

LA DECISIÓN SOBRE ABORTO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS “A, B AND C V. IRELAND” Y SU IMPORTANCIA PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO

Verónica Undurraga¹

Este trabajo analiza la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos *A, B and C v. Ireland*, que condenó a Irlanda por violar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la vida privada) al no cumplir con su obligación positiva de establecer un régimen legislativo o reglamentario que estableciera un procedimiento efectivo por el cual la demandante, una mujer embarazada, pudiera determinar si calificaba para realizarse un aborto legal en Irlanda, de acuerdo con el artículo 40.3.3 de la Constitución. El artículo explica los alcances de esta sentencia en el contexto de la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos y anticipa la influencia que esta decisión puede tener en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Introducción

A fines del año 2010, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte EDH), con su sentencia en el caso *A, B and C v. Ireland*², escribió un nuevo capítulo en el desarrollo de la jurisprudencia de derechos humanos en materia de aborto y protección de la vida prenatal. Este trabajo analiza el fallo desde el contexto más amplio de la discusión sobre el estatus de la vida del *nasciturus* y el tratamiento del aborto en el derecho internacional de los derechos humanos, haciendo especial énfasis en aquellos aspectos en que la decisión puede tener influencia en futuros casos que deban resolver los ór-

¹ Abogada de la Universidad de Chile, diplomada en Instituciones Modernas de Derecho de Familia, Master of Laws (LL.M.) Columbia University N.Y. y candidata a doctora en derecho por la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como Directora del Programa Mujeres y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La autora agradece la ayuda brindada por la ayudante María de los Ángeles González.

² Corte EDH. Case of A, B and C v. Ireland, Fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010.

ganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos). El artículo se divide en tres partes. En la primera parte se describen los hechos (1.1), el régimen jurídico del aborto en Irlanda (1.2), los argumentos de las partes (1.3) y la decisión de la Corte EDH (1.4). En la segunda parte se explica cómo se inserta este fallo dentro de la línea jurisprudencial que ha desarrollado la Corte EDH sobre el aborto y la protección de la vida prenatal. Finalmente, en la tercera parte, se analiza la influencia que podría tener este caso en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ante la eventualidad que deba resolver una denuncia por violación de derechos de la mujer reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) basada en los efectos de la penalización estricta del aborto que existe en la mayoría de los Estados parte de la CADH.

I

1.1. Los hechos

Las denunciadas en el caso son dos mujeres irlandesas (A y B) y una mujer de nacionalidad lituana (C), todas adultas y residentes en Irlanda, quienes tienen en común haber viajado al Reino Unido a practicarse un aborto durante el año 2005. La denunciada A es una mujer que vive en situación de pobreza, cesante, que había sido alcohólica y quien al momento de embarazarse estaba enfrentando una depresión y tratando de recuperar la tuición de sus cuatro hijos, uno de ellos discapacitado. Decidió abortar porque pensó que un nuevo embarazo perjudicaría las opciones para reunirse nuevamente con su familia. Para pagar el aborto en una clínica privada de Inglaterra, consiguió el dinero con un prestamista. Viajó secretamente y volvió a Irlanda al día siguiente de haber abortado, para no perderse la visita a sus niños. A su retorno sufrió una hemorragia y debió someterse a un procedimiento de curetaje. Afirma haber sufrido dolores, náuseas y sangramiento en las semanas posteriores, pero no buscó consejo médico.

Por su parte, la denunciada B se embarazó a pesar de haber tomado anticoncepción de emergencia. Dos médicos le señalaron que había un riesgo importante de que tuviera un embarazo ectópico, pero al momento de realizarse el aborto ese riesgo se había ya descartado. Abortó por no estar preparada para cuidar un hijo en esa etapa de su vida. Tuvo ciertas dificultades en conseguir el dinero para viajar a Inglaterra y pagó el viaje con la tarjeta de crédito de una amiga. En la clínica en que se practicó el aborto le aconsejaron que dijera a sus médicos irlandeses que había tenido

un aborto espontáneo. Al regresar a Irlanda, comenzó a tener coágulos y, estando insegura de haber cometido una ilegalidad por viajar para abortar, recurrió a una clínica de Dublín afiliada a la clínica inglesa donde se había hecho la intervención.

Por último, la denunciante C se encontraba en la etapa de remisión de un cáncer cuando quedó embarazada. Su médico le había señalado anteriormente que era imposible prever los efectos de un embarazo en el desarrollo de la enfermedad. Sin conocer aún de su embarazo, se realizó una serie de exámenes médicos contraindicados para su estado. Alega que, como consecuencia del efecto paralizante (*chilling effect*) que produce la penalización del aborto en los médicos, recibió información insuficiente sobre los efectos que los exámenes y el embarazo podían tener sobre su vida y salud. Después de investigar ella misma en Internet, decidió abortar en Inglaterra. A su regreso a Irlanda, sufrió complicaciones derivadas de un aborto incompleto, incluyendo prolongadas hemorragias e infección.

1.2 Régimen jurídico del aborto en Irlanda

La regulación del aborto vigente en Irlanda es muy particular y solo puede entenderse como resultado de difíciles compromisos entre valores e intereses políticos, que han ido plasmándose en reformas constitucionales, legislación, medidas administrativas e interpretaciones jurisprudenciales. En esta sección se hace referencia a estos antecedentes, cuya consideración fue fundamental en la sentencia de la Corte EDH en el caso que analizamos.

En Irlanda el aborto está penado en la sección 58 de la *Offense Against the Person Act*, que establece la pena de presidio perpetuo para la mujer y los terceros que realicen actos ilegales con el fin de provocar un aborto.³ A pesar de lo estricta de esta norma, previéndose que la jurisprudencia pudiera interpretarla de manera de admitir algunas causales de aborto, se realizó un referéndum el año 1983, por el cual se incorporó el siguiente texto, con el fin de dar estatus constitucional al derecho a la vida del *nasciturus*:

Artículo 40.3.3 “El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con debido respeto a igual derecho a la vida de la madre, garantiza

3 Section 58 of the Offences Against the Person Act 1861: “Every women, being with child, who, with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, shall be guilty of a felony, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude for life.”

en sus leyes respetar y, en la medida que sea practicable, por sus leyes defender y afirmar ese derecho”⁴.

Como puede apreciarse, el texto, aunque establece la igual jerarquía del derecho a la vida del *nasciturus* y de la mujer embarazada, condiciona la obligación de protección de la vida prenatal a la *medida de lo practicable*.

La primera ocasión de probar el alcance de la protección de la vida prenatal bajo esta norma se dio cuando la Corte Suprema de Irlanda falló que era ilegal difundir información que incluyera datos de contacto respecto de servicios de aborto ofrecidos en el extranjero, que tuviera el efecto de facilitar la comisión de abortos.⁵ Las organizaciones afectadas por este fallo recurrieron a la Corte EDH, la que el año 1992, en el caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, condenó a Irlanda por violar el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que reconoce el derecho a la libertad de expresión.⁶

La siguiente oportunidad que tuvo la Corte Suprema irlandesa de interpretar la norma constitucional se dio en la causa *Attorney General v. X and Others* que tuvo un gran impacto en la sociedad irlandesa por las trágicas circunstancias del caso. X era una niña de 14 años cuando quedó embarazada producto de una violación. Antes de llevarla a realizarse un aborto al Reino Unido, los padres de X preguntaron a la policía irlandesa si era posible realizar pruebas científicas a los tejidos fetales para determinar la identidad de la persona que violó a X. La situación llegó a conocimiento del *Attorney General*, quien pidió una orden judicial para impedir que X viajara al extranjero para procurarse un aborto. La orden fue concedida, pero finalmente dejada sin efecto por la Corte Suprema de Irlanda en apelación. En *Attorney General v. X and Others*, la Corte Suprema fijó la interpretación hasta ahora vigente del artículo 40.3.3 de la Constitución, al señalar que:

El test apropiado que debe ser aplicado es que si es probable que haya un riesgo real y sustancial a la vida de la madre (distinto de un riesgo

4 Article 40.3.3 “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.”

5 Ver *Attorney General (S.P.U.C.) v. Open Door Counselling* (1988) I.R. 593. También *S.P.U.C. (Ireland) v. Grogan and Others* (1989) I.R. 753.

6 Corte EDH. *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, fondo, sentencia de fecha 29 de octubre de 1992.

a su salud), que solamente puede ser evitado por la interrupción de su embarazo, esa interrupción es permisible, de acuerdo a la interpretación correcta del Artículo 40.3.3 de la Constitución.⁷

Aplicando esta interpretación del artículo constitucional, y considerando que si la niña no accedía al aborto podría intentar suicidarse, la Corte determinó que X podía realizarse un aborto legal en Irlanda. Desde ese momento, debe entenderse que la excepción terapéutica por riesgo de vida de la madre, formulada de acuerdo al test recién citado de la Corte Suprema, incluye también el riesgo de muerte por suicidio.

La conmoción que provocaron los casos *Open Door* y *Attorney General* llevó a la realización de otro referéndum en el cual se aprobaron dos enmiendas constitucionales, cuyo objetivo específico fue autorizar la divulgación de información sobre servicios de aborto en el extranjero y la salida del país con el fin de procurarse uno.

Luego de estas reformas, el actual texto del artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda establece:

El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con debido respeto a igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en la medida que sea practicable, por sus leyes defender y afirmar ese derecho.

Esta subsección no limitará la libertad de viajar entre el Estado y otro estado.

Esta subsección no limitará la libertad de obtener o hacer disponible en el Estado, sujeta a aquellas condiciones que se establezcan por ley, información relativa a servicios legalmente disponibles en otro estado.⁸

7 Al respecto señala que “[...] the proper test to be applied is that if it is as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, which can only be avoided by the termination of her pregnancy, such termination is permissible, having regard to the true interpretation of Article 40.3.3 of the Constitution.” Corte EDH. Case of A, B and C v. Ireland, fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, párrafo 37.

8 La versión original señala que “**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. This section shall not limit freedom to travel between the State and another State. This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another State.**”

Por último, otras dos sentencias dictadas por las altas cortes irlandesas completan la interpretación judicial que se ha dado a la protección constitucional de la vida prenatal.

En la primera, la *High Court* falló que el derecho a viajar para realizarse un aborto garantizado en el artículo 40.3.3 tenía precedencia frente al derecho a la vida del no nacido. El caso se trataba de una niña embarazada de un feto anencefálico (condición incompatible con la vida extrauterina) que fue impedida por la autoridad local de viajar fuera de Irlanda para realizarse un aborto. La corte falló que no había ningún impedimento constitucional o legal para que la niña viajara al Reino Unido para practicarse un aborto.⁹

En la segunda, la Corte Suprema de Irlanda determinó, en un caso en que las partes se disputaban el derecho a disponer de embriones fertilizados *in vitro*, que la protección concedida al no nacido en el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa solo alcanzaba a los embriones o fetos implantados en el útero de una mujer y no a embriones no implantados.¹⁰

Como puede apreciarse, la sociedad irlandesa ha buscado un complejo compromiso entre sus valores culturales asociados a la identidad católica, que la llevan a prohibir en su territorio todo aborto con excepción de aquel que se realiza en caso de peligro de la vida de la mujer, y su necesidad de asumir que muchas mujeres irlandesas eluden esa prohibición viajando a otras jurisdicciones. En el contexto europeo, en que la mayoría de los países tiene regímenes liberales en materia de aborto, Irlanda ha mantenido su postura a favor de la criminalización del aborto, pero intentando minimizar los perjuicios que pueden sufrir las mujeres que recurren al aborto a pesar de la prohibición.

Con este fin, el año 1995 se dictó la legislación que regula las condiciones en que puede ser difundida la información relativa a los servicios de aborto ofrecidos en el extranjero, la *Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act 1995*. La Corte Suprema tuvo la oportunidad de darles una interpretación oficial a estas normas al hacer el examen preventivo de constitucionalidad de la ley. De acuerdo a la interpretación que hizo la Corte Suprema, estas normas permiten a las mujeres irlandesas recibir en Irlanda información sobre servicios legales de aborto que se ofrezcan fuera del país, tener a su disposición todas sus fichas clínicas y tener la garantía de que su médico irlandés pueda comunicarse con los médicos extranjeros

9 D (A Minor) v. District Judge Brennan, the Health Services Executive and the Attorney General, sentencia no publicada de la High Court, 9 de mayo de 2007.

10 High Court. MR v. TR and Others, sentencia del 15 de noviembre de 2006.

que practicarán el aborto para intercambiar información sobre la condición de la paciente. En Irlanda, los médicos pueden dar información completa a sus pacientes sobre su estado de salud, los efectos del embarazo y las consecuencias que puede éste tener sobre su vida y la salud y, en general, darle todos los antecedentes necesarios para que la propia mujer tome una decisión informada sobre si continuar o terminar el embarazo. La ley solamente les prohíbe promover la opción del aborto y contratar servicios de aborto en el extranjero a nombre de la mujer.

El año 2001 se creó la *Crisis Pregnancy Agency*, con el objetivo de prevenir los embarazos no deseados, ofrecer alternativas al aborto y entregar atención post aborto. Entre otras labores, esta agencia elaboró guías para los médicos y material informativo para las mujeres, con miras a asegurar una consejería oportuna y no condenatoria en casos de embarazos de crisis y controles médicos posteriores al aborto, cuando la mujer tomara la decisión de interrumpir su embarazo.

Diversos informes oficiales y estudios¹¹ han señalado la necesidad de dictar una legislación que especifique con claridad las condiciones médicas que justifican un aborto legal, pero hasta el momento no ha existido la capacidad política en Irlanda para avanzar en estas medidas. En ausencia de una legislación que regule estas materias, las mujeres y el personal de salud actúan en una zona de incertidumbre y recae en los tribunales de justicia definir, en cada caso específico que llegue a su conocimiento, el alcance de la autorización constitucional al aborto terapéutico.

Irlanda se encuentra bajo una presión internacional importante para que liberalice su regulación sobre aborto o al menos dicte legislación que aclare los términos de las normas actualmente existentes. El Comité de Derechos Humanos y el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), han expresado su preocupación por el carácter excesivamente restrictivo de la legislación sobre aborto,¹² el Comisionado para los Derechos Humanos llamó a las autoridades irlandesas a legislar para dar certeza legal a las normas existentes¹³ y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó, con el voto en contra de los representantes irlandeses, una resolución el año 2008 titulada *Acceso al aborto*

11 Ver referencia a estos estudios en Corte Europea de Derechos Humanos. Case of A, B and C v. Ireland, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, sección C Public Reflection Processes, párrafos 62 a 76.

12 *Ibíd.*, párrafo 110.

13 *Ibíd.*, párrafo 109.

seguro y legal en Europa en que se llama a los estados miembros a despenalizar el aborto dentro de un periodo de la gestación que sea razonable, garantizar a las mujeres el ejercicio efectivo al aborto seguro y legal, permitir a las mujeres la libertad de elección ofreciéndoles las condiciones para que tomen una decisión informada, eliminar las restricciones al aborto seguro y ofrecer condiciones apropiadas de cuidado de la salud y cobertura financiera.¹⁴

1.3. Los argumentos de las partes

Las demandantes A y B afirmaron que Irlanda había violado sus derechos garantizados en los artículos 3 (prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes), 8 (vida privada), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH, al obligarlas a viajar al extranjero para acceder a abortos que se justificaban por razones de salud y bienestar.

La demandante C alegó que la ausencia de leyes implementadoras del artículo 40.3.3 de la Constitución le impidió establecer si calificaba para un aborto terapéutico por riesgo para su vida, con lo cual se habrían violado sus derechos bajo los artículos 2 (derecho a la vida), 3, 8, 13 y 14 del CEDH.

La Corte EDH estableció como ciertos los siguientes hechos en la causa: a) que las demandantes viajaron el año 2005 a Inglaterra para interrumpir sus embarazos; b) que la demandante A abortó por razones de salud y bienestar (sus circunstancias personales de depresión, historia de alcoholismo, sus planes de recuperar la custodia de sus hijos), la demandante B por razones de bienestar (no podía hacerse cargo de su hijo) y la demandante C por miedo a que su embarazo pusiera en peligro su vida (por los efectos sobre el cáncer que padecía); c) que las demandantes enfrentaron una carga psicológica significativa por tener que viajar al extranjero para practicarse un aborto; d) que los costos económicos asociados al aborto en el extranjero constituyeron para A una carga financiera importante y para B y C, gastos considerables; y e) que solo respecto de A puede acreditarse que existió una demora en la realización del aborto no atribuible a decisiones de la propia denunciante, con las consecuencias físicas y psicológicas que ello conlleva.

El gobierno de Irlanda alegó que las demandantes no habían agotado los recursos internos que provee la legislación irlandesa para reclamar violaciones de derechos y que, de acuerdo al artículo 35.1 del CEDH¹⁵, no podían acu-

¹⁴ *Ibíd.*, párrafos 106 a 108.

¹⁵ Artículo 35.1 CEDH. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

dir al sistema internacional. La Corte EDH rechazó esta tesis argumentando que el Estado no demostró que los recursos internos existentes fueran en la práctica accesibles y efectivos.

La Corte EDH declaró inadmisibles las demandas de C respecto de la violación del artículo 2 que consagra el derecho a la vida, por considerarla manifiestamente infundada¹⁶ ya que la denunciante no habría tenido ningún obstáculo legal para viajar a Inglaterra a abortar y ninguna de sus complicaciones post aborto habrían puesto en peligro su vida. Asimismo, la Corte EDH rechazó por inadmisibles el argumento de las tres demandantes basado en la violación del artículo 3 del CEDH que prohíbe la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes. A juicio de la Corte EDH, las cargas que debieron sufrir las demandantes por tener que viajar al extranjero a abortar no fueron tan severas como para ser consideradas un trato inhumano o degradante que caiga bajo la protección del artículo 3 del CEDH. Las demandas vinculadas a violaciones del artículo 13 del CEDH, en la medida que eran accesorias a las violaciones de los artículos 2 y 3, también fueron declaradas inadmisibles.

En consecuencia, la sentencia de la Corte EDH se centró en las demandas de violación al artículo 8 y las vinculadas a éstas, de los artículos 13 y 14, que sí consideró admisibles.

1.3.1. Argumentos de las partes en relación a la violación del derecho a la vida privada (artículo 8)

Las demandantes argumentaron que las restricciones al aborto existentes en Irlanda afectaron su derecho a la vida privada y familiar, protegido por el artículo 8 del CEDH. Aunque reconocieron que estas restricciones tienen como fin la protección de la vida prenatal, alegaron que no podían justificarse por ser inefectivas y cuestionaron la legitimidad del objetivo, considerando que contraría las posturas que sobre este tema tienen los organismos de derechos humanos y la propia opinión de la población irlandesa. Las demandantes también alegaron que los medios escogidos para alcanzar el fin de protección de la vida prenatal eran desproporcionados por no respetar los derechos de las mujeres. Citan como precedente las sentencias de *Vo v. France*¹⁷ y *Tysiak v.*

¹⁶ Artículo 35.3 CEDH. El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva [...].

¹⁷ Corte EDH. Case of *Vo v. France*, sentencia de fecha 8 de julio de 2004

*Poland*¹⁸, en las que habría quedado establecido que la preservación de la vida prenatal es un fin aceptable en la medida que se reconozca un valor proporcionado a la salud y bienestar de la mujer. Las mujeres, a juicio de las demandantes, sufren desproporcionadamente los efectos de la restricción al aborto, porque, al tener que viajar al extranjero a abortar, deben enfrentar un mayor riesgo por abortos tardíos, reciben menos cuidados médicos antes y después del aborto, enfrentan cargas financieras, y experimentan la estigmatización y el peso psicológico asociados a la realización de un acto que se considera un grave crimen en su propio país. Alegaron que Irlanda debió optar por los medios alternativos que existen para proteger la vida prenatal, los que han sido favorecidos por los organismos de derechos humanos y no afectan el acceso de las mujeres a la salud.

Las denunciante hicieron notar también que la postura de Irlanda se contraponen al claro consenso que existe entre los Estados Parte del CEDH e internacionalmente, a favor de regímenes más flexibles en materia de aborto y que se considera que el estándar mínimo incluye permitir la interrupción del embarazo cuando es necesario para proteger la salud y bienestar de la mujer.¹⁹

La denunciante C ofreció argumentos adicionales. Ella sostuvo que, al no existir una legislación que implemente el artículo 40.3.3 de la Constitución, no pudo determinar si calificaba para un aborto terapéutico en Irlanda. Sin una adecuada legislación, no se sabe con certeza qué se entiende por la expresión *unborn* en el texto constitucional, cuáles son las condiciones que constituyen un peligro real y sustancial para la vida de la mujer, ni cómo se distingue entre un peligro grave para la salud y el riesgo vital. La denunciante afirmó que esta falta de procedimientos claros y la amenaza de sanciones criminales y disciplinarias, provocó en los médicos un efecto paralizante (*chilling effect*) que impidió que ella pudiera obtener una asistencia médica adecuada en Irlanda y la obligó a abortar en Inglaterra.

El gobierno irlandés afirmó que el artículo 8 no obligaba a los Estados Parte a proveer ciertos tipos de aborto y que el CEDH dejaba la decisión sobre regímenes de aborto a los procesos democráticos que se dieran en cada Estado Parte, reconociendo la diversidad de valores y tradiciones que tienen.

¹⁸ Corte EDH. *Case of Tysiac v. Poland*, sentencia de fecha 20 de marzo de 2007.

¹⁹ Las leyes de los Estados Parte del CEDH muestran que 31 de 47 estados permiten el aborto sin expresión de causa durante el primer trimestre del embarazo, 42 permiten el aborto cuando está en riesgo la salud de la mujer y 32 cuando existe anormalidad fetal. Los únicos países con regímenes estrictos como el irlandés son Malta, San Marino y Andorra.

Irlanda decidió, con acuerdo de su pueblo, proteger la vida prenatal lo que constituye un objetivo legítimo no sujeto al escrutinio de la Corte EDH. El gobierno argumentó también que las restricciones al aborto han permitido una reducción del llamado turismo abortivo y que Irlanda tiene una de las tasas más bajas de mortalidad materna de la Unión Europea. Adicionalmente, el gobierno alegó que las restricciones impuestas al derecho a la privacidad de las mujeres eran proporcionadas.

El gobierno irlandés se apoyó en jurisprudencia anterior de la Corte EDH, que deja entregado al *margen de discrecionalidad* que gozan los Estados Parte la interpretación que cada Estado haga del artículo 2 del CEDH²⁰ respecto a si incluye o no la protección de la vida prenatal. Se desprende de esta jurisprudencia, a juicio del gobierno, que los Estados Parte también pueden decidir soberanamente los límites al aborto legal que estimen conveniente adoptar, basados en sus concepciones morales, sean estas seculares o religiosas.

Rebatiendo el argumento sobre el consenso europeo respecto a dar mayor acceso al aborto legal, el gobierno objetó el intento de deducir de la legislación vigente en los Estados Parte la existencia de un derecho que no está en el texto del CEDH. De existir algún consenso, señaló, es precisamente en torno a reconocer autonomía a los estados para definir sus regímenes de aborto.

Respecto de los argumentos de la denunciante C, el gobierno señaló que los procedimientos para determinar cuándo un aborto es legal en Irlanda son claros y que, cuando la vida de la madre está en peligro, se interviene, estando prohibido a los médicos negar el tratamiento en razón de desaprobación moral. Los médicos aplican los criterios legales y la paciente tiene la posibilidad de acudir a la *High Court* si no está de acuerdo con las opiniones médicas.

El gobierno negó asimismo que las sanciones criminales produzcan un efecto paralizante en el actuar médico, señalando que no hay recuerdo de que se haya procesado a un médico bajo esta legislación.

Finalmente, el gobierno de Irlanda afirmó que sería inapropiado que la Corte EDH intentara ponderar los distintos intereses en conflicto, cuando llegar a una ponderación en el propio país ha sido resultado de un proceso largo, delicado y complejo. A juicio del gobierno, no habiendo consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, se debe dejar un amplio margen de apreciación a los Estados en esta materia.

²⁰ El artículo 2.1 en cuestión señala que “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente [...]”.

1.4. La decisión de la Corte EDH

La Corte EDH analizó el caso a partir de una serie de preguntas sucesivas, que constituyen el test habitual para determinar si existe violación de derechos del CEDH.

En primer lugar, se preguntó si las demandas basadas en la prohibición del aborto en Irlanda por razones de salud y/o bienestar y en la imposibilidad de determinar si una condición calificaba como aborto legal en ese país, caían bajo el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH que garantiza la vida privada y familiar. La Corte EDH, citando su jurisprudencia, respondió afirmativamente esta pregunta y señaló que la noción de vida privada tiene un contenido amplio que abarca, entre otros derechos, el derecho a la autonomía y desarrollo personal, el derecho a la integridad física y psicológica y la libertad para decidir tener o no hijos.

Habiendo determinado la aplicabilidad del artículo 8 al caso, en un segundo paso, la Corte EDH tuvo que definir si analizaba las denuncias desde la óptica de las obligaciones negativas (obligación de abstenerse de afectar el derecho) o desde la óptica de las obligaciones positivas (obligación de realizar una acción para asegurar el goce del derecho) que emanan para el Estado bajo el artículo 8.

Respecto de las denunciante A y B, la Corte EDH optó por analizar las denuncias como posibles incumplimientos de obligaciones negativas del Estado, ya que lo que alegaron las denunciante fue que la prohibición del aborto en Irlanda les restringió desproporcionadamente su derecho a la privacidad. En cambio, respecto de la denunciante C, la Corte EDH prefirió analizar su denuncia como un eventual incumplimiento estatal de obligaciones positivas emanadas del artículo 8, considerando que la denuncia reclamaba por la falta de implementación de una legislación que implementara el artículo 40.3.3 de la Constitución.

Una vez adoptada esta segunda decisión, la Corte EDH pasó a una tercera etapa cuyo objetivo era definir si la afectación o restricción del derecho a la privacidad de las denunciante era una restricción legítima. Esta tercera etapa se desarrolla a su vez a partir de un test que se compone de tres preguntas sucesivas: a) ¿está la restricción establecida por ley?, b) ¿se fundamenta la restricción en un objetivo legítimo? y c) ¿es la restricción necesaria en una sociedad democrática?

1.4.1 La decisión de la Corte EDH respecto de las demandas de las denunciante A y B

Respecto de las demandas de A y B, la Corte EDH determinó que la restricción cumplía con los requisitos para considerar que *estaba establecida por ley*,

porque tenían una base en la legislación interna irlandesa que era accesible para las denunciantes y que, sobre la base de esas normas, podían claramente saber que no existía un derecho al aborto en Irlanda basado en razones de salud o bienestar.

También la Corte EDH resolvió favorablemente la pregunta respecto del objetivo legítimo, al estimar que la protección de la moral, uno de cuyos aspectos en Irlanda es la protección del derecho a la vida del no nacido, es un objetivo legítimo. La Corte EDH no se convenció con los argumentos de las denunciantes que alegaron que las/os irlandesas/es ya no compartían esa postura moral, y señaló que las autoridades estatales, por estar en contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, están en mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de los requerimientos de la moral en su país y también sobre la necesidad de establecer restricciones para cumplir con esos requerimientos.

Para definir si la restricción era necesaria en una sociedad democrática, la Corte EDH, siguiendo una práctica establecida, examinó si existía una necesidad social imperiosa y si la restricción era proporcionada al objetivo legítimo perseguido, considerando que debe existir una ponderación justa entre el derecho a la vida privada de las denunciantes y el objetivo de proteger los valores morales del pueblo irlandés, y reconociendo al mismo tiempo que el Estado goza de un margen de apreciación para realizar esa ponderación.

En este caso específico, la Corte EDH otorgó un amplio margen de apreciación a Irlanda, basándose en “la aguda sensibilidad de los temas morales y éticos que surgen con la pregunta del aborto y de la importancia del interés público comprometido”²¹ La Corte EDH reconoció que existe un consenso entre los Estados Parte en permitir el aborto legal en términos más amplios que lo que lo hace Irlanda y también que normalmente se invoca el consenso para restringir el margen de apreciación que se concede a los Estados Parte. Sin embargo, en este caso, la Corte EDH señaló que el consenso no constituía razón para limitar el margen de apreciación concedido a Irlanda. La razón que dio es que el precedente del caso *Vo v. France*, que entregó a cada Estado Parte la posibilidad de decidir cuándo comenzaba la vida y si la decisión de interpretar el artículo 2 del CEDH como incluyendo o no la vida del *nasciturus*, obligaba también a incluir dentro del margen de apreciación la forma en que cada estado pondera la vida del feto con los derechos de la madre. Y, aunque

21 Corte EDH. Case of A, B and C v. Ireland, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, párrafo 233.

la Corte EDH afirmó que el margen de apreciación no es ilimitado y que la Corte EDH conserva la facultad de determinar si la restricción constituye una ponderación proporcionada de los intereses en conflicto, en la realidad la concesión de este margen amplio debilita significativamente la fuerza del escrutinio aplicado por la Corte EDH.

En el examen de proporcionalidad, la Corte EDH tuvo en consideración que, aunque la legislación irlandesa prohíbe el aborto por razones de salud y bienestar, permite a las mujeres que se encuentran en la situación de las demandantes A y B, y que quieren acceder a un aborto, viajar a otro Estado a realizárselo y recibir toda la información necesaria en Irlanda sobre dónde acudir, además de tener asegurado en su país el cuidado médico que necesitan antes y después del aborto. La Corte EDH reconoció que la prohibición del aborto en Irlanda podía ser inefectiva para proteger la vida prenatal, pero afirmó que no podía adoptar una conclusión al respecto por falta de antecedentes indisputados sobre ese punto. Tomando en cuenta estos antecedentes, la Corte EDH falló que la prohibición del aborto basado en razones de salud y bienestar, considerando que sus efectos están mitigados por el derecho a viajar al extranjero para acceder a un aborto y el derecho a acceder a información y cuidados médicos apropiados, no excedió el margen de apreciación de que goza el Estado irlandés y por lo tanto debe considerarse que constituye una ponderación justa entre el derecho a la privacidad de las denunciadas y los derechos invocados a favor del no nacido.

En consecuencia, la Corte EDH concluyó que no hubo violación del artículo 8 del CEDH respecto a las demandantes A y B.

1.4.2 La decisión de la Corte EDH respecto de las demandas de la denunciante C

La demanda de C se fundó en la omisión por parte de Irlanda de dictar legislación interna para implementar el artículo 40.3.3 de la Constitución que contemplara un procedimiento por el cual hubiera podido determinarse si ella calificaba para acceder a un aborto terapéutico en Irlanda.

La Corte EDH analizó la denuncia de C como un eventual incumplimiento por parte de Irlanda de la obligación positiva de asegurar el respeto efectivo a la integridad física y psicológica de C, protegidas bajo el contenido de la garantía a la vida privada en el artículo 8 del CEDH. La pregunta que se planteó la Corte EDH en este caso fue si el artículo 8 imponía a Irlanda la obligación de tener un procedimiento efectivo y accesible mediante el cual C hubiera podido establecer si tenía derecho a un aborto legal en ese país.

Para determinar el contenido de la obligación positiva del Estado, la Corte EDH tuvo en consideración que, en el caso de C, la determinación del riesgo a la vida que importaba su embarazo era un asunto que claramente involucraba aspectos esenciales del respeto a su vida privada.

El gobierno irlandés alegó que el procedimiento para determinar si una paciente tenía derecho a un aborto legal era la consulta médica, en la cual el médico, siguiendo los parámetros legales, podía decidir si el caso cabía dentro de la hipótesis de aborto permitido. En caso en que hubiera disconformidad entre distintas opiniones médicas, o la mujer no estuviera de acuerdo con la opinión médica, el procedimiento apropiado era acudir a los tribunales de justicia.

La Corte EDH consideró insuficiente e inefectiva la consulta médica como procedimiento para determinar el riesgo de la mujer, ya que los parámetros legales en los que tenía que basarse el médico no daban certidumbre al momento de su aplicación. Al médico se le exigía tener que basarse en los términos abstractos y generales del artículo 40.3.3 de la Constitución y, además, calificar estos términos de acuerdo a los criterios establecidos jurisprudencialmente por la Corte Suprema en el caso X. Por otra parte, el médico se veía enfrentado a la prohibición categórica contenida en las normas penales de las secciones 58 y 59 del Acta de 1861, pero debía entender que existía una excepción impuesta por la Constitución respecto del aborto terapéutico. Asimismo, a juicio de la Corte EDH, las guías médicas existentes eran insuficientes para otorgar precisión a los criterios legales. Más aun, la Corte EDH hizo notar que no existía procedimiento médico para resolver si un caso calificaba bajo la excepción terapéutica cuando había diferencia de opiniones entre la mujer y su médico o entre distintos médicos. Ante este escenario de incertidumbre, la Corte EDH estuvo de acuerdo con la demandante en que la criminalización del aborto producía un efecto paralizante en las mujeres y médicos, quienes quedaban expuestos a la posibilidad de ser sancionados criminal y/o disciplinariamente si decidían que un aborto calificaba bajo la excepción terapéutica y después se fallaba que la decisión no se conformaba a los parámetros legales.

En consecuencia, y dadas las circunstancias, la Corte EDH descartó que la consulta médica fuera un procedimiento efectivo para determinar si la condición de la denunciante calificaba en la excepción terapéutica.

La Corte EDH también fue enfática en rechazar el argumento del gobierno de que la denunciante pudo haber acudido a los tribunales de justicia para

que se hiciera esa determinación y, en caso de calificar, se oficiara a los médicos a realizar el aborto. La Corte EDH sentenció que las cortes no son el foro apropiado para definir si una mujer califica para un aborto legal, tanto porque los tribunales no son el organismo adecuado para analizar evidencia médica como, además, porque este procedimiento implicaría un desarrollo caso a caso del criterio legal aplicable para determinar el riesgo relevante a la vida de la mujer. La Corte EDH agregó que no existía información oficial respecto a los profesionales y los lugares que practican abortos legales, por lo que mal podrían los tribunales ordenar la realización de éstos.

Basada en estos argumentos, la Corte EDH consideró que “la incertidumbre generada por la falta de una implementación legal del artículo 40.3.3 y particularmente por la ausencia de procedimientos efectivos y accesibles para determinar un derecho al aborto bajo esa norma, ha resultado en una discordancia impactante entre el derecho teórico al aborto legal en Irlanda por razones de riesgo relevante para la vida de una mujer y la realidad de su implementación práctica”²².

En consecuencia, la Corte EDH declaró que Irlanda había violado el artículo 8 del CEDH por no cumplir con su obligación positiva de asegurar a la demandante C un efectivo respeto a su vida privada, al no existir un régimen legislativo o reglamentario que estableciera un procedimiento accesible y efectivo por el cual se pudiera determinar si C calificaba para realizarse un aborto legal en Irlanda, de acuerdo con el artículo 40.3.3 de la Constitución.

Habiendo fallado de esta manera, la Corte EDH no consideró necesario referirse a las supuestas violaciones al artículo 14 del CEDH y del artículo 13 respecto de la demandante C. También rechazó, por improcedente, el argumento de las demandantes A y B, respecto de una supuesta violación al artículo 13 en conjunto con los artículos 8 y 14 del CEDH.

Aplicando el artículo 41 del CEDH, la Corte EDH ordenó medidas de reparación monetaria para la demandante C. Rechazó el pago de costas porque las demandantes no las acreditaron en la forma debida.

II

La sentencia *A, B and C v. Ireland* debe leerse como una nueva pieza en el desarrollo paulatino de la jurisprudencia de la Corte EDH en materia de aborto

²² *Ibid.*, párrafo 264.

y protección de la vida prenatal. En esta parte del trabajo, se hace un breve recuento de esta jurisprudencia y se explica cómo se inserta en ella el fallo *A, B and C v. Ireland*.

Un aspecto fundamental de esta jurisprudencia dice relación con la interpretación del artículo 2 del CEDH, que establece el derecho a la vida. En lo pertinente, el texto es el siguiente:

Artículo 2. Derecho a la vida

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente [...].

La jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (institución eliminada del sistema en 1998) y de la Corte EDH ha evitado reiteradamente decidir sobre la aplicabilidad del artículo 2 del CEDH al *nasciturus*, dejando la interpretación de esta norma a los propios Estados Partes del Convenio. Esa deferencia que el sistema europeo de derechos humanos otorgó a los Estados Parte en las decisiones que precedieron a *A, B and C v. Ireland* fue la pieza central en la que el gobierno irlandés basó su defensa y terminó siendo definitiva de la sentencia de la Corte EDH en este caso.

Sin embargo, cabe destacar que la jurisprudencia europea que precedió a *A, B and C v. Ireland* afirmó también que, incluso en el caso de que el artículo 2 del CEDH fuera aplicable al feto, el derecho a la vida y salud de la mujer embarazada tiene prioridad, en caso de conflicto, sobre la protección de la vida prenatal. Es por eso que las denunciadas alegaron que la protección de la vida prenatal debía ser compatible con la protección de los derechos de la mujer que ellas afirmaban habían sido violados por Irlanda.

Como tercer elemento, es necesario tener presente que el contexto en que se había otorgado deferencia a los Estados Parte en la interpretación del artículo 2 del CEDH había sido muy distinto al que se presentó en *A, B and C v. Ireland*. La jurisprudencia del margen de apreciación en esta materia se formó en casos en que los Estados involucrados admitían el aborto en variadas circunstancias. El margen de apreciación permitió que se considerara que el artículo 2 del CEDH era compatible con legislaciones europeas que en su mayoría permiten el aborto en términos amplios.

El primer fallo relevante recae en la causa *Paton v. the United Kingdom*, donde se estableció el principio de que la protección de la vida prenatal no puede ser considerada absoluta. En esta decisión, la Comisión Europea (en

adelante Comisión EDH) señaló que el uso general del término *toda persona* en el CEDH, y el contexto en que éste fue usado en el Artículo 2 de dicho texto, no incluían al no nacido. Respecto del término *vida* en el mismo artículo, la Comisión EDH hizo notar la divergencia existente entre los Estados Partes respecto de cuándo se inicia la vida.²³

La Comisión EDH se planteó tres posibles interpretaciones del Artículo 2 del CEDH. La primera, considerar que esta norma no se aplica al feto. La segunda, interpretar que reconoce al feto un derecho a la vida, pero con ciertas limitaciones implícitas. Y la tercera, leerla como si reconociera al feto un derecho absoluto a la vida. La Comisión EDH rechazó categóricamente la tercera de estas lecturas. Señaló que “la vida del feto está íntimamente conectada y no puede ser mirada separadamente de la vida de la mujer embarazada. Si el Artículo 2 incluyera al feto y la protección de éste, sin ninguna limitación expresa, fuera vista como absoluta, un aborto tendría que ser considerado como prohibido incluso cuando la continuación del embarazo implicara un serio riesgo para la vida de la mujer embarazada. Esto significaría que la vida no nacida del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la mujer embarazada”²⁴. La Comisión EDH hizo notar que, a la fecha de la firma del CEDH, en 1950, casi todos los Estados Partes aceptaban en sus legislaciones el aborto terapéutico y que posteriormente las legislaciones internas de estos estados habían mostrado una tendencia hacia una mayor liberalización del aborto. La Comisión EDH, sin embargo, decidió no pronunciarse respecto de las otras dos interpretaciones.

En los casos que siguieron, *H. v. Norway* (1992)²⁵ y *Boso v. Italy* (2002)²⁶, la Comisión y la Corte EDH, respectivamente, reconocieron un margen de apreciación a los Estados Parte demandados para determinar si consideraban protegida o no la vida prenatal bajo el artículo 2 y si, optaban por protegerla, decidir en qué medida lo hacían.

El caso *H. v. Norway*, trata de una mujer que se había hecho un aborto legal (no terapéutico) contra la voluntad de su pareja, pero de acuerdo con las leyes noruegas. La Comisión EDH señaló que, habiendo entre los Estados Partes

23 Comisión EDH, *Paton v. United Kingdom*, Application N° 8416/79, 13 de mayo de 1980, párrafo 12.

24 *Ibid.*, párrafo 19

25 Comisión EDH, *Case of H. v. Norway*. Application N° 17004/90, decisión sobre admisibilidad, de fecha 19 de mayo de 1992.

26 Corte EDH, *Case of Boso v. Italy*. Application N° 50490/99, decisión sobre admisibilidad, de fecha 5 de septiembre de 2002.

una divergencia considerable de puntos de vista respecto a si el Artículo 2 protegía o no la vida no nacida y, de protegerla, hasta qué medida lo hacía, era necesario que en este aspecto los estados tuvieran un margen de discrecionalidad. La Comisión EDH concluyó que la decisión de la mujer, tomada dentro de los términos permitidos por la legislación de su país, no excedía ese margen de discrecionalidad²⁷, y por consiguiente, rechazó la demanda de la pareja de la mujer.

Boso v. Italy es un caso en que una mujer accedió al aborto legal contra la voluntad de su pareja. Esta vez la Corte EDH aplicó el precedente de la Comisión EDH en *H. v. Norway* y declaró que, incluso suponiendo que en ciertas circunstancias el feto pudiera ser considerado como titular de derechos bajo el Artículo 2 del CEDH, en ese caso el embarazo fue terminado en conformidad con la ley italiana, que “establecía un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y el interés estatal en proteger al feto”²⁸. Al igual que en *H. v. Norway*, la demanda de la pareja de la mujer fue rechazada.

La Corte EDH, en sentencia dictada en el caso *Vo v. France*, de 2004, recapitula la jurisprudencia precedente en los siguientes términos:

En las circunstancias examinadas hasta el momento por las instituciones del Convenio –esto es, en las varias leyes sobre aborto– el niño no nacido no es considerado como una “persona” directamente protegida por el Artículo 2 del Convenio y si el no nacido tuviera un “derecho” a la “vida”, este estaría implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre. Sin embargo, las instituciones del Convenio no han descartado la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, pudieran concederse protecciones al niño no nacido.²⁹

Vo v. France no es un caso de aborto, lo que permitió a la Corte EDH analizar la aplicabilidad del Artículo 2 del CEDH al *nasciturus* en un contexto distinto. La denunciante, en este caso, se vio obligada a someterse a la interrupción clínica de un embarazo deseado debido a la negligencia de un médico que

27 Comisión EDH, Case of *H. v. Norway*. Application N° 17004/90, decisión sobre admisibilidad, de fecha 19 de mayo de 1992.

28 Corte EDH, Case of *Boso v. Italy*. Application N° 50490/99, decisión sobre admisibilidad, de fecha 5 de septiembre de 2002.

29 Corte EDH, Case of *Vo v. France*. Application N° 53924/00, sentencia, de fecha 8 de julio de 2004, párrafo 80.

provocó la ruptura de la membrana amniótica y la pérdida del líquido en grados incompatibles con la continuación del embarazo. El asunto que debió resolver la Corte EDH fue si la ausencia de un remedio de carácter penal en la legislación francesa para castigar la destrucción no intencional de un feto constituía una violación del Estado de su deber de proteger el derecho a la vida contemplado en el Artículo 2 del CEDH.

En su sentencia, la Corte EDH nuevamente evitó decidir sobre la aplicabilidad del Artículo 2 al no nacido. Reafirmó la aplicación de la doctrina del margen de discrecionalidad de los Estados en esta materia, argumentando la falta de consenso tanto dentro de Francia como entre los Estados Partes del CEDH sobre el principio de la vida y el estatus jurídico del feto. El Tribunal señaló que no era deseable ni posible que decidiera el asunto en términos abstractos. Respecto de este caso específico, agregó que no era necesario hacerlo porque, aun en el supuesto que el Artículo 2 se aplicara al feto, la legislación francesa cumplía con las exigencias de protección a la vida impuestas por esta norma.

En 2007 el Tribunal confirmó en *Evans v. United Kingdom*³⁰ su jurisprudencia anterior y aplicó la doctrina del margen de discrecionalidad en la determinación del estatus jurídico del *nasciturus*. En este caso, una mujer alegó la violación del Artículo 2 del CEDH, entre otras normas, cuando su pareja retiró la autorización para la conservación de embriones en espera de una futura implantación. La peticionaria reclamó que, al exigir la destrucción de los embriones ante el retiro de la autorización, la ley inglesa vulneraba el derecho a la vida de éstos. El Tribunal hizo notar que, bajo la ley inglesa, un embrión no tiene derechos o intereses independientes y, por consiguiente, no puede exigirse en su nombre un derecho a la vida en conformidad con el Artículo 2.³¹

Esta es la principal línea jurisprudencial que antecede a *A, B and C v. Ireland*. En este contexto, la sentencia del caso es especialmente interesante porque permite establecer el otro extremo de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en relación al aborto.

Como se explicó, el Tribunal, haciendo uso de esta doctrina, había determinado que eran compatibles con el CEDH legislaciones que no reconocen al *nasciturus* derecho a la vida y que aceptan la destrucción de embriones (*Evans v. United Kingdom*) o admiten el aborto en términos amplios (*H. v. Norway* y *Boso v. Italy*). En *A, B and C v. Ireland*, el Tribunal estableció que también era

³⁰ Corte EDH, Case of *Evans v. The United Kingdom*. Application N° 6339/2005, sentencia de fecha 10 de abril de 2007.

³¹ *Ibid.*, párrafo 54.

compatible con el CEDH una legislación nacional como la irlandesa que sí reconoce al *nasciturus* el derecho a la vida y que contempla como única excepción la terapéutica por riesgo a la vida de la mujer. Este aspecto de la decisión permite concluir que el margen de discrecionalidad que la Corte Europea de Derechos Humanos reconoce a los estados partes del CEDH es muy amplio y que el estatus del *nasciturus* y la protección que se conceda a éste quedan entregadas, en gran medida, a la política nacional de cada Estado.

Sin embargo, esta conclusión hay que matizarla si se quiere evitar errores serios en la comprensión de la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos respecto del aborto. Es necesario recordar que una razón determinante para que la Corte EDH considerara que la restrictiva legislación irlandesa era compatible con el respeto al derecho a la vida privada (integridad y autonomía) de las demandantes A y B, fue que estas tenían garantizadas bajo la propia constitución y las leyes, el derecho a viajar a realizarse abortos en el extranjero –y que para ello pudieran acceder a la información relevante– y a los cuidados médicos necesarios en Irlanda antes y después de practicado el aborto.

Asimismo, la condena de la Corte EDH a Irlanda por violación de la vida privada de la demandante C muestra que, para que efectivamente se considere compatible con el CEDH un régimen que contempla como única excepción a la penalización el aborto terapéutico, el acceso a aborto legal debe ser efectivo y no meramente teórico.

Es respecto de este último punto donde otra línea de jurisprudencia cobra relevancia. El Caso *A, B and C v. Ireland* debe también leerse a la luz de otras dos sentencias anteriores de la Corte EDH: el caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*³² y el caso *Tysiac v. Poland*³³. En estas dos decisiones, la Corte EDH condenó a Irlanda y Polonia, respectivamente, porque la aplicación de sus regímenes de protección de la vida prenatal violaban derechos reconocidos en el CEDH. Como se señaló anteriormente, en el caso *Open Door*, la Corte EDH determinó que la prohibición impuesta a los demandantes de informar a mujeres embarazadas de Irlanda sobre servicios de aborto ofrecidos fuera de la jurisdicción de ese país afectaba el derecho a la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del CEDH y esa afectación no era una restricción legítima al ser desproporcionada, entre otras razones, por tener efectos nega-

32 Corte EDH. *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, sentencia de fecha 23 de septiembre de 1992.

33 Corte EDH. *Case of Tysiac v. Poland*, sentencia de fecha 20 de marzo de 2007.

tivos para la salud de las mujeres, especialmente las de menores recursos.³⁴ En la misma línea, en el caso *Tysiac v. Poland*³⁵ en que la demandante no pudo acceder a un aborto legal en ese país por desacuerdos de los médicos sobre la concurrencia de la causal de peligro para la salud, el Tribunal condenó al Estado polaco por infracción del artículo 8 del CEDH. A juicio del Tribunal, el procedimiento médico-administrativo para determinar la concurrencia de una causal de aborto legal no aseguraba que las decisiones fueran oportunas, de manera de no perjudicar la salud de la mujer.

Las decisiones en *Open Door*, *Tysiac* y *A, B and C* confirman la postura fijada en *Paton v. United Kingdom* y mantenida hasta el momento en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, de que las normas estatales destinadas a proteger de la vida prenatal, respecto de cuya adopción y alcance los Estados gozan de un amplio margen de discrecionalidad, no pueden bajo ninguna circunstancia establecer un derecho absoluto a la vida del *nasciturus*, porque deben ser compatibles con el respeto y garantía de los derechos de la mujer embarazada reconocidos en el CEDH.

III

En esta tercera parte se analiza la influencia que podría tener este caso en la jurisprudencia que necesariamente tendrá que desarrollar la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) cuando se enfrente a una denuncia por violación de derechos de la mujer basada en los efectos de la penalización estricta del aborto que existe en la mayoría de los Estados parte de la CADH.³⁶

A diferencia del artículo 2 del CEDH, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que consagra el derecho a la vida, contiene una mención expresa a la protección de la vida del no nacido.

Artículo 4.1:

[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

34 Corte EDH. *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, sentencia de fecha 23 de septiembre de 1992.

35 Corte EDH. *Case of Tysiac v. Poland*, sentencia de fecha 20 de marzo de 2007.

36 Es el caso de la Denuncia AN contra Costa Rica, ingresada en octubre de 2008, aún sin decisión sobre admisibilidad.

Esta mención claramente demuestra que la protección de la vida prenatal es un objetivo a que los Estados Parte se comprometen al ratificar la CADH. Sin embargo, del propio texto de la norma y de la expresión *en general* se desprende que esta protección no es necesariamente absoluta. De acuerdo a los antecedentes que entregan los *travaux preparatoires*, la voluntad de los Estados Partes al aprobar esta norma no fue otorgar al *nasciturus* un derecho absoluto a la vida equivalente al de las personas nacidas, ya que esta norma se consideró compatible con diversos regímenes de aborto legalizado vigentes en algunos de esos estados. Esta interpretación fue confirmada por la decisión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en el caso *Baby Boy*.³⁷

No existe otra jurisprudencia en el Sistema Interamericano que se haya pronunciado sobre el artículo 4.1 de la CADH, pero la práctica de la Comisión IDH ha reforzado la interpretación de que el aborto legal es compatible con las normas de la CADH, al aprobar el acuerdo de solución amistosa en el caso *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto con México*.³⁸ En ese acuerdo, cuya fundamentación jurídica es similar a la de los casos *Tysiac v. Poland* y *A, B y C v. Ireland* de la Corte EDH, México reconoció la violación de derechos de la peticionaria y la consecuente responsabilidad del Estado por la falta de un adecuado marco normativo que regulara los procedimientos para acceder a un aborto que era legal en el derecho mexicano.

Como antecedentes adicionales, pero fuera del ámbito del litigio, se puede agregar que en 2006 la Comisión IDH envió una carta al gobierno de Nicaragua en la que declaró que la prohibición de todo tipo de aborto contraviene el derecho internacional y pone en riesgo los derechos de las mujeres.³⁹ Esta posición de la Comisión IDH se confirmó en un comunicado público de abril de 2011 en que ese órgano afirmó la obligación de los Estados de “eliminar todas las barreras de derecho y de hecho que impiden a las mujeres su acceso a servicios de salud materna que ellas necesitan como la sanción penal al acudir a estos servicios”, y agregó que “el aborto terapéutico es reconocido

37 Comisión IDH. Resolución N° 23/81 (Caso *Baby Boy v. Estados Unidos*). [En línea] Caso 2141, Estados Unidos de América, sentencia del 6 de marzo de 1981. <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>>.

38 Comisión IDH. Informe N° 21/07. Op. cit.

39 Center for Reproductive Rights, La Comisión Interamericana afirma que la prohibición del aborto en Nicaragua pone en riesgo los derechos humanos de las mujeres. 1 de diciembre de 2006 [en línea] <<http://reproductiverights.org/es/centro-de-prensa/la-comisi%C3%B3n-interamericana-afirma-que-la-prohibici%C3%B3n-del-aborto-en-nicaragua-pone-e->>.

internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres cuya finalidad es salvar la vida de la madre cuando ésta se encuentra en peligro a consecuencia de un embarazo; servicio cuya negación atenta contra la vida, la integridad física y psicológica de las mujeres.⁴⁰

La posibilidad de que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se pronuncien sobre la compatibilidad de una legislación sobre aborto con las normas de la CADH es cierta. Probablemente el primer caso será el que se inicie si se admite a tramitación una denuncia presentada en 2008 en contra de Costa Rica, motivada por la situación de una mujer de 26 años, A.N., que en la semana 13 de embarazo recibió el diagnóstico de que el feto tenía una malformación incompatible con la vida extrauterina. La mujer quiso acceder a un aborto terapéutico legal, pero sus múltiples solicitudes fueron negadas o ignoradas y finalmente, cuando acudió al poder judicial, la Corte Suprema falló que sus derechos fundamentales a la vida o a la salud no estaban amenazados, a pesar de los diagnósticos médicos que indicaban que su vida corría peligro por la grave depresión en que se encontraba. A.N. dio a luz un feto muerto.

Al igual que C en el caso *A, B and C v. Ireland*, la denunciante en este caso reclama que el Estado costarricense ha fracasado en establecer regulaciones que aseguren el acceso al aborto legal o que establezcan procedimientos mediante los cuales reclamar dicho acceso.

¿En qué medida la jurisprudencia de la Corte EDH puede ser recogida por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos? En los párrafos que siguen intentaré una respuesta a partir de los antecedentes jurídicos existentes.

A mi juicio, es previsible que se mantenga en este tema la práctica común de la Comisión y la Corte Interamericanas de seguir y citar en sus informes y sentencias la jurisprudencia del Sistema Europeo y, por lo tanto, utilizar criterios similares para el tratamiento de casos parecidos. Esto hace probable que se sigan en materia de aborto los lineamientos que hasta ahora ha fijado la Corte EDH.

Podría argumentarse que la diferencia de los textos de las disposiciones sobre derecho a la vida de los artículos 2 del CEDH y 4 de la CADH, en que esta última, a diferencia de la primera, es explícita en su mandato de protección del no nacido, podría dar lugar a que la jurisprudencia del sistema interameri-

40 Ver <http://www.cidh.org:80/Comunicados/Spanish/2011/28A-11sp.htm>

cano se alejara de los precedentes europeos y estableciera obligaciones fuertes de protección del *nasciturus* basadas en ese texto. Sin embargo, no me parece que esta sea una hipótesis probable, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque los precedentes que ya existen en el sistema interamericano, el caso *Baby Boy* y la solución amistosa del caso *Paulina*, están alineados con los europeos en el sentido de considerar que legislaciones que contemplan sistemas de despenalización parcial del aborto bajo las modalidades de indicaciones y plazos son compatibles con los tratados de derechos humanos en ambos sistemas.

En segundo lugar, porque la jurisprudencia europea está respaldada por las interpretaciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales cuando se refieren a los derechos de las mujeres bajo los tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos. Los comités del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDPC), del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de la Convención contra la Tortura, han criticado unánimemente las leyes que penalizan el aborto en toda circunstancia, señalando que esas legislaciones llevan a las mujeres a recurrir a abortos ilegales y en condiciones inseguras.⁴¹ El Comité de Derechos Humanos y el Comité de la CEDAW explícitamente han señalado que la existencia de estas normas constituye una

⁴¹ Para un listado de las observaciones finales a los Estados por parte de estos comités, ver Center for Reproductive Rights, *Bringing Rights to Bear. Abortion and Human Rights*, (CEDAW) 2008, pp. 4-5; 6 (CDN); 8 (PDPC); 11 (PDESC); 14 (Convención contra la Tortura). Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Chile, CEDAW/C/CHI/CO/4, 2006, p. 4, párrafo 19; Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Antigua y Barbuda, A/52/38/Rev. 1, 1997; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño, Chad, CRC/C/15/Add.107, 1999, párrafo 30; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, CCPR/C/79/Add.104, 1999, párrafo 15; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 2003, párrafo 14; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 2001, párrafo 19; Observaciones del Comité de Derechos Humanos, Kenia, CCPR/CO/83/KEN, 2005, párrafo 14; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Kuwait, CCPR/CO/69/KWT, 2000; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Mauricio, CCPR/CO/83/MUS, 2005, párrafo 9; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/2, 2006, párrafo 10; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Perú, CCPR/CO/70/PER, 2000, párrafo 20; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Trinidad y Tobago, CCPR/CO/70/TTO, 2000, párrafo 18; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Tanzania, CCPR/C/79/Add.97, 1998, párrafo 15; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Venezuela, CCPR/CO/71/VEN., 2001, párrafo 19; Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Nepal, E/C.12/1/Add.66., 2001, párrafos 32-33; Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Polonia, E/C.12/1/Add.26, 1998, párrafo 12; Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Polonia, E/C.12/1/Add.82, 2002, párrafos 29 y 51; Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Perú, CAT/C/PER/CO/9, 2006, p. 5, párrafo 23.

violación por parte de los estados respectivos de los derechos a la vida y la salud de las mujeres.⁴² El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 28, llama a los estados a que, cuando informen el cumplimiento de sus obligaciones positivas bajo el artículo 6 del PDCP (derecho a la vida), provean información sobre las medidas que hayan tomado para ayudar a las mujeres a prevenir embarazos no deseados y garantizar que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que ponen en peligro su vida.⁴³ Asimismo, para evaluar el cumplimiento del artículo 7 del PDCP, el Comité requiere a los Estados informar si dan acceso al aborto en condiciones de seguridad cuando una mujer queda embarazada como consecuencia de una violación, exigiendo que también se refieran a las medidas de protección que existan en el Estado, incluyendo los recursos judiciales, para proteger a la mujer cuyos derechos en virtud del artículo 7 hayan sido vulnerados.⁴⁴

En la misma línea que las sentencias europeas en los casos *Tysiac v. Poland* y *A,B and C v. Ireland*, los órganos de supervisión de tratados han también revisado la legitimidad de ciertas restricciones que se imponen a la práctica del aborto cuando este es legal de acuerdo a la legislación interna de un estado parte del respectivo tratado. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, resolviendo en un procedimiento de petición individual, declaró en el caso *K.L v. Perú*⁴⁵ que el estado peruano había violado los artículos 7 (prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes), 17 (vida privada), 24 (protección a la niñez) y 2 (obligación de respeto y garantía de derechos de la Convención) en relación con las infracciones anteriormente señaladas, por no cumplir con su obligación de garantizar esos derechos a K.L., una adoles-

42 Para un listado de las observaciones finales a los Estados por parte de estos comités, ver Center for Reproductive Rights, *Bringing Rights to Bear. Abortion and Human Rights*, 2008, pp. 4-8. Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, Belize, Supplement No. 38 (A/54/38/Rev.1), 1999, p. 52, párrafo 57; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, Chile, Supplement No. 38 (A/54/38/Rev.1), 1999, p. 67, párrafos 228-229; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, Colombia, Supplement No. 38 (A/54/38/Rev.1), 1999, p. 37, párrafos 393-394; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, República Dominicana, Supplement No. 38 (A/53/38/Rev.1), 1998, p. 31, párrafo 349; Report of the Committee on the Elimination of Discriminations Against Women, Paraguay, Supplement No. 38 (A/51/38), 1996, p. 19, párrafo 131; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 2007, p. 3, párrafo 8; y Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Madagascar, CCPR/C/MDG/CO/3, 2007, p. 4, párrafo 14.

43 Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 28. Artículo 3: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, párrafo 10.

44 *Ibid.*, párrafo 11.

45 Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 17 de noviembre de 2005.

cente embarazada de feto anencefálico a quien el director del hospital público le negó la autorización que exigía la ley para que pudiera acceder a la interrupción de un embarazo que ponía en peligro su vida.

En tercer lugar, porque cada vez se hace más evidente la *fertilización cruzada* que está operando a nivel de tribunales constitucionales y tribunales de derechos humanos a nivel mundial, impulsada por el carácter trasnacional de muchas de las organizaciones que litigan o presentan *amicus curiae* en esos tribunales y por el intercambio creciente de información y experiencias por parte de los y las jueces/zas, académicos/as y profesionales que intervienen en estas causas. Sin duda, las sentencias constitucionales más citadas a nivel mundial en materia de aborto son las de la Corte Suprema de Estados Unidos y las del Tribunal Constitucional alemán. En América Latina, se cita también la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1985, muy parecida en su razonamiento a la sentencia alemana de 1975, y las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia de 2006 y de la Corte Suprema de México de 2008. La reciente sentencia del Tribunal Constitucional Portugués de 2010 posiblemente será también conocida y citada en América Latina, a través de la influencia que tendrá en Brasil. Todas estas sentencias justifican en términos más o menos amplios la despenalización del aborto, utilizando argumentos basados en derechos fundamentales. Sería bastante excepcional que los órganos del sistema interamericano pudieran sostener en el tiempo una interpretación del artículo 4.1 de la CADH que se apartara demasiado de las tendencias de este *derecho transnacional*.⁴⁶

Por último, otro elemento de juicio que permite pensar que los órganos del sistema interamericano seguirán los precedentes europeos es que la Corte Interamericana, al igual que su par europea, suscribe y utiliza en sus sentencias el principio de protección efectiva y el principio de proporcionalidad en el análisis de las restricciones a los derechos humanos.⁴⁷

46 El término derecho transnacional se utiliza para hacer referencia al fenómeno de asociación creciente entre derecho internacional y el derecho comparado. Ver, por ejemplo, Koh, Harold, "The Globalization of Freedom", en *Yale Journal of International Law*, 26, 2001, p. 306.

47 Sobre utilización del principio de protección efectiva en derecho internacional de los derechos humanos, ver Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 8º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 15; sobre el principio de proporcionalidad en el derecho internacional de los derechos humanos, ver Harris, O'Boyle y Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Segunda edición, (Oxford University Press) p. 10; Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, (Intersentia) 2002; Viljanen, Jukka, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*, Academic Dissertation, (University of Tampere) 2003; Jacobs y White, *The European Convention on Human Rights*, cuarta edición, (Oxford University Press) 2006, pp. 218-240.

La aplicación del principio de protección efectiva hace prever que, en un caso como el de A.N contra Costa Rica, la Corte IDH adoptaría una posición parecida a la de la Corte EDH en *A, B and C v. Ireland*, que exigió que el reconocimiento del aborto legal no sea meramente teórico sino que se concrete en un acceso real para quienes califican en la causal terapéutica. Y también es previsible que analice el caso desde la perspectiva de las obligaciones positivas que emanan de los derechos de la Convención y se exija a Costa Rica tener regulaciones que implementen el acceso al aborto legal previsto en la legislación, siguiendo el mismo razonamiento de la Corte EDH en *Tysiak v. Poland* y en el propio caso *A, B and C*. Si se siguen estos precedentes, la sola consulta médica ordinaria o el litigio judicial no serían considerados procedimientos efectivos para determinar si una persona califica para un aborto legal.

La utilización del principio de proporcionalidad por parte de la Corte IDH presenta una situación particular e interesante. Tanto la Corte EDH como la Interamericana abordan el análisis de legitimidad de las restricciones a los derechos humanos a partir de una serie de preguntas sucesivas, como se ha explicado en la primera parte de este trabajo. Dentro de estas preguntas opera el test de proporcionalidad. Aunque las Cortes no son siempre metódicas en aplicar todos los pasos de análisis consecutivamente, el método es ampliamente reconocido por la doctrina y adoptado por la jurisprudencia internacional. Como se explicó, en primer lugar, se determina si la situación denunciada cae dentro del ámbito de aplicación de la norma del tratado que se dice vulnerada. Si esa pregunta se responde afirmativamente, se analiza si el objetivo perseguido por la norma o práctica estatal que restringe los derechos de el/la denunciante es un objetivo legítimo. Si el objetivo es legítimo, se confirma si la norma o práctica estatal tiene una fuente legal, y por último, si la restricción que esta norma o práctica implica es “necesaria en una sociedad democrática”⁴⁸.

Para determinar que la restricción a un derecho es necesaria en una sociedad democrática, se aplica el principio de proporcionalidad, que, a su vez, contiene tres requisitos: a) la restricción debe ser idónea, esto es, conducente a la satisfacción de un interés público imperativo (el objetivo legítimo), b) deber ser, dentro del conjunto de medidas que podrían ser conducentes para

⁴⁸ Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento (CADH artículos 15, 16 y 22). Sin embargo, se hace extensivo a los demás derechos en razón del objeto y propósito de la CADH, establecidos en el preámbulo y en su artículo 29 (c).

satisfacer ese interés, la opción que restringe en menor escala el derecho protegido, y c) el beneficio obtenido con la restricción debe compensar el sacrificio impuesto al derecho afectado.⁴⁹

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, esta metodología de análisis de la legitimidad de una restricción a derechos del CEDH se ve muchas veces afectada por la aplicación de la doctrina del margen de apreciación.

Esto se vio claramente en el caso *A, B and C v. Ireland*, donde el margen concedido fue tan amplio que el análisis de proporcionalidad realizado por la Corte EDH fue casi inexistente respecto de las denuncias de A y B. A la Corte EDH le bastó constatar que la restricción al aborto en Irlanda no afectaba mayormente la integridad física y psicológica de las denunciadas porque ellas igualmente podían acceder al aborto en el extranjero y a información y cuidados médicos en su propio país. En el caso de la denunciada C, en cambio, el margen de apreciación no justificó un grado tal de deferencia. La restricción se consideró ilegítima porque la falta de implementación legal de la causal terapéutica afectaba el derecho a la vida privada de la denunciada en forma tal que no se lograba una ponderación justa entre los intereses en conflicto, es decir, la restricción no cumplía con el principio de proporcionalidad. Estos dos juicios, sin embargo, se emitieron sin un examen detallado de los tres requisitos del examen de proporcionalidad: idoneidad de la medida para lograr el objetivo legítimo, necesidad de la medida (no hay otros medios alternativos igualmente idóneos) y proporcionalidad en sentido estricto.

La Corte IDH, hasta el momento al menos, ha decidido no adoptar la doctrina del margen de apreciación. Esto ha hecho que su análisis de la legitimidad de las restricciones de derechos esté exclusivamente basado en confirmar la existencia de un objetivo legítimo, la fuente legal de las restricciones y los requisitos propios del test de proporcionalidad, sin que en este análisis intervengan, al menos explícitamente, consideraciones de deferencia hacia la apreciación que el propio Estado demandado pueda tener de la situación. Al menos teóricamente, es posible sostener la hipótesis que, sin aplicar la doctrina del margen de apreciación, la Corte IDH podría ser más inquisitiva que su par europea en exigir que las restricciones a los derechos de las mujeres

49 Para jurisprudencia en el Sistema Interamericano, ver: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, considerando 46; Corte IDH, *Kimmel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafos 58, 63, 71, 74, 76 a 78, 83 y 84; Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafos 106 y 120 a 123; Corte IDH, *Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafos 95, 96, 117, 123, 124, 129 y 131-133; Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párrafos 144-149.

como consecuencia de una norma que prohíba el aborto no sean desproporcionadas.

La gran mayoría de los países latinoamericanos tienen regímenes de aborto restrictivos. Algunos, como Nicaragua, El Salvador y Chile, no admiten el aborto en ninguna circunstancia. Entre aquellos que contemplan hipótesis de aborto legal, como Costa Rica, lo común es que no existan normas implementadoras que aseguren el acceso efectivo a ese derecho. Ninguno de estos países tiene normas o instituciones como las irlandesas destinadas a asegurar la atención médica pre y post aborto y a disminuir los riesgos a la salud asociados al aborto ilegal o que se realice en el extranjero. Esto significa que es muy posible que la Corte IDH, llegado el caso, compruebe que la prohibición estricta del aborto en estos países afecta derechos reconocidos en la CADH, entre otros, el derecho a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5). En esa situación, la Corte IDH deberá analizar si la penalización estricta del aborto es una medida idónea para proteger la vida prenatal y, en caso de considerar que sí es idónea, preguntarse si el Estado tenía disponibles otras medidas alternativas que logran el mismo objetivo afectando menos los derechos de la mujer y, en caso de responder a esta pregunta negativamente, determinar si el beneficio obtenido por la criminalización justifica el perjuicio representado por la afectación de los derechos de la mujer.

A mi juicio, sería muy difícil que la Corte Interamericana considere legítimas las restricciones impuestas por las normas que penalizan el aborto en términos de toda circunstancia o en términos muy amplios. Existe una enorme evidencia empírica, avalada por la Organización Mundial de la Salud, que muestra que la penalización del aborto no es una medida idónea o efectiva en la protección de la vida prenatal, porque no impide los abortos sino que solamente aumenta el riesgo de que éstos se realicen en condiciones peligrosas, con lo que sí se afecta, en cambio, la vida y la integridad personal de las mujeres.⁵⁰ También existen estudios que demuestran que hay medios alternativos que sí pueden cumplir con el objetivo de evitar el aborto, como las políticas de educación y salud pública de educación sexual y planificación familiar.

En conclusión, si se atiende solamente a la argumentación jurídica y a la práctica de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible prever que la jurisprudencia de la Corte EDH y, específicamente,

50 Grimes, David A. et al. "Unsafe Abortion: The Preventable Pandemic". World Health Organization, en *Sexual and Reproductive Health*, 4, 2005, disponible [en línea]: <http://www.who.int/reproductive-health/publications/unsafe_abortion/ua_paper/en/index.html>.

la sentencia *A, B and C v. Ireland*, podría servir de referente persuasivo en la decisión de casos sobre aborto que, tarde o temprano, deberán decidir la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.