CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN presentadas el 11 de junio de 1991 *

Indice

Hechos y marco jurídico I-4704

Competencia del Tribunal de Justicia I-4706

Concepto de servicios con arreglo al artículo 60 del Tratado CEE I-4707

Alcance y convergencia de las cuestiones segunda y tercera I-4708

¿Está comprendida la prohibición de informar dentro del ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE? I-4711

Razones imperiosas de interés general que pueden justificar restricciones a la libre prestación de servicios I-4715

Examen de una normativa nacional que prohíbe la difusión de informaciones relativas a servicios médicos de interrupción del embarazo I-4718

Examen de normas nacionales en relación con los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Derecho comunitario I-4721

Compatibilidad de la prohibición de informar con los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales I-4723

Conclusión y análisis del artículo 62 del Tratado CEE I-4730

Respuestas que propongo I-4731

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Las cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court de Dublín (en lo sucesivo, «Juez *a quo*») se insertan en el marco de un procedimiento entablado por la Society for the Protection of Unborn Children Ireland Limited (en lo sucesivo, «SPUC» o «demandante en el procedimiento principal») contra un determinado número de personas en su calidad de representantes de una de las tres asociaciones de estudiantes siguientes: the Union of Students in Ireland (en lo sucesivo, «USI»), the University College Dublin Students Union (en lo sucesivo, «UCDSU») y the Trinity College Dublin Students Union (en lo sucesivo, «TCDSU»).

* Lengua original: neerlandés.

Hechos y marco jurídico

2. La SPUC es una sociedad irlandesa, constituida con objeto de impedir la despenalización del aborto y, de modo más general, para proteger el derecho a la vida desde el momento de su concepción.

Tanto la UCDSU como la TCDSU publican una guía dirigida a los estudiantes. Como la edición anterior, la edición 1989/1990 de estas guías anuales incluía un capítulo de informaciones destinadas a las estudiantes encintas. En él se describe el aborto como uno de los recursos posibles en caso de embarazo no deseado. Estas guías indican a este respecto, la denominación, la dirección y el número de teléfono de algunas clínicas situadas en Gran Bretaña en las que puede llevarse a cabo una interrupción médica del embarazo.

La USI publica mensualmente una revista estudiantil titulada *USI News*. El número de febrero de 1989 contiene, entre otras, informaciones sobre la posibilidad de abortar en Gran Bretaña y sobre la forma de ponerse en contacto con las instituciones que practican dicha intervención.

3. El litigio entre la SPUC y los representantes de las asociaciones estudiantiles debe considerarse en el contexto de la normativa irlandesa sobre aborto. Según el artículo 58 de la Offences Against the Person Act 1861, se castigará a la mujer encinta que de propósito se someta a un aborto ilícito. El artículo 59 de la Ley declara que se castigará igualmente a toda persona que ofrezca asistencia ilícita a tal fin. Basándose principalmente en estas disposiciones penales, los órganos jurisdiccionales irlandeses han reconocido el derecho a la vida del *nasciturus* («the right to life of the unborn») desde el momento de su concepción.

Tras un referéndum organizado en 1983, el derecho a la vida del *nasciturus* se incluyó expresamente en la Constitución irlandesa. El nuevo artículo 40.3.3º de esta Constitución es del siguiente tenor literal:

«The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.»**

El 16 de marzo de 1988, la Supreme Court irlandesa dictó en el asunto *The Attorney General at the relation of Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd/ Open Door Counselling Ltd and Dublin Wellwoman Centre Ltd*[1] una sentencia en la que declaró esencialmente:

«The Court doth declare that the activities of the defendants, their servants or agents *in assisting pregnant women* within the jurisdiction to travel abroad *to obtain abortions* by referral to a clinic; by the making of their travel arrangements, or *by informing them of the identity and location of and method of communication with a specified clinic or clinics are unlawfun*, having regard to the pro-

** En inglés en el texto original.
«El Estado reconoce el derecho a la vida del *nasciturus*. Y teniendo en cuenta el derecho de la madre a la vida, se compromete a respetar este derecho en sus leyes y, en la medida de lo posible, a defender y a hacer valer este derecho por medio de sus leyes.»

1 — (1988) Irish Reports, 593.

visions of Article 40.3.3° of the Constitution» (el subrayado es mío).***

4. En el mes de septiembre de 1989, la SPUC llamó la atención de las asociaciones de estudiantes antes mencionadas sobre la referida sentencia de la Supreme Court pidiéndoles que se comprometieran a no publicar en sus revistas, durante el curso académico 1989/1990, informaciones que indicaran la denominación y la dirección de clínicas que practican el aborto y la manera de entrar en contacto con ellas. Las asociaciones estudiantiles hicieron caso omiso de esta petición.

El 25 de septiembre de 1989, la SPUC demandó a los representantes de las tres asociaciones estudiantiles (en lo sucesivo, «demandados en el litigio principal») ante la High Court y solicitó a este tribunal que declarara toda publicación de las informaciones mencionadas incompatible con el artículo 40.3.3° de la Constitución. Al mismo tiempo, la SPUC interpuso un procedimiento de medidas provisionales ante el mismo órgano jurisdiccional, en el que solicitaba que, antes de pronunciarse sobre el fondo, se prohibiera en adelante la publicación de ese tipo de informaciones.

En el procedimiento de medidas provisionales, los demandados en el procedimiento principal alegaron que el Derecho comunitario permite a las mujeres encintas que residan en Irlanda desplazarse a otro Estado miembro que autoriza el aborto a fin de interrumpir su embarazo en un centro médico de dicho país. Afirmaron igualmente que esta libertad derivada del Derecho comunitario implica asimismo el derecho de las mujeres afectadas de obtener en Irlanda informaciones sobre el nombre y la dirección de las clínicas que practican el aborto en los otros Estados miembros y sobre la forma de ponerse en contacto con ellas. Por último, los demandados sostuvieron que habida cuenta del derecho a la información que pueden invocar las mujeres encintas residentes en Irlanda, ellos pueden deducir por sí mismos del Derecho comunitario el derecho a difundir ese tipo de informaciones en Irlanda.

El 11 de octubre de 1989, la High Court dictó una resolución de medidas provisionales en la que resolvía remitir al Tribunal de Justicia un determinado número de cuestiones prejudiciales, que no precisó en aquel momento. No obstante, se abstuvo de pronunciarse sobre la prohibición de publicar solicitada por la SPUC. Esta interpuso recurso de apelación contra esta resolución ante la Supreme Court que, el 19 de diciembre de 1989, acordó la prohibición de publicar solicitada hasta que se resolviera sobre el fondo. Por lo demás, la Supreme Court no reformó la resolución de la High Court en la parte en que acordaba remitir un determinado número de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. No obstante, reconoció a las partes su derecho de solicitar a la High Court que, a la luz de la sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia, reformara la prohibición de publicar pronunciada a instancias de la SPUC.

5. El 5 de marzo de 1990, tras la resolución de la Supreme Court, la High Court decidió, en la ampliación de su resolución de 11 de octubre de 1989, someter al Tribunal de

*** En inglés en el texto original.
«El Tribunal declara que la actividad de las demandadas, consistente en *ayudar a mujeres encintas* que se encuentran en territorio irlandés a desplazarse al extranjero *para someterse allí a una interrupción médica del embarazo*, organizando su viaje, o *informándoles de la denominación y del emplazamiento de una o de varias clínicas determinadas, así como de los medios para entrar en contacto con las mismas*, es ilegal con arreglo al artículo 40.3.3° de la Constitución irlandesa» (el subrayado es mío).

Justicia las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Está comprendida dentro del concepto "servicios" establecido en el artículo 60 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea la actividad organizada o la práctica de abortos o la interrupción del embarazo por métodos de carácter médico?

2) A falta de cualesquiera disposiciones que establezcan la aproximación de las Leyes de los Estados miembros en relación con la actividad organizada o la práctica de abortos o la interrupción del embarazo por métodos de carácter médico, ¿puede un Estado miembro prohibir la distribución de información específica acerca de la denominación y emplazamiento de una determinada clínica o clínicas en otro Estado miembro, en las que se realizan prácticas abortivas, y sobre los medios de comunicarse con las mismas?

3) Según el Derecho comunitario, ¿tiene un particular de un Estado miembro A derecho a distribuir información concreta acerca de la denominación y emplazamiento de una determinada clínica o clínicas en el Estado miembro B, en las que se realizan prácticas abortivas, y sobre los medios de comunicarse con las mismas, en el supuesto de que la práctica del aborto esté prohibida tanto en virtud de la Constitución como del Derecho penal del Estado miembro A, pero sea lícita en el Estado miembro B, con sujeción a determinadas condiciones?»

Competencia del Tribunal de Justicia

6. La Comisión destaca en sus observaciones que no se deduce claramente si las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por la High Court en el marco del procedimiento de medidas provisionales o en el marco del procedimiento sobre el fondo.

Al igual que la Comisión, opino que, a pesar de la sentencia Pardini, [2] esta incertidumbre no puede poner en tela de juicio la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales. Si las cuestiones fueron planteadas en el marco del procedimiento sobre el fondo, son indudablemente pertinentes para la resolución que debe adoptar el Juez *a quo*. No obstante, también lo son si se plantearon en el marco del procedimiento de medidas provisionales. En efecto, la medida cautelar solicitada en el procedimiento de medidas provisionales fue acordada entretanto por la Supreme Court pero, habida cuenta de que este órgano jurisdiccional brindó a las partes la posibilidad de solicitar a la High Court que reformara la medida cautelar acordada cuando el Tribunal de Justicia hubiera respondido a las cuestiones prejudiciales, éstas son pertinentes también en esta hipótesis.

7. La demandante en el procedimiento principal y el Gobierno irlandés consideran que el litigio principal no suscita ningún problema de Derecho comunitario. En efecto, lo que se plantea es si los demandados, a saber los representantes de las asociaciones de estudiantes, tienen derecho a difundir las informaciones de que se trata entre las mujeres encintas. Dado que lo hacen con ca-

2 — Sentencia de 21 de abril de 1988 (338/85, Rec. pp. 2041 y ss.).

rácter gratuito y que no actúan como representantes de las clínicas que practican el aborto cuyos datos de identificación proporcionan, no puede tratarse de una actividad económica con arreglo al artículo 2 del Tratado CEE. En cualquier caso, añaden la demandante y el Gobierno irlandés, la difusión de las informaciones suministradas por los demandados se circunscribe al territorio irlandés y por consiguiente no tiene carácter transfronterizo, de suerte que las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios no son de aplicación.

Los demandados en el litigio principal no comparten esta opinión. Como he indicado anteriormente (en el punto 4), éstos creen poder deducir del Derecho comunitario un derecho a la difusión de información que es la prolongación del derecho a la información que deriva en favor de las mujeres encintas residentes en Irlanda de la libertad de recibir servicios médicos en otros Estados miembros, que es garantizada por las disposiciones del Tratado. Las informaciones facilitadas por los demandados no pueden, por consiguiente, disociarse de los servicios económicos prestados en otro Estado miembro.

8. Estimo correcta la tesis de los demandados. Las cuestiones planteadas por el Juez remitente tienen por objeto que se precise si las actividades de las clínicas que practican el aborto son servicios con arreglo al artículo 60 del Tratado CEE y, en caso afirmativo, si las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios impiden a una normativa nacional que prohíba la difusión de informaciones relativas a interrupciones del embarazo practicadas en otro Estado miembro. La segunda parte de la cuestión versa, pues, sobre la difusión de informaciones entre mujeres encintas residentes en un Estado miembro pero que desean desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él determinados servicios. Entendida así, la cuestión no trata de actividades «cuyos elementos relevantes se limitan al territorio de un sólo Estado miembro».[3] La prohibición impuesta en Irlanda de difundir informaciones a este respecto puede en efecto reducir el número de mujeres que conozcan la existencia, y que, por consiguiente, hagan uso de los servicios prestados en el otro Estado miembro. Por consiguiente, esta prohibición puede influir desfavorablemente en los intercambios intracomunitarios de servicios.[4] Así pues, las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia tienen que ver con el Derecho comunitario.

Concepto de servicios con arreglo al artículo 60 del Tratado CEE

9. El Juez *a quo* planteó su primera cuestión con objeto de que se dilucidara si «la actividad organizada o la práctica de abortos o la interrupción del embarazo por métodos de carácter médico» deben considerarse un servicio con arreglo al artículo 60 del Tratado CEE.

Es indiscutible, a mi juicio, que «la interrupción del embarazo por métodos de carácter médico» implica un conjunto de prestaciones que, cuando se realizan «normalmente a cambio de una remuneración», lo que ninguna de las partes discute en el presente caso, se reputan servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE. Los términos del apartado 2 del artículo 60, en el que «las actividades propias de las profesiones liberales» son calificadas entre otras como servi-

3 — Sentencia de 18 de marzo de 1980, Debauve (52/79, Rec. p. 833), apartado 18.

4 — Véanse, a título comparativo, en lo tocante a la libre circulación de mercancías, las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Rec. p. 4575), apartado 15, y de 7 de marzo de 1990, GB-INNO-BM (C-362/88, Rec. p. I-667), apartado 7.

cios, indican ya que el concepto de «servicios» incluye tales prestaciones. En la sentencia Luisi y Carbone,[5] el Tribunal de Justicia decidió expresamente (en su apartado 16) que «los beneficiarios de asistencia médica» deben ser considerados como destinatarios de servicios con arreglo al artículo 60. Además, las profesiones médicas y paramédicas son mencionadas expresamente en el Tratado CEE en el apartado 3 del artículo 57 (relativo a la libertad de establecimiento), al que remite el artículo 66 (referido a la libre prestación de servicios).

10. Según la SPUC, la interrupción médica del embarazo escapa al ámbito de aplicación del artículo 60 debido a que destruye la vida de otro, a saber, la del *nasciturus,* y ello está prohibido por la Constitución irlandesa que protege la vida antes de nacer[6] y prohíbe el aborto doloso. En principio, el aborto doloso también está prohibido en los otros Estados miembros pero se permite, especialmente durante el primer período de gestación, bajo determinadas condiciones y en ciertas circunstancias particulares que varían según el Estado miembro. Por otra parte, se puede deducir de la tercera cuestión planteada por el Juez *a quo* que éste se refiere a una situación en la que el servicio de que se trata, sobre el cual se han difundido informaciones en Irlanda, se presta en otro Estado miembro, en el presente caso el Reino Unido, según las condiciones que prevé la ley de este país.

Por ello, la cuestión que debe tratarse aquí no es aquella que ya ha sido tratada en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a propósito de la circulación de mercancías,[7] es decir, la cuestión de si los servicios ilegales están excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de prestación de servicios. Como se deduce de la cuestión prejudicial, se trata en el presente caso de servicios médicos de interrupción del embarazo que son legales en el país en que se prestan (véase, igualmente, el punto 14) y que presentan además un carácter transfronterizo, como se ha visto con anterioridad (punto 8).

Propongo, pues, que se responda a la primera cuestión de la siguiente forma:

«La intervención médica, practicada normalmente a cambio de una remuneración, mediante la que se pone fin al embarazo de una mujer originaria de otro Estado miembro, conforme a la legislación del Estado miembro en que se realiza la intervención, es un servicio (transfronterizo) con arreglo al artículo 60 del Tratado CEE.»

Alcance y convergencia de las cuestiones segunda y tercera

11. La segunda cuestión del Juez remitente plantea si, en el estado actual del Derecho comunitario, un Estado miembro puede prohibir la difusión de informaciones precisas sobre la denominación y emplazamiento de clínicas establecidas en otro Estado miembro en que se practica la interrupción

5 — Sentencia de 31 de enero de 1984 (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377).

6 — Sin perjuicio del derecho de la madre a la vida (y «en la medida de lo posible»), como reza el artículo 40.3.3º de la Constitución irlandesa citado en el punto 3.

7 — Véanse especialmente, la sentencia de 5 de febrero de 1981, Horvath (50/80, Rec. p. 385), relativa a la importación de estupefacientes, y la sentencia de 6 de diciembre de 1990, Witzemann (C-343/89, Rec. p. I-4477), relativa a la importación de moneda falsa.

médica del embarazo, y sobre la forma de ponerse en contacto con ellas. Si se pone esta cuestión en relación con la primera, resulta que el Juez alude a las disposiciones en materia de circulación de servicios. Se trata pues de saber si las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios permiten a un Estado miembro impedir el acceso a servicios médicos de interrupción del embarazo legalmente prestados en otro Estado miembro mediante la prohibición de difundir informaciones relativas a dichos servicios.

12. La tercera cuestión del Juez nacional plantea si el Derecho comunitario confiere a una persona que reside en un Estado miembro A el derecho de difundir las informaciones mencionadas sobre clínicas que practican el aborto en un Estado miembro B cuando el aborto está prohibido tanto por la Constitución como por el Derecho penal del Estado miembro A, pero es legal bajo determinadas condiciones en el Estado miembro B. De los autos del procedimiento principal se deduce que se trata de informaciones difundidas en el Estado miembro A por personas que no perciben remuneración alguna por esta actividad y que no tienen ninguna relación con las clínicas establecidas en el Estado miembro B. El Juez remitente se pregunta si el Derecho comunitario, a saber, las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios, atribuye a estas personas el derecho de difundir las informaciones mencionadas.

Desea además que se aclare, lo que explica que destaque la disparidad entre la normativa del Estado miembro A (Irlanda) y la normativa del Estado miembro B (Gran Bretaña),[8] si, en el supuesto de que las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios impidan una prohibición de informar como la que acabo de describir, ocurre de otro modo cuando esta prohibición resulta de disposiciones fundamentales consagradas en la Constitución y en el Derecho penal del primer Estado miembro. En otras palabras, ¿puede justificarse, no obstante, una normativa nacional semejante en virtud de consideraciones de naturaleza imperativa o de orden público contenidas en las disposiciones constitucionales y penales del ordenamiento jurídico nacional?

13. De todo lo anterior y de lo que sigue concluiré que las cuestiones prejudiciales no versan directamente sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de la propia prohibición que se impone a las mujeres encintas de someterse a un aborto sino sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de la prohibición impuesta a terceros de prestar asistencia y, más en concreto, de difundir informaciones a mujeres encintas que desearían someterse a un aborto en otro Estado miembro. La prohibición de abortar es, sin embargo, indirectamente pertinente en la medida en que se invoca para justificar la prohibición de difundir las informaciones (véanse sobre este tema los puntos 26 a 33).

Las cuestiones prejudiciales se refieren, en efecto, a la prohibición de difundir «informaciones precisas sobre la denominación y

8 — La Ley británica de 1967 sobre el aborto (Abortion Act 1967), que autoriza la interrupción médica del embarazo en determinadas condiciones, no es aplicable en Irlanda del Norte. En esta parte del Reino Unido, el aborto está prohibido. No hay nada en las observaciones escritas ni orales presentadas ante el Tribunal de Justicia que indique si la difusión en Irlanda del Norte de informaciones relativas a actividades abortivas autorizadas en las otras partes del Reino Unido suscita un problema análogo al problema planteado al Juez nacional en el asunto principal.

emplazamiento» de clínicas británicas en las que se practica el aborto y «sobre los medios de ponerse en contacto con ellas». Esta descripción se acerca mucho a la formulación utilizada por la Supreme Court irlandesa en su sentencia Open Door Counselling antes citada (véase el punto 3), en la que dicho tribunal declaró que tanto la difusión de dichas informaciones, como el hecho de remitir a mujeres encintas a clínicas establecidas en el extranjero que practican el aborto, como la organización de viajes a tal fin, se reputan medios ilegales de prestar asistencia a mujeres encintas residentes en Irlanda para conseguir una interrupción del embarazo. En sus observaciones escritas, la Comisión subrayó con acierto que esta prohibición de asistencia es una prohibición general aplicable en Irlanda a todo prestador de servicios y/o a toda persona que difunda informaciones, con independencia de su nacionalidad y de su lugar de establecimiento, y que impide a las mujeres encintas residentes en Irlanda, sea cual fuere su nacionalidad, recibir los servicios de que se trata tanto en Irlanda como en otros Estados miembros.

Las cuestiones prejudiciales sólo pretenden interrogar al Tribunal de Justicia sobre la licitud de la prohibición de prestar asistencia mediante la difusión de informaciones. Más en concreto, no se refieren a la eventual sanción penal a la que se exponen las mujeres encintas que se someten a un aborto en el extranjero. Los elementos aportados al Tribunal de Justicia y las declaraciones de las partes en el curso de la vista no han permitido determinar con suficiente claridad si la legislación irlandesa prevé una sanción en tal situación. En cambio, los demandados en el litigio principal han indicado en sus observaciones escritas que Irlanda no prohíbe a las mujeres encintas, o no pretende impedirles, hacer uso de su derecho de viajar y de recibir servicios de interrupción del embarazo en el extranjero.

14. Destacaré otro aspecto. Como he dicho anteriormente, las cuestiones se refieren a una interrupción médica del embarazo practicada en otro Estado miembro con arreglo a la legislación en vigor en este último. Supongo que esto significa asimismo —lo que por otra parte no parece discutirse en el presente asunto— que las informaciones difundidas en Irlanda por los demandados en el procedimiento principal responden a las normas en vigor en el Reino Unido respecto de los casos en los que la ley autoriza la interrupción del embarazo en dicho país. En efecto, en los Estados miembros en que el aborto se permite en determinadas condiciones, se imponen a menudo exigencias en materia de información y de orientación para impedir una banalización y una comercialización del aborto [9] o para garantizar que la información es difundida únicamente por personas competentes [10] y que la decisión de someterse a un aborto se toma con conocimiento de causa, es decir tras recibir las informaciones y consejos necesarios. [11]

Por consiguiente, presumo que la difusión de informaciones en Irlanda permanece en el marco de lo que está autorizado en el Es-

9 — Véase, por ejemplo, el artículo 219 b) del Código penal alemán, que prohíbe en principio toda oferta pública de servicios en materia de aborto.

10 — Véase, por ejemplo, la normativa francesa contenida en los artículos L 162-3, L 645 y L 647 del code de la santé publique, que confieren al cuerpo médico y a los centros especializados el monopolio de la difusión de informaciones sobre el aborto.

11 — Véase, por ejemplo, el artículo 350 del Código penal belga, que sólo autoriza la interrupción del embarazo en centros que dispongan de un servicio de información que acoja a las mujeres encintas y les facilite informaciones detalladas sobre todas las posibilidades de acogida del niño.

tado miembro de origen del servicio. Esta precisión es importante porque el derecho de difundir informaciones invocado por los demandados en el litigio principal no puede en ningún caso ser más amplio que el derecho del que, a su juicio, deriva, a saber: el derecho a la libre prestación de servicios a que puede acogerse el propio prestador de servicios establecido en otro Estado miembro. En efecto, por regla general sólo pueden beneficiarse de la libre circulación de mercancías y de servicios en el interior de la Comunidad las mercancías o los servicios legalmente «producidos» o «comercializados» en el país de origen.

15. De las observaciones anteriores se deduce que las cuestiones segunda y tercera están estrechamente relacionadas entre sí y que deben ser entendidas conjuntamente de la forma siguiente:

«¿Impiden las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de servicios que un Estado miembro en que se prohíbe el aborto tanto en la Constitución como en el Derecho penal prohíba a toda persona, sea o no prestador de servicios, con independencia de su nacionalidad o de su lugar de establecimiento, prestar asistencia a mujeres que residen en dicho Estado miembro, sea cual fuere su nacionalidad, para realizar una interrupción del embarazo, en especial mediante la difusión de informaciones sobre la denominación o emplazamiento de clínicas establecidas en otro Estado miembro que practican el aborto y sobre el modo de ponerse en contacto con ellas, y ello a pesar de realizarse los servicios médicos de interrupción del embarazo y de difundir las informaciones correspondientes con arreglo a la normativa en vigor en ese otro Estado miembro?»

Para responder a esta cuestión, procederé en tres etapas. Examinaré, en primer lugar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación de servicios, si la prohibición de informar de que se trata está comprendida, en principio, dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de servicios (puntos 16 a 21). Estudiaré seguidamente si, en el supuesto de que proceda responder afirmativamente a esta cuestión, puede no obstante justificarse la prohibición en Derecho comunitario en razón de exigencias imperativas de interés general, y ello tanto desde el punto de vista de los principios (puntos 22 a 24) como desde el plano concreto (puntos 25 a 29). Por último, estudiaré la competencia del Tribunal de Justicia para examinar la prohibición de informar de que se trata a la luz de los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales (puntos 30 a 31) y, en caso afirmativo, investigaré cuál es el resultado de dicho examen (puntos 32 a 38).

¿Está comprendida la prohibición de informar dentro del ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE?

16. Transcurrido el período transitorio, los artículos 59 y 60 del Tratado CEE son directamente aplicables. [12] En la segunda cuestión, el Juez nacional señala que no existe medida de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la interrupción médica del embarazo. Esta falta de armonización no impide la aplicabilidad directa de las disposiciones del Tratado.

12 — Véase la sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299).

17. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia [13] que el artículo 59 del Tratado CEE exige la supresión de cualquier restricción que persiga o que tenga por efecto someter a un prestador de servicios establecido en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación a un trato menos favorable que al prestador de servicios establecido en este último Estado miembro, en razón de su nacionalidad o de su lugar de establecimiento.

Pero, aún cuando el prestador de servicios esté establecido en el mismo Estado miembro en que se presta el servicio y cuando es el destinatario del servicio el que se desplaza a dicho Estado miembro procedente de otro país de la Comunidad, el artículo 59 del Tratado CEE exige la supresión de las restricciones que afectan a dicho destinatario en razón de su nacionalidad o de estar establecido en otro Estado miembro distinto de aquél al que se desplaza para recibir el servicio. El Tribunal de Justicia ha justificado lo anterior en el apartado 2 de la sentencia Luisi y Carbone de la siguiente forma:

«Para permitir la realización de la prestación de servicios, puede producirse un desplazamiento sea del prestador que se traslada al Estado miembro del destinatario de la prestación o del destinatario que se desplaza al Estado miembro del prestador. El primer caso se menciona expresamente en el párrafo tercero del artículo 60, que admite ejercer con carácter temporal la actividad de prestador de servicios en el Estado miembro donde se lleva a cabo la prestación, en tanto que el segundo caso constituye su complemento necesario, que responde al objetivo de liberalizar cualquier actividad remunerada y no amparada por la libre circulación de mercancías, de personas y de capitales» *(traducción provisional).*

En el apartado 16, el Tribunal de Justicia llega a la siguiente conclusión:

«De ello se sigue que la libre prestación de servicios incluye la libertad de los destinatarios de los servicios de desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse en él de un servicio, sin restricciones, ni siquiera en materia de pagos [...]» *(traducción provisional).*

El Tribunal de Justicia confirmó esta última posición de manera explícita en el apartado 15 de la sentencia Cowan. [14]

De esta jurisprudencia se deduce que las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios confieren derechos no sólo a los prestadores profesionales de servicios sino asimismo a los ciudadanos de la Comunidad que desean recibir servicios. Más en concreto, confieren a estos últimos el derecho de desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse de un servicio que se presta en dicho Estado.

18. La cuestión que se plantea ahora es si el derecho de los ciudadanos comunitarios a recibir servicios en otro Estado miembro comprende el derecho a recibir en el Estado del que son nacionales informaciones sobre los prestadores de servicios establecidos en ese otro Estado miembro y sobre la manera de entrar en contacto con ellos. Estimo que procede responder afirmativamente a esta cuestión.

13 — Véanse las sentencias más recientes dictadas por el Tribunal de Justicia el 26 de febrero de 1991 en materia de servicios de guías turísticos en los asuntos Comisión/Francia (C-154/89, Rec. p. I-659), apartado 12; Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709), apartado 15, y Comisión/Grecia (C-198/89, Rec. p. I-727), apartado 16.

14 — Sentencia de 2 de febrero de 1989 (186/87, Rec. p. 195).

En la sentencia GB-INNo-BM, [15] el Tribunal de Justicia subrayó la importancia de informar a los consumidores sobre la oferta de mercancías. Señaló (en el apartado 8) que la libertad del consumidor de abastecerse en otro Estado miembro peligraría si se le negara el acceso a la publicidad disponible en el país de compra. No veo por qué sería de otro modo tratándose de informaciones relativas a un servicio: la libertad de los particulares de desplazarse a otro Estado miembro a fin de recibir en él un servicio puede correr peligro si se prohíbe en su propio país el acceso a las informaciones relativas, entre otros, al nombre y al emplazamiento del prestador de servicios y/o a los servicios prestados por él.

19. La respuesta dada es igualmente válida, a mi juicio, cuando la información procede de una persona que no es el propio prestador de servicios y que tampoco actúa por cuenta de este último. La libertad de desplazarse a otro Estado miembro que el Tribunal de Justicia ha reconocido en favor de un destinatario de servicios y el derecho que ésta implica de acceder a las informaciones (difundidas legalmente) que tienen que ver con estos servicios y con el prestador de los mismos se deducen de las normas fundamentales del Tratado a las que debe atribuirse una eficacia lo más amplia posible. Sin perjuicio de las restricciones que examinaré posteriormente y que se basan en exigencias imperativas u otros motivos de justificación, la libre prestación de servicios es un principio fundamental del Tratado. Esta libertad debe ser respetada por todos y puede ser promovida por cualquier persona, en especial mediante la difusión, onerosa o gratuita, de informaciones sobre los servicios ofrecidos por ella o por otra persona.

Por otra parte, esta interpretación del Derecho comunitario es conforme con el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y el Tribunal de Justicia reconoce que los principios de este Convenio que le sirven de base forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, y es igualmente conforme con el artículo 5 de la Declaración de los derechos y libertades fundamentales hecha por el Parlamento Europeo. [16] Con arreglo a estas disposiciones, toda persona tiene derecho, sin perjuicio de restricciones precisas enunciadas por la ley, a «recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas o sin consideración de fronteras» (apartado 1 del artículo 10 del CEDH). La protección que garantizan estas disposiciones se refiere en particular a las informaciones que tienen por finalidad influir o movilizar la opinión pública pero se aplica igualmente a las informaciones «de carácter comercial». [17] Más tarde, procederé a examinar estas disposiciones más en detalle (en el punto 34).

20. Como he indicado anteriormente (en el punto 13), la prohibición de facilitar informaciones sobre abortos practicados en el extranjero es una medida de aplicación general en Irlanda, que resulta de la Constitución de dicho país, y que afecta de la misma forma y sin discriminación alguna a los prestadores de servicios y de informaciones o a los destinatarios de servicios, sean nacionales o extranjeros. En las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, la Comisión sostuvo que esta medida no discriminatoria permanece fuera del ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE. A tal fin, se basa en las sentencias Koestler [18] y Debauve. [19]

15 — Antes citada en la nota 4.

16 — DO 1989, C 120, p. 51.

17 — Véase la sentencia Markt Intern dictada el 20 de noviembre de 1989 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Publ. Tribunal, serie A, volumen 165.

18 — Sentencia de 24 de octubre de 1978 (15/78, Rec. p. 1971).

19 — Antes citada en la nota 3.

Es cierto que el Tribunal de Justicia no ha declarado todavía de forma expresa que el artículo 59 del Tratado CEE se aplique a medidas que, sin ser discriminatorias, afectan no obstante (de manera efectiva o potencial) a la circulación intracomunitaria de servicios. Pero tampoco ha limitado el ámbito de aplicación del artículo 59 a las medidas que implican una discriminación (sea manifiesta o encubierta). Como ha declarado recientemente el Abogado General Sr. Jacobs en las conclusiones que presentó en el asunto Säger,[20] ello responde indiscutiblemente al hecho de que, en la mayoría de los asuntos, se trataba de una situación en la que el prestador de los servicios se había desplazado a otro Estado miembro y se había encontrado allí con normativas nacionales que afectaban más a los prestadores de servicios originarios de otros Estados miembros que a sus homólogos nacionales, lo que confería a estas normativas un efecto «discriminatorio» (es decir, desfavorable) respecto de los primeros.

En sus conclusiones, el Abogado General Sr. Jacobs sostiene que los obstáculos no discriminatorios a la prestación de servicios deben recibir el mismo tratamiento que reciben las restricciones no discriminatorias a la libre circulación de mercancías en la jurisprudencia «Cassis de Dijon». A su juicio, esta analogía parece especialmente adecuada cuando el prestador de los servicios no se desplaza físicamente.[21] En dicha situación, obligar al prestador de servicios a atenerse a la normativa con frecuencia minuciosa de cada Estado miembro al que «se desplaza» el servicio mediante el servicio de correos o de telecomunicaciones (o, *a fortiori*, a la normativa del Estado miembro del que es originario el destinatario del servicio) afectaría de manera importante el establecimiento de un mercado común de los servicios.[22] Al adoptar esta postura, el Abogado General Sr. Jacobs se adhiere a la opinión defendida anteriormente por diferentes Abogados Generales.[23]

Estoy totalmente de acuerdo con esta concepción. Excluir *a priori* del ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado CEE aquellas medidas que, aun no siendo discriminatorias, ponen obstáculos a la circulación intracomunitaria de servicios, afecta de forma apreciable a la eficacia del principio de la libre circulación de servicios que adquirirá más importancia en una economía en que el sector terciario continúe desarrollándose. Esta conclusión crearía además una divergencia injustificada entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de circulación de mercancías y la relativa a la circulación de servicios, en situaciones en las que sólo el servicio o el destinatario del servicio atraviesan las fronteras internas de la Comunidad, situaciones que no se diferencian en realidad de aquéllas en que los que atraviesan esas fronteras son mercancías o compradores, y en situaciones en que con frecuencia los servicios son presentados como «productos», como ocurre, por ejemplo, en el sector financiero.

20 — Conclusiones presentadas el 21 de febrero de 1991 en el asunto C-76/90, sentencia de 25 de julio de 1991, Rec. pp. I-4211 y ss., especialmente p. I-4229.

21 — Véase el punto 24 de las conclusiones, donde, a este respecto, se menciona a Kapteyn, P. J. G., y VerLoren van Themaat, P.: *Introduction to the Law of the European Communities*, segunda edición, editado por Gormley, L. W., 1989, pp. 443 a 452.

22 — Puntos 23 y 27 de las conclusiones.

23 — Véanse las conclusiones presentadas en los asuntos Debauve y Coditel (Rec. 1980, pp. 860, 870 a 873 y 905) por el Abogado General Sr. Warner, que llega a esta conclusión al final de un profundo análisis de las disposiciones del Tratado; las conclusiones presentadas en el asunto Webb (Rec. 1981, pp. 3328 y 3330 a 3333) por el Abogado General Sir Gordon Slynn, que remite expresamente al artículo 65 del Tratado CEE del que resulta que el artículo 59 contempla igualmente restricciones distintas de las que establecen una discriminación fundada en la nacionalidad o en la residencia, y véanse por último las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Lenz en los asuntos antes mencionados sobre guías turísticos (puntos 26 a 30). Entretanto, esta postura fue también adoptada por el Abogado General Sr. Tesauro en las conclusiones presentadas el 18 de abril de 1991 en los asuntos Gouda (C-288/89, sentencia de 25 de julio de 1991, Rec. pp. I-4007 y ss., especialmente p. I-4022), apartado 12, y Comisión/Países Bajos (C-353/89, sentencia de 25 de julio de 1991, Rec. p. I-4069).

Por otra parte, el concepto de discriminación es ya tan amplio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que abarca aquellas situaciones en las que, debido a una disparidad entre las legislaciones de los Estados miembros interesados, los prestadores de servicios de un Estado miembro se encuentran en una posición menos ventajosa por imponérseles, como consecuencia de la referida disparidad, una carga más gravosa cuando desean ejercer su profesión en otro Estado miembro.[24] Si se admite la interpretación amplia del artículo 59 que aquí se defiende, esa carga más gravosa deberá considerarse indiscutiblemente como un obstáculo sin que sea preciso dar un significado impropio a la prohibición de discriminación.[25]

21. En consecuencia, afirmo que cuando no implican una discriminación, las normativas nacionales que obstaculizan, de forma manifiesta o encubierta, efectiva o potencial, la circulación intracomunitaria de servicios, están en principio comprendidas dentro del ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE. Digo bien: en principio, pues tales normativas nacionales pueden ser no obstante compatibles con las citadas disposiciones del Tratado cuando están justificadas por razones imperiosas de interés general (véanse los puntos 22 y siguientes). Concluyo asimismo que, cuando son aplicables, los artículos 59 y 60 confieren en principio a los ciudadanos de la Comunidad el derecho de recibir informaciones sobre servicios prestados en otro Estado miembro, de la misma forma que deriva de estos artículos el derecho a difundir tales informaciones, a título oneroso o gratuito.

Razones imperiosas de interés general que pueden justificar restricciones a la libre prestación de servicios

22. El Tribunal de Justicia ha reconocido en una jurisprudencia reiterada y en especial en la sentencia Webb[26] (en cuyo apartado 17 se alude a la sentencia Van Wesemael[27]):

«En atención a la naturaleza particular de determinadas prestaciones de servicios, no pueden considerarse incompatibles con el Tratado exigencias específicas impuestas al prestador, motivadas por la aplicación de normas reguladoras de esos tipos de actividad. Sin embargo, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede ser limitada por normativas justificadas por razones de interés general y que se aplican a toda persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del citado Estado, en la medida que este interés no esté protegido por las normas a que está sometido el prestador en su Estado miembro de establecimiento» *(traducción provisional).*

En su sentencia Comisión/Alemania,[28] el Tribunal de Justicia precisa que las exigencias específicas impuestas al prestador de servicios motivadas por la naturaleza particular de los servicios (de seguro) de que se trata

24 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 3 de febrero de 1982, Seco/EVI (asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. p. 223), apartados 8 y 9.

25 — La misma tendencia a interpretar ampliamente el concepto de discriminación se encuentra igualmente cuando se trata del derecho de establecimiento. Véanse las conclusiones que presenté el 28 de noviembre de 1990 en el asunto C-340/89, Vlassopoulou, puntos 6 y siguientes, conclusiones en las que comenté esta jurisprudencia (sentencia dictada el 7 de mayo de 1991, Rec. pp. I-2357 y ss., especialmente p. I-2365).

26 — Sentencia de 17 de diciembre de 1981 (279/80, Rec. p. 3305).

27 — Sentencia de 18 de enero de 1979 (asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Rec. p. 35).

28 — Sentencia de 4 de diciembre de 1986 (205/84, Rec. p. 3755).

«deberán ser objetivamente necesarias para garantizar la observancia de las normas profesionales y para asegurar la protección de los intereses que constituyen el objetivo de éstas» apartado 27),

a lo que añade además la exigencia de que

«el mismo resultado no pueda alcanzarse mediante normas menos restrictivas» (apartado 29).

El Tribunal de Justicia ha formulado esta jurisprudencia por última vez, en las sentencias «guías turísticos» dictadas recientemente.[29] Y se expresa de la siguiente forma:

«De ello se sigue que estas exigencias únicamente pueden considerarse compatibles con los artículos 59 y 60 del Tratado si se demuestra que existen, en el ámbito de la actividad considerada, razones imperiosas de interés general que justifiquen restricciones a la libre prestación de servicios, que este interés no está garantizado ya por las normas del Estado en que está establecido el prestador y que el mismo resultado no puede alcanzarse mediante normas menos restrictivas» *(traducción provisional).*

Del apartado de la sentencia Webb antes citado se deduce que esta jurisprudencia trata de normativas que son aplicables sin distinción, es decir «que se aplican a toda persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado destinatario de la prestación» (incluidas aquellas normativas que, debido a disparidades entre las legislaciones, pueden constituir una carga más gravosa para los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros y son, en ese sentido, «discriminatorias»: véase el punto 20 de estas conclusiones). Las normativas nacionales que (abiertamente o de forma encubierta) son discriminatorias en sí para los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros pueden además «justificarse por razones de orden público, de seguridad y salud públicas»,[30] con arreglo a las disposiciones del apartado 1 del artículo 56 en relación con el artículo 66 del Tratado CEE.

23. Es grande la tentación de establecer un paralelismo entre la jurisprudencia mencionada relativa a la circulación de servicios y la jurisprudencia mencionada relativa a las razones imperiosas (artículo 30 del Tratado CEE) o a las razones de interés general (artículo 36 del Tratado CEE).

No cederé a esta tentación —lo que no me resultará difícil, dada la complejidad de la materia— y me limitaré a algunas consideraciones que pueden situar el concepto de razones imperiosas de interés general en el marco global del Derecho comunitario.

29 — Véanse las sentencias antes citadas (nota 13), C-154/89, apartado 15; C-180/89, apartado 18, y C-198/89, apartado 19.

30 — Contrariamente al artículo 36 del Tratado CEE, el apartado 2 del artículo 56 implica una obligación de coordinación a la que el Consejo dio cumplimiento mediante la adopción de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56 p. 850; EE 05/01, p. 36). En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta disposición ha sido objeto de examen principalmente a propósito de la posibilidad de que los Estados miembros impongan restricciones al derecho de libre circulación en casos concretos (véanse las sentencias de 8 de abril de 1976, Royer, 48/75, Rec. p. 497, considerando vigésimo noveno, y de 5 de febrero de 1991, Roux, C-363/89, p. I-273, apartado 30). En la sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), apartados 31 a 39, el Tribunal de Justicia examinó igualmente la cuestión de si una normativa nacional de carácter general puede justificarse por consideraciones de orden público.

Tanto en un ámbito como en otro (a saber: la circulación de mercancías o la circulación de servicios), las razones que pueden justificar normativas nacionales (discriminatorias o no, según el caso) deben ser conformes con el Derecho comunitario. En el ámbito de la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia se atendrá, en lo relativo a los motivos de justificación del artículo 36, a la enumeración limitativa que figura en el Tratado en tanto que, respecto a las razones imperiosas del artículo 30, admite en su jurisprudencia un grupo restringido de razones siempre idénticas (a saber: la protección de los consumidores, la lealtad de las prácticas comerciales y la transparencia del mercado, la protección del medio ambiente y del ambiente laboral, la eficacia de los controles fiscales). En el terreno de la libre circulación de servicios, por el contrario, dejadas a un lado las razones enunciadas en el artículo 56 en relación con el artículo 66, el Tribunal de Justicia parece haber delimitado de forma menos precisa el grupo de razones imperiosas de interés general. No obstante, se trata también aquí de razones análogas a las enunciadas en el artículo 36 (protección de la propiedad intelectual[31] y protección del patrimonio artístico y arqueológico[32]) y/o a las razones contempladas en el artículo 30 (protección de los trabajadores[33] y de los consumidores, principalmente de los tomadores de seguros[34]).

No obstante, de una jurisprudencia reciente se deduce no obstante que, tanto en un ámbito como en otro, el Tribunal de Justicia parece dispuesto a incluir también entre las razones imperiosas del «artículo 30» o entre las razones de interés general del «artículo 59» razones que «constituyen [...] la expresión de determinadas opciones políticas y económicas» y que dependen de «las particularidades socioculturales nacionales o regionales cuya apreciación corresponde, en el estado actual del Derecho comunitario, a los Estados miembros».[35] Respecto a la circulación de mercancías, este punto de vista fue formulado en la sentencia Cinéthèque[36] (que guardaba relación con un objetivo de tipo cultural, a saber: el fomento de la industria del cine) y en las distintas sentencias relativas al cierre dominical[37] (referentes a la distribución de las horas de trabajo y de descanso y por consiguiente a un objetivo de naturaleza socio-recreativa). En cuanto a la circulación de servicios, se revela ya un indicio de este enfoque en la sentencia Koestler[38] (en la que una normativa nacional no discriminatoria, que excluía la reclamación judicial de deudas de juego por razones de «orden social» y que, por consiguiente, era a un tiempo de naturaleza política y ética, fue considerada aceptable) y la sentencia Debauve (en la que el Tribunal de Justicia consideró justificada una prohibición nacional, aplicable «sin distinción», de la publicidad difundida en las cadenas de televisión por cable; la prohibición estaba destinada esencialmente a asegurar la supervivencia de una prensa escrita pluralista[39]).

Es inevitable que el Tribunal de Justicia adopte este punto de vista en una sociedad

31 — Véase la sentencia de 18 de marzo de 1980, Coditel (62/79, Rec. p. 881), apartado 15.

32 — Véanse las sentencias relativas a los guías turísticos, antes citadas (nota 13).

33 — Véanse las sentencias Webb, antes citada (nota 26), apartado 18; Seco/EVI, antes citada (nota 24), apartado 14, así como la sentencia de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. p. I-1417), apartado 18.

34 — Sentencia Comisión/Alemania, antes citada (nota 28), apartados 30 a 33.

35 — Sentencia de 23 de noviembre de 1989, Torfaen/B & Q, (C-145/88, Rec. p. 3851), apartado 14.

36 — Sentencia de 11 de julio de 1985 (asuntos acumulados 60/84 y 61/84, Rec. p. 2605).

37 — La sentencia Torfaen/B & Q, antes citada (nota 35), así como las sentencias de 28 de febrero de 1991, Conforama (C-312/89, Rec. p. I-997) y Marchandise (C-332/89, Rec. p. I-1027).

38 — Citada en la nota 18.

39 — Este objetivo no se menciona como tal en la sentencia Debauve, antes citada, pero se deduce de la sentencia Bond van Adverteerders que trata de una normativa nacional análoga (sentencia citada en la nota 30).

donde la protección del interés general se confía a los poderes públicos en todos los ámbitos, muchos de los cuales no se ven afectados por el Derecho comunitario o sólo lo son de forma indirecta. Lo importante es vigilar que tales objetivos de interés general y los efectos concretos de las normativas nacionales de carácter general adoptadas en función de estos objetivos sean compatibles con el Derecho comunitario. Esta es la razón por la que el Tribunal de Justicia destaca la necesidad de que las medidas nacionales persigan *objetivos* justificados con arreglo al Derecho comunitario, bien porque, cuando se trata de objetivos que se sitúan en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, se hallan en la línea de los objetivos perseguidos por éste, o porque, tratándose de objetivos situados fuera del ámbito de aplicación del Tratado, no se dirigen contra los objetivos perseguidos por las disposiciones del Tratado, en particular, la instauración de un mercado unificado. Esta es asimismo la razón de que el Tribunal de Justicia subraye con insistencia que los obstáculos a los intercambios comerciales intracomunitarios provocados por las medidas nacionales de que se trata no deben ir más allá de la medida objetivamente necesaria para realizar el objetivo perseguido por las citadas medidas nacionales, lo que implica que no exista todavía en el Estado miembro de origen (del producto o del prestador de servicios) una normativa análoga que garantice este interés y que el mismo resultado no pueda alcanzarse mediante una medida nacional menos restrictiva para el interés comunitario.

24. A mi juicio, la normativa nacional de que se trata debe examinarse a la luz de este marco de referencia (que es análogo para la circulación de mercancías y para la circulación de servicios). Las cuestiones que se plantean a este respecto son si la normativa persigue un objetivo justificado con arreglo al Derecho comunitario, es decir, si puede ampararse en una razón imperiosa de interés general que se sitúa en la línea de los objetivos inscritos en las disposiciones del Tratado o que no es incompatible con ellos, y si la normativa carece de efectos que van más allá de la medida necesaria y, en particular, no son desproporcionados, es decir, si respeta el criterio de proporcionalidad.

Examen de una normativa nacional que prohíbe la difusión de informaciones relativas a servicios médicos de interrupción del embarazo

25. Como acabo de indicar, se trata en este caso de una normativa nacional que impone una prohibición general, no discriminatoria en razón de la nacionalidad o del lugar de establecimiento, de difundir en el Estado miembro interesado informaciones de tipo asistencial a destinatarios potenciales, residentes en dicho Estado miembro, sobre servicios médicos de interrupción del embarazo prestados legalmente en otro Estado miembro, servicios que, según he admitido, están en principio comprendidos dentro del ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE.

Deseo recordar asimismo que, según la Supreme Court irlandesa, la mencionada prohibición de informar deriva de una disposición que fue incluida en la Constitución irlandesa en 1983 tras un referéndum y que está destinada a proteger la vida del *nascituru*s, dentro del respeto del derecho de la madre a la vida, protección que, según esta disposición, debe garantizarse, «en la medida de lo posible». En otras palabras, dos normas derivadas de derechos fundamentales entran aquí en conflicto: por una parte,

la libertad de los demandados en el litigio principal de difundir informaciones, libertad que, como he reconocido (punto 19), es una emanación de la libertad de prestar servicios que el Derecho comunitario garantiza a los prestadores de servicios propiamente dichos y, por otra, la prohibición de prestar asistencia, mediante la difusión de informaciones, a mujeres encintas que deseen someterse a un aborto, prohibición que, según la Supreme Court irlandesa, es una emanación de la protección constitucional de la vida desde el momento de su concepción.

26. Es innegable que una prohibición de prestar asistencia como la que nos ocupa, y, en el presente caso, de facilitar informaciones, se inspira en un objetivo considerado como una razón imperiosa de interés general en el Estado miembro de que se trata. Tanto la protección de la vida desde el momento de su concepción consagrada en la Constitución (y la prohibición del aborto inherente a ella) como la necesidad de impedir los abortos que de ella deriva, evidentemente, dentro de los límites de la jurisdicción del Estado miembro interesado, mediante la prohibición de difundir información en su territorio a este respecto, son considerados como pilares de la sociedad en el Estado miembro interesado.

Sin perjuicio de la respuesta que daré posteriormente a la cuestión de los derechos y libertades fundamentales (punto 32), dicho objetivo está justificado en Derecho comunitario por cuanto tiene que ver con una opción política vinculada a consideraciones éticas y filosóficas cuya apreciación incumbe a los Estados miembros, para el cual pueden ampararse en el motivo de *orden público* enunciado en el artículo 56 del Tratado CEE en relación con el artículo 66 (y enunciado asimismo en el artículo 36; un motivo que puede llegar a justificar medidas discriminatorias), es decir, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un interés cuya perturbación implica «una amenaza real y suficientemente grave, que afecta a un interés fundamental de la sociedad».[40] Si bien el contenido del concepto de orden público «no puede ser definido [...] unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones comunitarias», es preciso, no obstante, dado que se trata de circunstancias que «pueden variar según el país y la época», «atribuir a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado y las disposiciones adoptadas para su aplicación» *(traducción provisional)*.[41] Es indiscutible, a mi juicio, que valores que, por el lugar que ocupan en la Constitución, forman parte en un Estado miembro del «conjunto de valores superiores a los que una nación declara solemnemente adherirse»[42] están comprendidos dentro del ámbito en el que los Estados miembros gozan de potestad de apreciación, potestad que cada Estado miembro ejerce «según su propia escala de valores, y en la forma que a tal efecto elija».[43]

27. No basta, sin embargo, que una normativa nacional se funde en una razón imperiosa de interés general justificada con arreglo al Derecho comunitario, es preciso además que sus efectos no vayan más allá de la medida necesaria. En otras palabras, debe resistir la prueba de la proporcionalidad.

40 — Sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999).

41 — La misma sentencia, considerandos 33 y 34, en los que se hace referencia a la sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1350).

42 — Conclusiones del Abogado General Darmon (punto 21) presentadas en la sentencia Groener de 28 de noviembre de 1989, (C-379/87, Rec. p. 3967), que versaba sobre una disposición constitucional que designaba una lengua nacional oficial.

43 — Tribunal de Justicia sobre el concepto de moralidad pública, en la sentencia de 11 de marzo de 1986, Conegate (121/85, Rec. p. 1007), apartado 14.

Este principio encierra dos aspectos. En *primer* lugar, para que una normativa nacional esté justificada con arreglo al Derecho comunitario, debe ser objetivamente necesaria para realizar el fin perseguido por la normativa: esto significa que debe ser a la vez *útil* (u oportuna) e *indispensable*, dicho de otro modo, no debe ser reemplazable por una normativa alternativa dotada de idéntica utilidad que constituya un obstáculo menor a la libre circulación.[44] En *segundo* lugar, aun cuando la normativa nacional sea útil e indispensable para realizar el fin perseguido, el Estado miembro está no obstante obligado a reemplazarla por una normativa menos restrictiva cuando los obstáculos a los intercambios intracomunitarios provocados por dicha normativa sean *desproporcionados*, es decir, cuando los obstáculos ocasionados sean desmedidos o desproporcionados respecto al objetivo perseguido por la normativa nacional o en relación con el resultado que permite alcanzar.[45]

28. Aunque no corresponda al Tribunal de Justicia sino al Juez nacional pronunciarse acerca de la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa nacional, el Tribunal de Justicia debe proporcional al Juez nacional todos los elementos que pueden garantizar que la apreciación de este último permanezca dentro de los límites del Derecho comunitario que son uniformes para todos los Estados miembros. Entre estos elementos de Derecho comunitario figura el principio de proporcionalidad que, para ser de utilidad al Juez remitente, el Tribunal de Justicia debe relacionar de la forma más concreta posible con la normativa nacional de que se trata y con los hechos del litigio. Al hacer esto, el Tribunal de Justicia debe atenerse estrictamente a la descripción de la normativa nacional y a los hechos declarados probados y pertinentes en el curso del procedimiento nacional, tal como se desprenden de la resolución de remisión y de los documentos que la acompañan.

29. ¿Resiste una normativa nacional que prohíbe distribuir informaciones a las mujeres encintas la prueba de la proporcionalidad? Considero que en el medida en que se trata únicamente de informaciones que pueden *ayudar*[46] a las mujeres encintas a poner fin a una vida todavía en gestación (en lo sucesivo, «informaciones de tipo asistencial»), un Estado miembro que ejerce la potestad de apreciación que le corresponde tiene derecho a estimar que dicha prohibición es útil y necesaria para el fin perseguido y no es desproporcionada respecto de este fin cuando el fin consista en dotar de eficacia al juicio de valor consagrado en su Constitución según el cual la vida en gestación merece amplia protección. Si bien es cierto que semejante prohibición encierra un obstáculo potencial para la circulación intracomunitaria de los servicios dado que puede reducir el número de mujeres que, a falta de dicha prohibición, se desplazaría al extranjero, cabe afirmar no obstante que no excluye toda forma de información sino únicamente las informaciones de tipo asistencial y que el fin perseguido se basa en un juicio de valor relativo al grado de protección de la vida intrauterina que se considera fundamental en el Estado miembro de que se trata. Serían medidas desproporcionadas —por obstaculizar la libertad de los intercambios comerciales de modo excesivo—

44 — Esto implica que la normativa nacional debe tener en cuenta aquello que ya está garantizado en otro Estado miembro con vistas a la realización del mismo objetivo de interés general sin que pueda llevar a cabo una repetición inútil de estas garantías.

45 — Esta desproporción puede provenir, por ejemplo, del hecho de que la normativa provoque una compartimentación importante del mercado. Véanse, a este propósito, los puntos 17 a 25 de las conclusiones que este Abogado General presentó en el asunto Torfaen/B & Q, así como el punto 12 de las conclusiones que presenté en los asuntos Conforama y Marchandise, antes citados en la nota 37.

46 — Véase la resolución mencionada en el punto 3, dictada por la Supreme Court en el asunto Open Door Counselling.

por ejemplo la prohibición impuesta a las mujeres encintas de desplazarse al extranjero o una normativa que les obligara a someterse a exámenes inoportunos a su regreso del extranjero. Sin embargo, no es esto lo que plantean las cuestiones prejudiciales.

Cabe objetar que el alcance limitado de la prohibición demuestra que las autoridades nacionales competentes no han adoptado *todas* las medidas posibles para impedir los abortos y que, por ello, no han asegurado la protección máxima de la vida del *nasciturus* a la que conceden prioridad. Esta objeción no se tiene en pie: no se puede acusar a las autoridades nacionales de mantener dentro de determinadas proporciones las medidas que adoptan a fin de proteger la vida intrauterina cuando el propio Derecho comunitario les impone una obligación de proporcionalidad. La decisión de estas autoridades de concentrar su acción sobre las prácticas que, en su opinión, vulneran más claramente este objetivo prioritario, a saber, en el presente caso la difusión de informaciones de tipo asistencial, satisface, a mi juicio, el criterio de proporcionalidad.

Examen de normas nacionales en relación con los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Derecho comunitario

30. Como he indicado anteriormente (punto 15), procede asimismo examinar si la prohibición de informar de que se trata es compatible con los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales, suponiendo que, como afirmaré más tarde (punto 31), el Tribunal de Justicia sea competente para examinar una normativa nacional en relación con dichos criterios.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia:

«que [...] los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza [el Tribunal de Justicia];

que para asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y, por consiguiente, no puede admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados;

que los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos de los que los Estados miembros son signatarios o a los que se han adherido pueden proporcionar también indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» [47] *(traducción provisional).*

Entre los «instrumentos internacionales» mencionados, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ocupa un lugar destacado, como se reconoce expresamente en el preámbulo del Acta Unica.[48] Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los principios que toma de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros así como de los instrumentos internacionales constituyen también el origen de la Declara-

47 — Sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold/Comisión (4/73, Rec. p. 491), decimotercer considerando.

48 — DO 1987, L 169, p. 1. Véase asimismo la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977 (DO C 103, p. 1), así como la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 18.

ción de los derechos y libertades fundamentales que fue aprobada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989.[49]

Lo que caracteriza a esta jurisprudencia es que, sin atribuir un efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario a las disposiciones de los tratados internacionales antes mencionados, estima no obstante que estos tratados así como las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros determinan también el contenido de los principios generales del Derecho comunitario. Esta actitud permite al Tribunal de Justicia, cuando precisa estos principios generales en el contexto (socioeconómico) propio del Derecho comunitario, tener en cuenta los imperativos de las libertades fundamentales tendentes a la unificación del mercado y los imperativos de las organizaciones comunes de mercados.[50] No obstante, ello no impide al Tribunal de Justicia observar escrupulosamente, como si se tratara de disposiciones precisas, estos derechos y libertades fundamentales introducidos en el Derecho comunitario en forma de principios generales, cuando se trata de verificar si los actos de las Instituciones comunitarias se atienen a dichos principios y anularlos o invalidarlos cuando resulten incompatibles con éstos.

31. Hasta la fecha el Tribunal de Justicia no ha respondido de forma clara en qué medida es competente para examinar la conformidad de las normativas nacionales con los principios generales del Derecho comunitario que consagran los derechos y libertades fundamentales.[51]

En la sentencia Cinéthèque[52] que versa sobre un problema de libertad de expresión, el Tribunal de Justicia decidió lo siguiente a propósito del artículo 10 del CEDH:

«Si bien es cierto que incumbe al Tribunal de Justicia asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito propio del Derecho comunitario, no le corresponde, sin embargo, examinar la compatibilidad con el Convenio Europeo de una norma que, como en el presente caso, pertenece a un terreno cuya apreciación corresponde al legislador nacional» *(traducción provisional);* apartado 26).

En la sentencia Demirel dictada posteriormente,[53] el Tribunal de Justicia reformuló la última parte de la frase mencionada de la siguiente forma:

«[...] que el Tribunal de Justicia [...] no puede apreciar la compatibilidad de una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos» (apartado 28).

En la sentencia Wachauf, que es más reciente,[54] el Tribunal de Justicia se centró en

49 — Citada en la nota 16.

50 — Estas libertades comunitarias confieren con frecuencia una dimensión suplementaria a los derechos fundamentales «tradicionales»: tal es el caso, entre otros, en la sentencia de 28 de octubre de 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219), y en la sentencia Johnston, antes citada. En cambio, las normas en las que se basan las organizaciones comunes de mercados entran a menudo en conflicto con los derechos fundamentales «tradicionales»: así en la sentencia de 13 de diciembre de 1979, Hauer (44/79, Rec. p. 3727). A propósito de esta última sentencia, véase igualmente el punto 35.

51 — Véase a este respecto Weiler, J.: «The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action», en: *Du Droit international au droit de l'intégration,* Liber Amicorum Pierre Pescatore, 1987, pp. 821 y ss., con una referencia, en las pp. 836 y 837 a Estados Unidos, donde el problema se planteó igualmente.

52 — Citada en la nota 36.

53 — Sentencia de 30 de septiembre de 1987 (12/86, Rec. p. 3719).

54 — Sentencia de 13 de julio de 1989 (5/88, Rec. p. 2609).

la cuestión de la compatibilidad de una normativa comunitaria con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales y afirmó:

«Dichas exigencias vinculan asimismo a los Estados miembros cuando aplican normativas comunitarias» (apartado 19).

Se deduce de esta jurisprudencia que, cuando se trata de controlar una normativa nacional adoptada en aplicación de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia examina si aquélla es compatible con los derechos y libertades fundamentales. No puede afirmarse, en el presente asunto, que la prohibición de informar, deducida de una disposición constitucional nacional, constituya una aplicación del Derecho comunitario. La sentencia Demirel dio sin embargo una formulación más amplia, ya que en ella se consideró suficiente que la normativa nacional se situara en el ámbito comunitario. Ahora bien, ¿no debe admitirse que una normativa nacional que, para ser compatible con el Derecho comunitario, debe referirse a conceptos jurídicos como las razones imperiosas de interés general o al orden público —cuyo alcance, según reconoce el Tribunal de Justicia, no puede ser definido unilateralmente por cada Estado miembro (véase punto 26)— está comprendida «dentro del ámbito» del Derecho comunitario? Si bien es cierto que estos conceptos pueden ser definidos, en gran medida, por los Estados miembros, ello no impide, sin embargo, que deban justificarse y delimitarse de modo uniforme para el conjunto de la Comunidad en función del Derecho comunitario, es decir teniendo en cuenta asimismo los principios generales relativos a los derechos y libertades fundamentales que son parte integrante del Derecho comunitario y cuyo respeto debe asegurar el Tribunal de Justicia.

Por otra parte, hablando en sentido estricto, esta concepción no es incompatible con el enfoque adoptado por el Tribunal de Justicia en el asunto Cinéthèque. En la sentencia dictada en dicho asunto, el Tribunal de Justicia declaró que su control no se sitúa «dentro de un ámbito cuya apreciación corresponde al legislador nacional», declaración que es exacta en términos generales. No obstante, cuando se trata de una normativa nacional que surte efectos en un ámbito regido por el Derecho comunitario (en el presente caso el artículo 59 del Tratado CEE) y que, para ser admisible en Derecho comunitario, debe poder justificarse amparándose en conceptos o principios tomados de éste, la apreciación de esta normativa nacional deja de ser competencia exclusiva del legislador nacional.[55]

Compatibilidad de la prohibición de informar con los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales

32. Si se admite el razonamiento anterior, procede examinar de nuevo, esta vez a la luz de los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales, si una prohibición general de difundir entre las mujeres encintas informaciones de tipo asistencial relativas a abortos legalmente practicados en el extranjero puede justificarse con arreglo al Derecho comunitario. Visto desde este nuevo ángulo, procede examinar la cuestión incorporando los dos puntos siguientes: por una parte, si el objetivo perseguido por la normativa nacional, es decir, la promoción de un juicio de valor ético sobre la protección

55 — Véase, en este mismo sentido, J. Weiler en el artículo citado en la nota 51, pp. 840 y 841, que señala que, por otra parte, el Tribunal de Justicia controla ya en la actualidad la conformidad de dichas normativas nacionales con el Derecho comunitario y, más en particular, con el principio de proporcionalidad.

de la vida intrauterina, principio consagrado en la Constitución del Estado miembro de que se trata, es compatible con los citados principios generales; y, por otra, si la libertad de expresión, que es parte integrante del Derecho comunitario y corre pareja con la libre prestación intracomunitaria de servicios garantizada por el mismo Derecho (incluida la libertad de recibir los servicios de que se trata y de difundir informaciones al respecto), no se ve limitada de modo inadmisible por la normativa nacional analizada.

33. El Juez nacional no ha preguntado al Tribunal de Justicia (véase punto 13) si una normativa nacional que protege la vida intrauterina mediante la estricta prohibición del aborto es compatible con los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales. Por otro lado, las partes no han intercambiado alegaciones sobre este punto ante el Tribunal de Justicia. Tampoco se han aportado al Tribunal de Justicia elementos de hecho o de Derecho sobre el alcance y la aplicación de la normativa en materia de aborto vigente en el Estado miembro interesado (más en concreto en lo que se refiere al modo en que ha tenido en cuenta el derecho de la madre a la vida al que el artículo 40.3.3° de la Constitución irlandesa se refiere expresamente). Esta es la razón por la cual parto de la hipótesis de que no puede decirse de la prohibición de informar de que se trata en el presente asunto —destinada a impedir la posibilidad de prestar asistencia para la realización de un aborto— que persiga un objetivo incompatible en sí mismo con los citados principios generales del Derecho comunitario.

En aras de la exhaustividad, señalaré, no obstante, que, hasta la fecha, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de normativas reguladoras del aborto con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, pero existen algunas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, la citada Comisión se ha abstenido en éstas de pronunciarse de forma general sobre si el artículo 2 del Convenio protege la vida del feto y, en caso de que así sea, en qué medida.[56] Tan sólo ha indicado que, habida cuenta de la protección de la vida de la madre garantizada sin duda por el Convenio, el feto no puede en modo alguno gozar de un derecho ilimitado a la vida (como afirmaba un hombre que criticaba una normativa nacional por no oponerse a que su mujer se sometiera a un aborto).[57] En un asunto anterior, la Comisión Europea de Derechos Humanos desestimó la denuncia de dos mujeres que invocaban el artículo 8 del Convenio a fin de que se condenara, por constituir una injerencia en su vida privada, una normativa nacional que únicamente autorizaba el aborto durante un determinado período y/o únicamente en determinadas condiciones.[58]

De ello se deduce que, hasta la fecha, la Comisión Europea de Derechos Humanos se ha abstenido de recomendar a los Estados que garanticen un determinado nivel de protección de la vida intrauterina *en la medida en que* la normativa nacional de que se

56 — Véase, a este respecto, Peukert, W.: «Human rights in international law and the protection of unborn human beings», en *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gerard Wiarda*, 1988, pp. 511 ss. y en especial Van Dijk, P., y Van Hoof, G.: *De Europese conventie in theorie en praktijk*, 1990 (tercera edición revisada y corregida), pp. 243 y ss. En 1990 la segunda edición de una versión inglesa de este libro, a la que me referiré más adelante, apareció con el título *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. La problemática que nos ocupa es abordada en las pp. 218 y ss.

57 — Informe en el asunto 8416/79, X/Reino Unido, D & R 19 (1980), p. 244.

58 — Informe en el asunto 6959/75, Brüggemann y Scheuten/Alemania, D & R 10 (1978), p. 100.

trata protege el derecho de la madre a la vida y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión.

34. Resta por examinar si es conforme con los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales que un Estado miembro prohíba comunicar y recibir informaciones de tipo asistencial sobre abortos legalmente practicados en otros Estados miembros violando de esta forma la libertad de expresión de los particulares. Se trata aquí de poner en la balanza dos derechos fundamentales: por una parte, el derecho a la vida, tal como lo define el Estado miembro que lo declara aplicable a la vida intrauterina y, por otra, la libertad de expresión, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario en relación con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y con los tratados e instrumentos europeos e internacionales relativos a los derechos fundamentales, en particular, el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Se deduce del apartado 1 del artículo 10 del Convenio, que garantiza «la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras», que dicha prohibición constituye una violación de la libertad de expresión enunciada principalmente en este artículo. Como he indicado anteriormente (punto 19), ello resulta de la jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión Europeos de Derechos Humanos relativa al artículo 10 del Convenio. Si la expresión de opiniones de carácter comercial goza de la protección garantizada por el artículo 10, la difusión de informaciones destinadas a influir en la opinión pública merece *a fortiori* ser protegida. Se trata en el presente caso de informaciones difundidas, no por los prestadores de servicios, establecidos en Gran Bretaña, sino por asociaciones de estudiantes irlandesas que difunden estas informaciones gratuitamente, y actúan con el convencimiento de que las mujeres encintas deben recibir informaciones útiles sobre las clínicas que practican abortos.

Del texto del apartado 2 del artículo 10 del Convenio así como de la jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión Europeos de Derechos Humanos, resulta sin embargo que los Estados miembros pueden imponer a la libertad de expresión restricciones «previstas por la ley» (lo que incluye también normas jurídicas no escritas cuando éstas sean suficientemente accesibles y claras para el ciudadano que debe respetarlas; véase asimismo el apartado 36) [59] siempre que dichas restricciones «constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática [...] para la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección [...] de los derechos ajenos [...]». Los Estados disponen a tal fin de una potestad de apreciación que ejercen no obstante bajo el control jurisdiccional. [60] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos verifica a este respecto si las medidas nacionales persiguen un fin lícito y si son necesarias en una sociedad democrática para alcanzar dicho fin, es decir, si responden a una necesidad social urgente («pressing social need») y guardan proporción con el objetivo perseguido. [61]

59 — Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de abril de 1979, Sunday Times, Publ. Tribunal, Serie A, volumen 30, pp. 30 y 31.

60 — Véase la sentencia Markt Intern, antes citada (nota 17), apartado 33.

61 — Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de marzo de 1983, Silver, Publ. Tribunal, Serie A, volumen 61, pp. 37 y 38.

Paralelamente al apartado 1 del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, el artículo 5 de la Declaración de los derechos y libertades fundamentales del Parlamento Europeo establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende «la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas, en particular filosóficas, políticas y religiosas». Según el artículo 26, que es una disposición de carácter general que precisa los límites de los derechos y libertades enumerados en la Declaración, esta libertad sólo puede «ser restringida, dentro de los límites razonables y necesarios en una sociedad democrática, por una ley que respete en cualquier caso su contenido esencial».

35. De lo anterior se deduce que, en un caso como el que nos ocupa en el que los derechos fundamentales entran en conflicto unos con otros, la jurisprudencia relativa al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos emplea un criterio análogo al principio de proporcionalidad utilizado en Derecho comunitario. Esto se deduce asimismo de la sentencia Hauer [62] dictada por el Tribunal de Justicia en un asunto que tenía por objeto un conflicto entre un objetivo de interés general de la Comunidad (ejecución de medidas de política estructural en el marco de una organización común de mercados) y el derecho de propiedad garantizado por los principios generales del Derecho comunitario. Al examinar la normativa (comunitaria en aquel caso), el Tribunal de Justicia verificó si las restricciones contenidas en esta normativa podían considerarse lícitas (considerando vigésimo segundo) y si respondían efectivamente «a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y si no constituyen, en relación con el fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, que vulneran la esencia misma del derecho de propiedad» *(traducción provisional;* considerando vigésimo tercero).

Supongo que conforme a este enfoque general de la problemática de los derechos fundamentales (véase el punto 30), el Tribunal de Justicia tendrá especialmente en cuenta, en lo referente a la aplicación del principio de proporcionalidad, la manera en que se delimita dicho principio en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión Europeos de Derechos Humanos. Esto no será difícil, por otra parte, dado que exceptuando determinados matices, [63] los principales componentes del principio de proporcionalidad tal como se utilizan en el Convenio y en el Derecho comunitario parecen los mismos. Respecto a la problemática que nos ocupa y habida cuenta de estos componentes, procede, a mi juicio, verificar los puntos siguientes en función del principio de proporcionalidad. En primer lugar, ¿es el fin perseguido por la prohibición de informar de que se trata un objetivo lícito de interés general que responda a una necesidad social imperiosa? En segundo lugar, ¿se realiza este fin por medios necesarios (y aceptables) en una sociedad democrática para alcanzar dicho fin? En tercer lugar, ¿guardan proporción los medios utilizados con el fin perseguido y no lesionan gravemente el derecho fundamental interesado, en el presente caso la libertad de expresión?

62 — Citada en la nota 50.

63 — Véase, por ejemplo, el significado del término «necesarios» en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, Van Dijk y Van Hoof, antes citados (nota 56), pp. 588 y 589 de la edición inglesa.

36. Llegado a este punto de mis conclusiones, me centraré en el asunto que se sometió a la Comisión Europea de Derechos Humanos tras la sentencia Open Door Counselling, antes citada (en el punto 3), dictada por la Supreme Court irlandesa el 16 de marzo de 1988. Este asunto versaba en particular sobre la compatibilidad con el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de la prohibición de informar impuesta en Irlanda igual a la que ahora nos ocupa.

Tras haber acordado la admisión de las demandas mediante decisión de 15 de mayo de 1990, la Comisión presentó, el 7 de marzo de 1991, un informe sobre el fondo del asunto, del que sin embargo sólo puedo extraer enseñanzas limitadas sobre la aplicación del principio de proporcionalidad. Es cierto que la Comisión observó una restricción de la libertad de expresión garantizada por el apartado 1 del artículo 10 del Convenio y declaró que el apartado 2 del artículo 10 del mismo texto legal no era de aplicación. Sin embargo, se funda a tal fin en el motivo de que la limitación observada no estaba «prevista por la ley» «en el momento en que se produjeron los hechos» («at the material time»), es decir, «antes de la sentencia de la Supreme Court» («prior to the Supreme Court judgement») de 16 de marzo de 1988 (apartado 52 del informe). Esto vale tanto para los considerandos (apartados 44 a 53 del informe) referentes a las demandas de dos centros de orientación y de dos trabajadores de uno de éstos, como para los considerandos (apartados 54 a 57) relativos a las demandas de dos mujeres que actuaban en nombre propio (pero que no estaban encintas). En cuanto a las primeras demandas, el Gobierno irlandés había reconocido hallarse ante una restricción al apartado 1 del artículo 10 del Convenio en tanto que no lo había reconocido respecto de las segundas. La Comisión Europea de Derechos Humanos admite, para las dos categorías de recursos, que la libertad de expresión (incluida la libertad de recibir opiniones) había sido limitada de este modo *y* que esta limitación era inadmisible con arreglo al apartado 2 del artículo 10 *por* no estar prevista «por la ley» en el momento en que se produjeron los hechos (concepto que comprende una norma jurídica no escrita) de forma suficientemente accesible y clara. Por consiguiente, la Comisión no examinó la necesidad y/o la proporcionalidad de la medida controvertida, como tampoco examinó la licitud en sí del fin perseguido por dicha medida (véase apartado 52, *in fine*, en relación con el apartado 43 de la decisión).

En cambio, de la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos resulta que —desde que la Supreme Court definió de manera suficientemente accesible y clara las consecuencias del artículo 40.3.3° de la Constitución irlandesa en lo tocante a la información sobre los servicios en materia de aborto en su sentencia Open Door Counselling de 16 de marzo de 1988— dicha prohibición nacional está actualmente [64] «prevista por la ley» de modo suficiente (a saber: por una norma jurídica no escrita, desde entonces expresamente regulada, de la common law).

37. Si bien la formulación del principio de proporcionalidad no plantea dificultades especiales (véase punto 35), su aplicación suscita sin embargo otra cuestión, a saber: la cuestión del alcance de la potestad de apreciación de los Estados miembros a la hora de estimar lo que es una restricción necesa-

64 — Actualmente, es decir: en el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal en que la demandante, la SPUC, se basó precisamente en la sentencia de la Supreme Court de 16 de marzo de 1988 para iniciar un procedimiento contra los demandados (véanse puntos 3 y 4).

ria y proporcional, y por ello lícita, de uno de los derechos fundamentales protegidos por los artículos 8 a 11 del Convenio. En la jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión Europeos de Derechos Humanos, la respuesta a esta cuestión depende en gran medida de la materia de que se trate. [65]

Esta cuestión es tanto más delicada cuando se trata, como en el presente caso, de apreciar dos derechos fundamentales tan importantes como, por una parte, el derecho a la libertad de expresión, cuyo carácter fundamental en una sociedad democrática destaca como premisa el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, por otra, el derecho a la vida, tal como se aplica a la vida intrauterina en el Estado miembro de que se trata basándose en un juicio de valor ético fundamental consagrado en la Constitución. Respecto a los juicios de valor éticos, existe, sin embargo, una jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual, cuando no existe una concepción europea uniforme sobre la moral:

«Gracias a su contacto directo y constante con las fuerzas vivas de su país, las autoridades del Estado se hallan en principio en una posición más favorable que el Juez internacional para pronunciarse acerca del contenido preciso de estas exigencias [de protección de la moral] y sobre la "necesidad" de una "restricción" o "sanción" destinada a responder a aquellas.» [66]

Ahora bien, tratándose de la protección de la vida en gestación, no existe una concepción moral común a los Estados miembros ni en el interior de cada Estado miembro (salvo en lo que se refiere al respeto del derecho de la madre a la vida) de las condiciones en que se permite o debería permitirse el aborto. No existe tampoco jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda aportar una orientación ni (salvo la misma excepción) jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (punto 33). Ello se deduce asimismo de numerosas opiniones distintas, antagónicas sobre este punto, de los miembros de la mencionada Comisión anexas a la decisión que acabo de comentar (punto 36). [67]

En consecuencia, considero que, respecto al presente asunto, procede atribuir un amplio margen de apreciación a cada Estado miembro. Esto se deduce igualmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la potestad de apreciación atribuida a los Estados miembros cuando se trata de definir, dentro de los límites trazados por el Derecho comunitario, lo que debe entenderse por orden público y moralidad pública. Incumbe a cada Estado miembro definir estos conceptos conforme a la «propia escala de valores» (punto 26).

38. A propósito de la normativa nacional a la que nos enfrentamos concretamente, debo examinar, asimismo, si un Estado miembro puede estimar, dentro de los límites del am-

65 — Léanse a este respecto Van Dijk y Van Hoof, antes citados (nota 56), pp. 583 a 606 de la edición inglesa, en especial en las pp. 604 a 606.

66 — Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 1979, Handyside, Publ. Tribunal, Serie A, volumen 24, p. 22. Véase, asimismo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de mayo de 1988, Müller, Publ. Tribunal, Serie A, Volumen 133, nº 35.

67 — Respecto a la cuestión de la necesidad y de la proporcionalidad, tres miembros estiman que la prohibición de informar no es una restricción lícita y cinco miembros la consideran admisible.

plio margen de apreciación de que goza, que una prohibición general (suficientemente accesible y clara en el momento en que se produjeron los hechos), que impide comunicar en el interior de su territorio informaciones de tipo asistencial sobre abortos practicados en dicho Estado miembro o en otros Estados miembros, puede considerarse una restricción necesaria y no desproporcionada de la libertad de expresión, en relación con el juicio de valor ético que esta prohibición pretende concretar y considerado fundamental en dicho Estado miembro en el cual se estima que la vida en gestación merece la más amplia protección. Opino que éste es exactamente el caso, y ello en función del principio de proporcionalidad descrito con anterioridad (punto 35), principio cuyos tres componentes me propongo analizar seguidamente.

Nadie discute en el presente litigio que el fin perseguido por la prohibición de informar de que se trata sea lícito (punto 33). Por otra parte, ninguna de las opiniones que acompañan a la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos a que me he referido con anterioridad (punto 36) niega esta cuestión: los miembros de la mencionada Comisión, que, basándose en el principio de proporcionalidad, estimaron que la normativa nacional de que se trata era compatible con el apartado 2 del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,[68] consideran también que la protección de las buenas costumbres constituye un motivo de justificación admisible. El motivo de justificación correcta reside, en mi opinión, con arreglo a los principios generales del Derecho comunitario, en la protección del orden público y/o de la moralidad pública por tratarse aquí de una normativa que halla su justificación en un juicio de valor ético considerado en el Estado miembro de que se trata como uno de los pilares del ordenamiento jurídico[69] y consagrado en la Constitución tras una consulta popular organizada en 1983 mediante referéndum. De ello se deduce igualmente que se trata aquí de un objetivo de interés general que responde a una necesidad urgente.

En lo que respecta a la exigencia de que la restricción impuesta sea necesaria en una sociedad democrática para alcanzar el fin perseguido, estimo, en atención a lo afirmado por mí en el punto anterior, a la descripción de la normativa nacional y al contexto fáctico que se deducen de las cuestiones prejudiciales,[70] que las autoridades nacionales de que se trata pueden considerar que una prohibición de comunicar informaciones de tipo asistencial es necesaria para dotar de eficacia al juicio de valor consagrado en la Constitución sobre la protección que merece la vida intrauterina. Respecto al carácter limitado de la prohibición (véase lo que se dirá más tarde) y al fundamento jurídico de ésta, a saber, una disposición constitucional sobre el respeto de la vida intrauterina adoptada como consecuencia de un referéndum, considero que las autoridades nacionales pueden estimar que la prohibición es aceptable en una sociedad democrática.

68 — H. G. Schermers, letra b) de su «concurring opinion» («opinión conforme»); Sir Basil Hall, apartado 9 de su «partly concurring and partly dissenting opinion» («opinión parcialmente conforme y parcialmente divergente»).

69 — Véase la definición del concepto de orden público dada por el Tribunal de Justicia: punto 26. Este concepto no se utiliza de manera unívoca en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: véase Van Dikj y Van Hoof, antes citados (nota 56), edición inglesa, pp. 584 y ss.

70 — No corresponde a este Tribunal de Justicia tener en cuenta argumentos de hecho como los presentados por los demandados en el procedimiento principal, a saber, que la prohibición de informar provoca que se practiquen abortos en un estado más avanzado del embarazo, lo que implica riesgos más elevados para la salud de la mujer, argumentos de hecho que el Juez nacional no ha comunicado al Tribunal de Justicia como hechos probados.

Asimismo, en cuanto a la exigencia de que la normativa de que se trata no sea desproporcionada respecto al fin que persigue, estimo acertado el criterio de las autoridades nacionales de que ése no es el caso tratándose de una normativa como la que aquí nos ocupa, normativa que se limita a prohibir las informaciones de tipo asistencial sin impedir otros tipos de información ni la libertad de expresión sobre la admisibilidad del aborto y que no se extiende a medidas limitativas de la libertad de circulación de las mujeres encintas o a imponer exámenes inoportunos.

Conclusión y análisis del artículo 62 del Tratado CEE

39. En atención a todo lo anterior, concluyo que las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de servicios no impiden que un Estado miembro en el que la protección de la vida en gestación se reconoce como principio fundamental en la Constitución y en la legislación, imponga una prohibición general, aplicable a todas las personas con independencia de su nacionalidad y de su lugar de residencia, de prestar asistencia a mujeres que residen en un Estado miembro, sea cual fuere su nacionalidad, con vistas a una interrupción del embarazo, en especial mediante la difusión de informaciones sobre la denominación y el emplazamiento de clínicas que practican el aborto establecidas en otro Estado miembro, y sobre el modo de ponerse en contacto con ellas, y esto aun cuando los servicios médicos de interrupción del embarazo y las informaciones relativas a ellos sean distribuidos en ese otro Estado miembro de conformidad con la legislación en vigor en este último. Como se deduce del análisis anterior, esta conclusión no es incompatible con los principios generales del Derecho comunitario relativos a los derechos y libertades fundamentales.

40. En atención a esta conclusión, me permito ser breve respecto al argumento que los demandados del litigio principal pretenden deducir del artículo 62 del Tratado CEE. Según esta disposición, los Estados miembros «no introducirán nuevas restricciones a la libertad efectivamente lograda, en materia de prestación de servicios, en el momento de la entrada en vigor del Tratado [CEE], salvo lo dispuesto en este último». Los demandados en el litigio principal estiman que esta disposición del Tratado influye sobre la interpretación de la disposición incluida en la Constitución irlandesa en 1983 y en la cual la Supreme Court basó la prohibición mencionada de difundir informaciones. En su opinión, esta disposición constitucional no puede interpretarse en el sentido de que introduce una nueva restricción a la circulación de servicios en relación con la situación alcanzada en el momento de la adhesión de Irlanda a la Comunidad.

Basta destacar a este respecto que el artículo 62 del Tratado CEE no es aplicable a normativas nacionales que impliquen una restricción a la circulación de servicios que, a semejanza de la prohibición de informar antes mencionada, no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE por las razones imperiosas de interés general a que me he referido con anterioridad, salvo si la nueva

disposición introduce la normativa nacional dentro del citado ámbito de aplicación, lo que no es el caso, como ha demostrado el análisis precedente.

En aras de la exhaustividad, deseo indicar que el artículo 62 del Tratado CEE, como por otra parte el artículo 53 que se refiere al derecho de establecimiento, debe interpretarse en el mismo sentido que el párrafo primero del artículo 32 del Tratado CEE. Dicho artículo obliga a los Estados miembros a abstenerse de restringir aún más los contingentes y las medidas de efecto equivalente existentes en la fecha de entrada en vigor del Tratado. En la sentencia Motte,[71] el Tribunal de Justicia consideró a este respecto lo siguiente:

«Esta disposición tenía por única finalidad evitar que los Estados miembros restringieran aún más, durante el período transitorio, medidas que debían suprimirse a más tardar al finalizar este último. Tras la expiración del período transitorio, la disposición citada no añade nada a las disposiciones de los artículos 30 y 36 del Tratado» *(traducción provisional).*

A mi juicio, el artículo 62 del Tratado CEE perseguía la misma finalidad que el citado artículo 32, a saber: evitar que los Estados miembros restringieran aún más durante el período transitorio medidas que debían suprimirse a más tardar al final del citado período. Tras la expiración del período transitorio, el artículo 59 del Tratado CEE que exige la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, es de efecto directo.[72] Por consiguiente, desde ese momento el artículo 62 del Tratado CEE no añade nada a las disposiciones del Tratado en materia de servicios. También por esta razón, no puede acogerse el argumento que los demandados en el litigio principal deducen del artículo 62.

Respuestas que propongo

41. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda al Juez nacional de la siguiente forma:

«1) La intervención médica, practicada normalmente a cambio de una remuneración, mediante la que se interrumpe el embarazo de una mujer originaria de otro Estado miembro, con arreglo a la normativa del Estado miembro en que se practica la intervención, es un servicio (transfronterizo) con arreglo al artículo 60 del Tratado CEE.

71 — Sentencia de 10 de diciembre de 1985, Motte (247/84, Rec. p. 3887), apartado 15.

72 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299).

2) Las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de servicios no impiden que un Estado miembro, en el que la protección de la vida en gestación se reconoce como principio fundamental en la Constitución y en la legislación, imponga una prohibición general, aplicable a todas las personas con independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia, de prestar asistencia a mujeres que residen en este Estado miembro, sea cual fuere su nacionalidad, con vistas a una interrupción del embarazo, en especial mediante la difusión de informaciones sobre la denominación y el emplazamiento de clínicas establecidas en otro Estado miembro que practican el aborto, y sobre el modo de ponerse en contacto con ellas, y esto aun cuando los servicios de interrupción médica del embarazo y las informaciones relativas a ellos sean distribuidas de conformidad con la legislación en vigor en este otro Estado miembro.»