un contrapeso a los derechos de la madre. Existe algo que debe sopesarse y que está expresamente reconocido por estatuto. Además, cuando el aborto es legalmente accesible antes de que el feto sea capaz de tener una existencia independiente, la madre debe haber permitido que el feto se desarrollara para que llegara a la etapa de desarrollo. Ella tendrá la decisión de no buscar el aborto. En cambio, ella habrá permitido que el feto se desarrolle y sea capaz de tener una existencia independiente. En esas circunstancias, puede decirse que, al ejercer la deferencia y moderación debidas y necesarias, la prohibición de que se destruya un hijo bajo la Ley de 1945 no es desproporcional.

[166] La postura ante las malformaciones graves fetales (SMF) es diferente. Dejando a un lado si es un fin legítimo abortar un feto debido a una imperfección mental o física, y si viola el Derecho Comunitario y, por lo tanto, no puede ser promulgada de manera legal por la Asamblea debido a el Artículo 6(2)(d) de la Ley de 1998, debe reconocerse que la penalización del aborto en caso de una SMF sí interfiere con la autonomía de la mujer. Pero, para ponerse en la balanza, es el hecho de que el feto tiene la posibilidad de desarrollarse en un hijo aun cuando tenga que hacer frente a una incapacidad mental y/o física. Pero ese hijo será capaz de disfrutar de la vida. Además, no es posible definir qué es una SMF. No se ha ofrecido una definición satisfactoria al

tribunal. Es y sigue siendo un tema sumamente conflictivo sobre el cual los médicos practicantes no pueden llegar a un acuerdo, y mucho menos el público en general. Sencillamente no es posible cuando se ejerce una restricción judicial en una revisión laxa a la luz de toda evidencia decir que el hecho de no poder ofrecer una excepción para una SMF (sea cual fuere su forma) bajo las disposiciones impugnadas no es proporcional.

P. ARTÍCULO 14

[167] “PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

“El goce de los derechos y libertades que establece este Acuerdo estará garantizado sin que exista una discriminación basada en motivos de cualquier tipo, como sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen social o nacionalidad, asociación con una minoría nacional, bienes, nacimiento u otro estatus”.

[168] Este artículo establece el derecho a no ser discriminado sólo con respecto a otro derecho establecido en el Acuerdo y sus protocolos. No existe un derecho independiente a reclamar bajo este Artículo que se encuentre fuera del alcance de los otros derechos del Acuerdo. He observado que existe una violación del Artículo 8 y que, por lo tanto, la consideración que se le da al Artículo 14 es en sentido estricto innecesaria: p. ej., ver párrafo [16] de Dudgeon v Reino Unido y A, B y C v Irlanda en el párrafo [270]. La postura normal es que si un tribunal considera que existe una responsabilidad por violación o posible violación de las disposiciones sustantivas de un artículo adoptadas de manera independiente, como se hace en este documento, entonces con frecuencia no tomará en cuenta el Artículo 14, aun cuando pudiera hacerlo.

[169] Por consiguiente, Lester, Pannick & Herberg sobre la Ley de Derechos Humanos y la Práctica (3ª Edición) en 14.15 sugiere que la prueba aplicada por el Tribunal para decidir si se debe considerar una reclamación bajo el Artículo 14 en estas circunstancias es “si la clara desigualdad de trato en el goce de un derecho sustancial es un *aspecto fundamental* del caso”. No considero que ésa sea la postura en este documento. No se ha presentado evidencia alguna ante el tribunal en ese respecto.

[170] Sin embargo, me han informado por todos lados que es probable que este caso se remita a apelación independientemente de la parte vencedora en primera instancia. Considero que debo exponer mis opiniones al Tribunal de Apelación. La denuncia sobre la penalización de estas categorías en particular de mujeres embarazadas aplica con la misma fuerza a cualquier mujer que se embarace en Irlanda del Norte salvo que se incluya en las excepciones Bourne. Dicho de otra manera, la Comisión no ha comprobado que exista discriminación alguna en todos los supuestos de discriminación prohibidos.

[171] Además, ahora está claro tras el fallo del Tribunal de Apelaciones en The Queen sobre la solicitud A (un Hijo, por su amiga en litigio B) y B v el Secretario de Estado de Salud y Alianza [2015] EWCA Civ 771 que los otros fundamentos formulados en relación con cuestiones de trato diferencial de las mujeres embarazadas de Irlanda del Norte en comparación con las que residen en Inglaterra y Escocia carecen de sustancia. Al afirmar que el fallo de XXX del Tribunal de Apelaciones en Inglaterra dejó en claro que no hubo discriminación directa o indirecta. XXX en la sentencia principal concluyó que la negación del derecho al libre aborto para las mujeres de Irlanda del Norte estuvo “dentro del ámbito de un artículo”, pero él convino que “no hubo discriminación sobre ningún fundamento prescrito”. Además, concluyó que está “completamente justificado que el Secretario de Estado no haga excepción alguna para las mujeres de Irlanda del Norte”.

[172] Por lo tanto, concluyo que no existe base alguna para reclamar una violación del Artículo 14, cuando se considera en forma conjunta con el Artículo 8, o para nada.

Q. EXENCIÓN

[173] He determinado que el hecho de no otorgar excepciones a la ley que prohíbe el aborto con respecto a FFA en cualquier momento y a los embarazos debidos a delitos sexuales hasta la fecha cuando el feto sea capaz de una existencia independiente de la madre, es contrario al Artículo 8 del Acuerdo. Para evitar cualquier duda, no considero que la prohibición al aborto del feto una vez que es capaz de una existencia independiente de la madre o a la destrucción de un hijo sea contraria al Artículo 8. El tema ahora es qué exención se debe otorgar.

[174] Está claro que la Ley de 1861 es la legislación principal a diferencia de la Ley de 1945, que es una legislación subordinada y puede quedar sin efecto por este tribunal por falta de competencia, salvo en los casos en que se

haya hecho “en el ejercicio de una facultad de la legislación primaria” y “la legislación primaria en cuestión impida la eliminación de la incompatibilidad”. Es sólo en esas circunstancias que se podría emitir una declaración de incompatibilidad: ver Sección 4(3)-(4) de la HRA. Sin embargo, ambas Secciones 58 y 59 prohíben que se emprendan acciones **ilegales** para provocarse un aborto. Si el tribunal está en lo correcto en sus conclusiones, entonces ¿pueden las Secciones 58 y 59 interpretarse en un sentido menos estricto para asegurarse que no se cometa ningún crimen con respecto a las terminaciones de FFA en cualquier momento y a los embarazos debidos a delitos sexuales antes de que el feto sea capaz de existir en forma independiente de la madre, porque dichas acciones no son **ilegales** dados los hallazgos de este tribunal?

[175] Además, dada la conclusión de este tribunal de que la ley es desproporcionada en estos casos excepcionales y que no es compatible con el Acuerdo, existe un sólido argumento de que cualquier decisión de procesar en dichos casos también sería un abuso de la ley.

[176] Ninguna de las partes a esta solicitud hizo ninguno de estos argumentos. Dado que el tribunal no ha escuchado a las partes sobre estos asuntos, considero conveniente proporcionarles una nueva oportunidad de presentar alegatos antes de que llegue a una conclusión.

[177] Si el tribunal determina que no es posible interpretar la legislación cuando se cumple con un Acuerdo o evitar un procesamiento judicial cuando se violan los derechos de la mujer bajo el Artículo 8, el tribunal tiene que considerar si es adecuado hacer una declaración de incompatibilidad. Una posibilidad que me han solicitado es que el tribunal no haga nada y se lo deje a la Suprema Corte ya que es el único foro adecuado para otorgar dicha exención, si, después de la debida consideración, lo considera adecuado otorgarla. Pero este enfoque pusilánime privaría a la Suprema Corte de una opinión, que, quizás, esté en mejores condiciones de reflejar las condiciones locales.

[178] El tribunal cuenta con la facultad discrecional, en caso de ser necesario, de hacer una declaración de incompatibilidad tras el hallazgo de que las disposiciones impugnadas violaron los derechos del Artículo 8 de las mujeres embarazadas con FFA o que estén embarazadas como consecuencia de un delito sexual. Por lo general, un Tribunal ejercerá su discreción y hará una declaración como último recurso. En Bellinger v Bellinger [2003] UKHL 21 Lord Nicholls de Birkenhead dijo en el párrafo [55]:

“No me convencen estos alegatos. Si se demuestra que una disposición de una legislación primaria no es compatible con el derecho bajo un Acuerdo, el tribunal, a su entera discreción, podrá hacer una declaración de incompatibilidad bajo el Artículo 4 de la Ley de Derechos Humanos de 1998. En el ejercicio de esta discreción, el Tribunal ha considerado todas las circunstancias. En el presente caso, el Gobierno no ha buscado poner en tela de juicio la decisión del Tribunal Europeo de la Ley de Derechos Humanos 35 EHRR 447. De hecho, se compromete a dar efecto a esa decisión. Sin embargo, cuando los procesos legales se encuentran todavía ante la Cámara de Representantes, es recomendable que, en un caso de tal magnitud, esta Cámara de Representantes, como Tribunal de apelación final en este país, registre formalmente que el estado actual de un derecho escrito no es compatible con el Acuerdo. Por lo tanto, yo haría una declaración de incompatibilidad”.

En Bellinger en el párrafo [79] Lord Hobhouse dijo con respecto al argumento presentado por el abogado ante el Gobierno que no debería hacerse dicha declaración y comentó que:

“Estos argumentos deben ser rechazados. El demandante y Ms Bellinger en el ejercicio de sus derechos bajo el Artículo 12 desean celebrar un matrimonio válido tan pronto como la legislación del Reino Unido así lo permita. Otras personas desean hacer lo mismo. El Gobierno no puede dar ningún tipo de aseguramiento acerca de la introducción de una legislación compatible. Se incurrirán costos políticos sobre la redacción y promulgación de la nueva legislación y el tiempo legislativo que se ocupe. Al haber establecido que existe incompatibilidad, deberá hacerse una declaración bajo el Artículo 4”.

[179] Lester, Pannick & Herberg sobre la Ley de Derechos Humanos y Práctica (3ª Edición) en 2.4.2 mencionan con respecto a una disposición de la legislación primaria que el tribunal consideró que es incompatible con un derecho del Acuerdo:

“Ésta es una facultad discrecional, pero una que el Tribunal por lo general ejercería”.

[180] Lord Neuberger dijo en Nicklinson en el párrafo [115]:

“En mi opinión, incluso si los hechos y argumentos justificaron una declaración de incompatibilidad, no sería conveniente hacerla en esta etapa”. “Dicha opinión se basa en las consideraciones sobre la proporcionalidad en el contexto de la competencia institucional y legitimidad son bien formuladas por Lord Mance...”

La opinión de Lord Neuberger fue compartida por otros miembros de la Suprema Corte con la excepción de Lord Kerr y la Baronesa Hale. La opinión de estos jueces fue que era obligación del Tribunal hacer la declaración de incompatibilidad aun cuando el asunto a considerar se incluyó dentro del margen de apreciación del Estado. Lord Kerr mencionó en el párrafo 327:

“El hecho determinante en la primera apelación es si el Artículo 2(1) de la Ley de Suicidios de 1961 no es compatible con los derechos del demandante bajo el Artículo 8 del Acuerdo Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Si no es compatible, entonces el Tribunal tiene la obligación de hacerlo. Ésa es una obligación que nos ha impuesto el Parlamento. Y es una obligación de la que no podemos quedar eximidos por consideraciones tales como que el Fiscal General pueda optar por implementar la ley de una forma que no infrinja los derechos de los demandantes, o que el Parlamento haya debatido el asunto y haya decidido no derogarlo. Para hacer dicha declaración no usurparemos la función del

Parlamento. Por el contrario, no haremos más de lo que el Parlamento nos obliga a hacer”.

La Baronesa Hale estuvo de acuerdo.

[181] Lord Neuberger expuso detalladamente las razones por las que consideró que no sería conveniente en ese momento ofrecer una declaración de incompatibilidad incluso si lo hubieran convencido los argumentos presentados ante la Suprema Corte en representación del apelante. Estos pueden resumirse de la siguiente manera:

- (i) Dada la naturaleza delicada de los asuntos, el Tribunal adoptará un enfoque prudente.
- (ii) No fue sencillo identificar ni corregir la incompatibilidad.
- (iii) La disposición relevante impugnada recientemente se tomó en consideración en muchas ocasiones y actualmente se decidió que se incluiría en un debate de la Cámara de los Lores en un futuro cercano.
- (iv) Han pasado menos de 13 años desde que la Cámara de los Lores en R (Pretty) v Fiscal General [2002] 1 AC 800 dejó en claro que no sería conveniente hacer una declaración de incompatibilidad en relación con la disposición impugnada. Ofrecer una declaración de incompatibilidad será “un cambio radical único”.

[182] Tomando en cuenta los argumentos formulados por Lord Neuberger, y los otros miembros de la Suprema Corte, y aceptando la naturaleza extremadamente delicada de los asuntos y el enfoque prudente que el Tribunal necesariamente adoptaría, este Tribunal pretende hacer una declaración de incompatibilidad, sujeto a nuevos argumentos sobre los asuntos antes identificados, por los siguientes motivos:

- (i) En primer lugar, por las razones ofrecidas, las disposiciones impugnadas identificadas no son compatibles con el Artículo 8(1) del Acuerdo con respecto a esas mujeres embarazadas con FFA y/o mujeres que quedan embarazadas como resultado de un delito sexual.
- (ii) En segundo lugar, y más importante, aceptar la demanda de no hacer una declaración de incompatibilidad sería abandonar en el futuro inmediato a las mujeres que quedaron embarazadas y cuyo feto

presenta una anomalía fetal fatal o que quedaron embarazados como resultado de un delito sexual. Ellas son las que tienen derecho a que se les reivindiquen sus derechos bajo el Artículo 8 mediante una declaración de incompatibilidad.

- (iii) Es sencillo identificar y corregir la incompatibilidad como lo demuestra la legislación en otras jurisdicciones. En el caso de un FFA, podrá imponerse un requisito antes de que la terminación tenga lugar, los dos asesores médicos calificados deben estar de acuerdo que el feto es incapaz de una existencia independiente fuera de la madre. En caso de violación y/o incesto, el derecho a abortar puede ejercerse siempre y cuando exista un certificado del oficial de policía a cargo de la investigación y/o el fiscal de que el embarazo es resultado de un delito sexual. El derecho a abortar debe restringirse al periodo inmediato anterior a que el feto sea capaz de vivir de manera independiente fuera del vientre materno. (Cabe mencionar que, con un SMF, resultaría muy difícil mas no imposible definir lo que significa SMF y dar asesoría sobre cuándo y cómo distinguir las diferentes anomalías fetales. Las observaciones de Lord Wilson en el párrafo [203] en Nicklinson son especialmente pertinentes).
- (iv) Estos asuntos altamente delicados no han sido discutidos por la Asamblea y es poco probable que los discuta la Asamblea en un futuro próximo.

(v) La historia de la Asamblea de Irlanda del Norte sugiere que cuando existen temas controvertidos del ámbito moral y religioso que dividen las clases políticas, es de esperarse que se logren pocos avances dado el acuerdo constitucional actual. Este documento no tiene como objetivo criticar, sino reflexionar en lo que sucedió en el pasado. Se tomó 8.5 años producir Documento de Referencia presentado en respuesta a la sentencia del Tribunal de Apelación en la Asociación de Planificación Familiar de Irlanda del Norte v Ministerio de Salud y Servicios Sociales y Seguridad Pública. La elaboración del documento consultativo mediante el cual se pretende abordar los asuntos ante este Tribunal no sólo se llevó un tiempo excesivamente largo, sino que no aborda los embarazos que son resultado de un delito sexual. Tenemos motivos más que suficientes para aceptar como verdaderos, los comentarios del Primer Ministro sobre que todas las propuestas legislativas para la terminación del embarazo independientemente de la categoría están destinadas al fracaso. Los alegatos en favor del Fiscal

General sirven simplemente para subrayar esto.

- (vi) Por último, no ha habido ninguna audiencia ante ningún tribunal en Irlanda del Norte sobre los asuntos particulares que pudiera ser obligatoria o que requiera que este tribunal hiciera un “un cambio radical”.

R. CONCLUSIÓN

[183] Éste es uno de esos casos a los que se refiere Lord Neuberger en el párrafo [104] en Nicklinson:

“Independientemente del caso en concreto, existen bases sólidas para decir que las decisiones difíciles o poco populares que deben tomarse, son en algunas ocasiones más fácilmente captadas por los jueces que la legislatura. Aunque los jueces no son directamente responsables ante el electorado, hay ocasiones en que su relativa libertad de las presiones del momento les permite formarse una opinión más imparcial”.

[184] Por los motivos proporcionados, el tribunal ha determinado que el hecho de no otorgar excepciones a la ley que prohíbe el aborto con respecto a FFA en cualquier momento y a los embarazos debidos a delitos sexuales hasta la fecha cuando el feto sea capaz de una existencia independiente de la madre, es contrario al Artículo 8 del Acuerdo. Les permito a las partes que salgan para que presenten más argumentos antes que determine qué exención debo proporcionar para que refleje los hallazgos del tribunal.