

Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos

José Manuel Díaz de Valdés J.*

Director de Investigación de la Facultad de Derecho

Profesor Titular de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

"Today the Court has decided that a human being was born as a result of a violation of the European Convention on Human Rights. According to this reasoning, there is a Polish child, currently six years old, whose right to be born contradicts the Convention.

I would never have thought that the Convention would go so far, and I find it frightening" .

Tysiac v. Poland (2007), voto de minoría del Juez Borrego, considerando 25.

I. Introducción

La importancia crucial del respeto a los derechos fundamentales, así como la exigencia de su protección efectiva, han llevado al desarrollo de dos sistemas complementarios para su resguardo: el doméstico y el supranacional o internacional. Ambos sistemas no son compartimentos estancos, sino que por el contrario, es posible observar cómo tribunales internacionales toman en consideración las normas y prácticas de los Estados que se someten a su jurisdicción. A su vez, las sentencias de aquellos tribunales internacionales han ido ganando un creciente imperio a nivel interno, sirviendo además de fuente interpretativa de las normas nacionales por parte de los tribunales domésticos.

En razón de lo anterior, la tendencia es que conflictos particularmente complejos en materia de derechos fundamentales deban ser analizados, tratados y resueltos desde esta doble perspectiva: doméstica y supranacional. En este contexto, creemos que el actual debate nacional en torno a la "píldora del día

* Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mi ayudante, la señorita Paulina Lobos Herrera, cuyo trabajo ha sido determinante para la preparación de este artículo.

después” necesariamente nos reconduce a discusiones más profundas: el estatus del no nacido; los derechos de la mujer involucrados, y la constitucionalidad de una eventual ley de aborto. Al respecto, consideramos que el tratamiento de tales temas puede y debe enriquecerse con la experiencia y elementos de juicio esgrimidos a nivel supranacional.

El presente artículo tiene por objeto presentar y analizar críticamente la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (hoy extinta) y de la Corte Europea de Derechos Humanos (las “Instituciones Europeas”) sobre el estatus del no nacido y algunas materias conexas, tales como el comienzo de la vida y su protección por el ordenamiento jurídico. Si bien Chile no está sujeto a la jurisdicción de las Instituciones Europeas, aquellas encarnan y dan forma al sistema supranacional de protección de derechos fundamentales de mayor influencia en las últimas décadas. Adicionalmente, al reunir en su seno a países provenientes de tradiciones jurídicas e ideológicas diversas, se presentan como un excelente referente al momento de discutir tópicos tan sensibles y polarizados como los antes mencionados.

El artículo comienza con una brevísima explicación acerca del origen, naturaleza y funciones de las Instituciones Europeas, siguiendo con el análisis de su jurisprudencia en relación a la situación y derechos del no nacido. A continuación presentaremos nuestros comentarios generales sobre la materia estudiada, para finalizar con las conclusiones pertinentes.

II. El Sistema Europeo de Protección de Derechos Fundamentales

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, surgen en Europa una serie de movimientos propugnando un sistema internacional que permitiera asegurar los derechos fundamentales en el Viejo Continente. Se crea así el Consejo de Europa,¹ asociación internacional de Estados que respondía al anhelo de “alcanzar una mayor unidad entre sus miembros con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que constituyen su herencia común y facilitar su progreso económico y social” (art. 1.a).²

Posteriormente, el 4 de noviembre de 1950, los Estados miembros del Consejo de Europa acuerdan la Convención Europea de Derechos Humanos (la “Convención”), la que entraría en vigor el 3 de septiembre de 1953. La Convención es en gran medida tributaria de la Declaración Universal de Derechos Huma-

¹ Tratado de Londres (5 de mayo de 1949).

² Traducción libre de la versión inglesa. Disponible en www.coe.int.

nos de la ONU (1948), si bien con particularidades propias y focalización casi exclusiva en derechos civiles y políticos.

La Convención contempla la instauración de una Corte Europea de Derechos Humanos (la "Corte Europea") para "asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes" (art. 19). Sus decisiones son vinculantes para los Estados miembros que han reconocido su jurisdicción. Cabe destacar a este respecto que, originalmente, existía también una Comisión Europea de Derechos Humanos (la "Comisión Europea"), quien colaboraba con la Corte Europea en la investigación y resolución de vulneraciones a la Convención. Su trabajo servía de preparación a la etapa propiamente jurisdiccional ante la Corte Europea, realizando un control de admisibilidad y tratando de que las partes alcanzaran una solución amistosa a sus diferencias (algo similar a las funciones que hoy cumple la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos). La Comisión desapareció en 1998, pero sus opiniones mantienen cierto valor en cuanto precedentes continuamente utilizados por la propia Corte Europea.

La Corte Europea está compuesta por un juez proveniente de cada uno de los Estados Contratantes (los "Estados"), hoy 47, designados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (art. 22). Duran 6 años en su cargo y pueden ser reelectos (art. 23). Sólo pueden ser destituidos antes de tiempo por el voto conforme de 2/3 de los demás jueces en funciones (art. 24).

Cabe destacar que, en general, poseen legitimación activa ante la Corte Europea tanto los Estados como las personas naturales, grupos y organizaciones no gubernamentales (arts. 33 y 34). Finalmente, resulta fundamental comprender que el sistema de protección de derechos fundamentales del Consejo de Europa es supletorio, toda vez que para acudir a la Corte Europea (y antes a la Comisión Europea), es imprescindible haber agotado las vías jurídicas internas de reclamación (art. 35).

III. La Jurisprudencia de la Corte Europea y la Comisión Europea sobre el No Nacido

Es una afirmación prácticamente no discutida que las Instituciones Europeas nunca han establecido con claridad cuál es el estatus del no nacido.³ Dicha afirmación emana del hecho de que un análisis detallado de la jurisprudencia

³ BRAAKE (1999) p. 609, FELDMAN (2002) p. 204, FREEMAN (1994) p. 616, PICHON (2006) p. 433, WILLIAMS (1994) p. 80; PLOMER (2005) p. 315, y OVEY y WHITE (2002) p. 53.

de las Instituciones Europeas demuestra que aquellas siempre han evitado otorgar una respuesta directa en la materia.

Si bien concordamos en lo substancial con la base fáctica de la afirmación precedente, consideramos que la jurisprudencia de las Instituciones Europeas sí entrega ciertos elementos de juicio acerca del estatus del no nacido, el comienzo de la vida, su protección por parte de la Convención y el eventual "derecho al aborto" de la mujer.

Expondremos a continuación muy brevemente los casos más relevantes en estas materias. Nuestras hipótesis y comentarios generales sobre los mismos serán presentados en la sección siguiente.

1. *Brüggemann versus Alemania* (12/7/1977)

Se trata de una opinión de la Comisión, ya que el caso no llegó a la Corte Europea.

El argumento principal de la recurrente fue que Alemania violaba el artículo 8° de la Convención al no permitirle libre acceso a un aborto en caso de un embarazo no deseado.

El artículo invocado de la Convención señala lo siguiente:

"Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

La Comisión declaró inadmisibles los recursos. Si bien reconoció la relación que existe entre embarazo y afectación de la vida privada de la madre, afirmó que "no puede decirse que el embarazo concierna únicamente a la esfera de la vida privada. Cuando una mujer está embarazada, su vida está íntimamente conectada con la del feto en desarrollo",⁴ y que por tanto, "no toda regulación

⁴ *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), considerando 59. Traducción libre del original en inglés:

de la terminación de embarazos no deseados constituye una interferencia con el derecho al respecto de la vida privada de la madre. El art. 8(1) no puede ser interpretado como si el embarazo y su terminación fueran, en principio, materias que conciernen exclusivamente a la vida privada de la madre”.⁵

En razón de lo anterior, la Comisión señaló expresamente que estimaba innecesario decidir si el no nacido era considerado una vida en el sentido del artículo 2 de la Convención (protección al derecho a la vida), cuestión que hubiera resuelto el asunto de forma más contundente. En efecto, si el no nacido fuese titular del derecho a la vida, entonces sólo podría practicarse un aborto bajo las estrictas excepciones contempladas en el mismo artículo 2. Volveremos a este punto más adelante.

La Comisión rechazó decidir si el no nacido podría considerarse dentro de la expresión “demás” ocupada por el inciso segundo del artículo 8° antes transcrito.⁶ Como puede observarse de dicho texto, el derecho a la privacidad y la vida familiar puede intervenir por ley por diversos motivos, siendo uno de ellos “la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Si el no nacido está dentro del grupo de los “demás”, existirían sólidos argumentos a favor de su protección bajo la Convención.

Otras declaraciones de la Comisión que nos parecen relevantes para el tema que nos ocupa son las siguientes:

- Todos los países contratantes otorgan algún tipo de derecho al no nacido (e.g., derecho de herencia).⁷
- Cuando la Convención entró en vigor las leyes sobre aborto de todos los Estados eran al menos tan restrictivas como la normativa alemana impugnada en este caso, y no hay evidencia de su intención respecto de casos como este.⁸

En síntesis, si bien no se reconoce al no nacido como persona o titular del derecho a la vida, se considera que existe un interés o bien jurídico protegido

“pregnancy cannot be said to pertain uniquely to the sphere of private life. Whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing foetus”.

⁵ *Brüggemann and Scheuten v. Germany (1977)*, considerando 61. Traducción libre del original en inglés: “not every regulation of the termination of unwanted pregnancies constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother. Art. 8(1) cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother”.

⁶ *Brüggemann and Scheuten v. Germany (1977)*, considerando 60.

⁷ *Brüggemann and Scheuten v. Germany (1977)*, considerando 60.

⁸ *Brüggemann and Scheuten v. Germany (1977)*, considerando 64.

distinto a la madre en una situación de embarazo. Tal interés permitiría a los Estados, a lo menos, regular el aborto.

2. *Paton versus Reino Unido (13/5/1980)*

Nuevamente se trata de un caso que sólo fue conocido por la Comisión Europea y no por la Corte Europea.

La acción la presentó el padre de un no nacido frente a la decisión de la madre de abortar al hijo común. Los argumentos principales fueron que la ley inglesa que permitía el aborto sin el consentimiento del padre violaba el derecho a la vida del no nacido (art. 2), así como el derecho a la privacidad y la vida familiar del padre (art. 8).

El artículo 8 de la Convención fue transcrito en el caso precedente. El artículo 2 dispone lo 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, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2 La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;*
- b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;*
- c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.*

Al igual que en *Bruggemann versus Alemania*, el recurso fue declarado inadmisibile. Respecto al derecho a la vida del no nacido, la Comisión señala que existen tres alternativas: o el no nacido no está cubierto por el artículo 2 (2); o su derecho a la vida está protegido con ciertas limitaciones implícitas; o es reconocido por la Convención como un derecho absoluto. La Comisión Europea sólo descarta la tercera alternativa, ya que ella obligaría a impedir todo tipo de aborto, incluso el terapéutico, lo que a su vez implicaría otorgar a la vida del no nacido más valor que a la vida de la madre. Sobre esta base, el recurso no podía prosperar, ya que la Comisión Europea concluyó que se trataba justamente de un caso en que el aborto se habría realizado en las primeras etapas del embarazo

(no queda claro cuál es la relación entre esta circunstancia y el argumento en desarrollo) y con el objeto de proteger la salud y la vida de la mujer.⁹

Respecto a la vulneración del derecho a la vida familiar, la Comisión Europea determina que aquel no contempla el derecho del padre a oponerse o a ser consultado en caso de aborto. En este caso, dicho procedimiento se llevó a cabo para proteger la vida y la salud de la madre, siendo por tanto necesario para la "protección de los derechos y las libertades de los demás", excepción al derecho a la privacidad y vida familiar establecido en el artículo 8(2) de la Convención.

Algunas consideraciones adicionales de la Corte Europea que nos parece necesario destacar son las siguientes:

- Si bien no resolvió el punto, la Comisión Europea al menos intentó dilucidar si el artículo 2 protegía al no nacido. Primero constató que los términos "vida" y "toda persona" no estaban definidos en la Convención, y que el criterio literal no era suficiente, ya que tanto el vocablo inglés "everyone", como el francés "tout personne" (los textos oficiales de la Convención son sus versiones en inglés y francés), podrían o no incluir al no nacido. Luego usa un criterio lógico de interpretación, señalando que la utilización de estos vocablos en otras partes de la Convención ilustraría que aquellos no se aplicarían al no nacido. Ello podría apreciarse incluso en el mismo artículo 2(2) (excepciones a la protección de la vida por parte de la Convención), lo cual demostraría que ese artículo en su totalidad no contemplaría la protección de la vida del que está por nacer.¹⁰
- Existe una gran divergencia de opiniones respecto del momento preciso en que la vida comienza: concepción, anidación, viabilidad o nacimiento.
- La vida del no nacido no puede considerarse aislada, sin relación con la vida de la madre.
- El no nacido no puede tener un derecho absoluto a la vida bajo la Convención, ya que tal alternativa redundaría en la prohibición incluso del aborto terapéutico. Ello significaría valorar más su vida que la de la madre, lo que a su vez implicaría la existencia de una excepción implícita en la Convención al derecho a la vida (las excepciones expresas constan en el artículo 2 (2) antes transcrito, entre las cuales no se incluye la conservación de la vida del no nacido).

⁹ *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerandos 17 y 18.

¹⁰ *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerandos 7, 8 y 9.

- Todos los Estados (salvo quizás uno) permitían el aborto terapéutico al momento de la firma de la Convención.

En definitiva, si bien la Comisión Europea no resuelve el estatus del no nacido en la Convención, sí excluye terminantemente la posibilidad de que aquel goce de un derecho absoluto a la vida que prime por sobre la vida y la salud de la madre.

3. *Open Door versus Irlanda (29/10/1992)*

Este fue la primera oportunidad en que la Corte Europea (y no la Comisión Europea) entró a conocer, si bien indirectamente, del estatus del no nacido.

Algunas instituciones y personas naturales recurrieron contra Irlanda, donde la justicia les prohibió entregar información a mujeres embarazadas acerca de abortos a realizarse fuera de Irlanda. La información se proveía bajo la forma de "non-directive counselling" (una suerte de consultoría no tendenciosa). En teoría al menos, no se fomentaba el aborto, pero se lo presentaba como una alternativa más y se otorgaba la información necesaria para llevarlo a cabo en un país donde fuera legal. Cabe destacar que el aborto es ilegal e inconstitucional en Irlanda.¹¹

Los recurrentes invocaron la vulneración del derecho a impartir información contenido en el artículo 10 de la Convención, el que señala lo siguiente:

"Artículo 10. Libertad de expresión

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende 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. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la

¹¹ El art. 40.3.3° de la Constitución de Irlanda dispone lo siguiente: "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".

protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Dada la estructura del recurso (infracción a la libertad de información), la Corte Europea no se pronuncia directamente sobre el estatus del no nacido en la Convención. El recurso se acepta sobre la base de que las interferencias al derecho a impartir información deben satisfacer todos los requisitos establecidos en el artículo 10(2) antes transcrito. En este caso se cumplió con dos de ellos: limitación prescrita por la ley y dirigida a un fin legítimo, cual fue la protección de la moral, dada la esencialidad valórica del resguardo al no nacido en Irlanda. Sin embargo, la Corte Europea consideró que la resolución judicial impugnada no era necesaria en una sociedad democrática. La jurisprudencia de la Corte Europea ha entendido este requisito como la suma de dos condiciones: apremiante necesidad social (que no se discute en este caso) y proporcionalidad de la medida en relación a su fin. La Corte Europea afirmó que la resolución judicial irlandesa que se impugnaba no cumplía con esta última condición, toda vez que se trataba de una prohibición absoluta; perpetua; que no consideraba la diferencia entre sólo dar información y promover el aborto; que tampoco tomaba en cuenta el impacto real de esa información en el número de abortos a realizarse, y que la misma información que se prohibía se podía obtener de otras fuentes.¹²

Cabe destacar que más allá de las formalidades, en el fondo el caso estaba esencialmente relacionado al estatus del no nacido. Si la Corte Europea hubiera considerado a aquel como un sujeto protegido por la Convención, poca duda cabe que cualquier información destinada a practicar abortos habría quedado al margen de la protección de la Convención. En efecto, siguiendo el artículo 10(2) antes transcrito, la libertad de información puede limitarse por la ley cuando ello sea necesario en una sociedad democrática para, *inter alia*, "la prevención del delito" (el aborto, al menos en Irlanda) y "la protección de la reputación o de los derechos ajenos" (los del no nacido).¹³

Finalmente, cabe destacar que este caso siguió a otro similar ante la Corte Europea de Justicia (tribunal máximo de la Unión Europea), denominado *SPUC versus Grogan*.¹⁴ Asociaciones estudiantiles repartían información en Irlanda acerca de cómo realizarse un aborto en el Reino Unido. El tribunal irlandés que conocía del caso consultó a la Corte Europea de Justicia, la que resolvió que

¹² *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerandos 70 y ss.

¹³ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), voto de disidencia de jueces Pettiti, Russo y Lopes Rocha, aprobado por el Juez Bigi.

¹⁴ *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Stephen Grogan and others* (1991).

si bien el aborto era un "servicio" bajo la ley comunitaria (y por tanto debía protegerse su libre otorgamiento), no era contraria a dicha ley la prohibición de distribuir información sobre clínicas abortivas. El vínculo con la actividad económica protegida era muy tenue (las clínicas ni siquiera estaban involucradas en esta "propaganda") y por tanto no se trata de una verdadera barrera al libre movimiento de servicios, sino de un problema de libertad de expresión, el cual excedía la competencia de la Corte Europea de Justicia.

De esta forma, en dos años consecutivos, las principales cortes supranacionales europeas dejaban en pie la estricta normativa irlandesa en materia de aborto, pero advirtiendo que aquella podía impugnarse indirectamente. En otras palabras, no sería necesario reconocer un derecho al aborto para atacar la legislación antiabortiva: podría hacerse por sus efectos sobre otros derechos consagrados en la Convención, principalmente el derecho a la libertad de expresión.

4. *R.H. versus Noruega (19/5/1992)*

Los hechos de este caso son esencialmente similares a los de *Paton v. Reino Unido* y también fue resuelto por la Comisión Europea. Un padre intenta evitar el aborto del hijo común por parte de la madre embarazada. Alega el derecho a la vida del feto bajo el artículo 2 de la Convención, así como su propio derecho a la vida familiar, el cual debería otorgarle algunas prerrogativas mínimas respecto de su hijo no nacido, particularmente cuando la salud de la mujer no corre riesgo. Alega también la vulneración de otros derechos tales como el derecho a no ser torturado (el no nacido); ni sometido a tratos degradantes (el padre, por cuanto ni siquiera pudo recibir los restos del niño para enterrarlos); el derecho del padre al debido proceso en procedimientos de aborto (i.e., ser consultado, imponer ciertas exigencias); la libertad de conciencia y religión, y a no ser discriminado respecto de la madre.

La Comisión decidió que "no tenía" que decidir si el no nacido gozaba de cierta protección bajo el artículo 2(1) de la Convención, pero señaló que "no excluía que en ciertas circunstancias este sea el caso [la protección del no nacido por el artículo 2], sin perjuicio de que existe una considerable divergencia de opiniones entre los Estados Contratantes acerca de si el artículo 2 (Art. 2) protege la vida no nacida, y si lo hace, en qué medida".¹⁵

A continuación, la Comisión Europea señaló que siendo el aborto una materia tan delicada, los Estados gozaban de cierta libertad al respecto. En este con-

¹⁵ *R.H. v. Norway (1992)*, considerando 1. Traducción libre del original en inglés: "it will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 (Art. 2) protects the unborn life".

texto, la Comisión Europea afirma que tanto del análisis de la ley noruega en cuestión como de los hechos particulares del caso, ha llegado a la conclusión de que Noruega no habría sobrepasado los límites de su libertad o discrecionalidad en la materia.

Cabe destacar que dentro de sus considerandos, la Comisión Europea habla de "determinar un justo equilibrio entre la legítima necesidad de proteger el feto y el legítimo interés de la mujer".¹⁶ Evidentemente aquí se puede encontrar un avance de la posición pro *nasciturus*, toda vez que opone "algo" a los derechos de la madre. Sin embargo, no queda claro si ese "algo" son los derechos del no nacido o el interés del Estado en un humano "potencial". Volveremos a este punto más adelante.

Finalmente, la Comisión rechaza los argumentos de violación al derecho a la vida familiar (art. 8) y la libertad religiosa (art. 9), por cuanto ambos admiten limitaciones para la protección de derechos de otra persona, en este caso de la mujer, cuyos derechos priman en la especie. El alegato de discriminación se rechaza por cuanto el padre no está en una situación análoga a la de la madre. Las otras vulneraciones se desestiman sumariamente por falta de prueba u otras consideraciones.

En definitiva, se trata de una resolución que sigue las huellas de *Paton versus Reino Unido*, ensalzando la falta de certeza acerca del estatus del no nacido en la Convención, y anunciando un análisis caso a caso de las legislaciones abortivas.

5. *Boso versus Italia* (5/9/2002)

La situación fáctica de esta discusión se asemeja a la de *Paton versus Reino Unido* y a la *R.H. versus Noruega*. Nuevamente se trata de un padre que desea oponerse a la decisión de la madre de abortar el hijo común. A diferencia de los precedentes anteriores, sin embargo, este caso fue decidido por la Corte Europea, no por la Comisión Europea.

El padre alegó que la ley italiana, al permitir el aborto voluntario bajo ciertas circunstancias, violaba el derecho a la vida del no nacido y por tanto el artículo 2 de la Convención. Adicionalmente, la total exclusión de la voluntad paterna de la decisión de abortar vulneraría la privacidad y el derecho a la vida familiar resguardada por el artículo 8 de la Convención. Finalmente, se alegó la violación del artículo 12 de dicha Convención, el cual dispone:

¹⁶ *R..H. v. Norway* (1992), considerando 1.

Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

En efecto, Boso sostuvo que se le estaba impidiendo formar una familia.

La Corte Europea nuevamente eludió definir si el no nacido estaba protegido por el artículo 2 de la Convención. Más importante aún, la Corte Europea repitió paso a paso el marco de análisis anunciado en *R.H. versus Noruega*. Es así como, partiendo de la discrecionalidad que se respeta a los Estados en esta sensible materia,¹⁷ tomó en consideración la ley italiana cuestionada así como las circunstancias particulares del caso. Respecto de la primera, señaló expresamente que aquella *"determina un justo balance entre, por una parte, la necesidad de asegurar la protección del feto y, por otra, los intereses de la mujer"*.¹⁸

La Corte Europea rechazó también la vulneración al artículo 8, el cual no podría interpretarse tan extensamente, en particular cuando la primera afectada por el embarazo, su terminación o continuación, es la mujer. Considerando que en este caso el aborto se llevó a cabo con el fin de proteger la vida de la madre, se aplicaría la excepción al derecho a la vida familiar consagrada en el inciso 2 del mismo artículo (la protección de los derechos y las libertades de los demás). Finalmente, señaló que no podría violarse el artículo 12 si es que la intervención está autorizada por el artículo 8 (2).

La brevedad del fallo en estudio, así como su notoria fundamentación en los casos anteriores, permiten afirmar que la Corte Europea estimaba que estaba aplicando una doctrina, sino consolidada, al menos conocida y en vías de consolidación.

6. Vo versus Francia (8/7/2004)

Este es un caso que contrasta vivamente con los anteriores, por cuanto los hechos en los que se funda invierten completamente la aproximación normalmente utilizada por la Corte Europea en casos de aborto.

La peticionaria es una mujer que sufrió el aborto de una no nacida de más de 20 semanas de gestación, debido a la negligencia de un doctor que se confundió de

¹⁷ *Boso v. Italy* (2002), considerando 1.

¹⁸ *Boso v. Italy* (2002), considerando 1. Traducción libre del original en inglés: *"strike a fair balance between, on the one hand, the need to ensure protection of the foetus and, on the other, the woman's interests"*.

paciente. Ella alegó que la ausencia de un recurso criminal en el sistema jurídico francés para castigar la destrucción no intencional de un no nacido vulneraba el artículo 2 de la Convención. Ello por cuanto constituiría un incumplimiento del Estado francés de proteger mediante la ley el derecho a la vida.

La Corte, luego de declarar abiertamente que “no es deseable, ni siquiera posible atendida la situación actual, responder en abstracto la cuestión de si el niño no nacido es una persona para los efectos del artículo 2 de la Convención”,¹⁹ rechaza el recurso. Lo hace sobre la base de que no sería necesario penar criminalmente toda infracción al derecho a la vida cuando aquella no es intencional. Existirían alternativas civiles y disciplinarias. En el caso en cuestión, la peticionaria tenía a su disposición una acción administrativa por perjuicios.

Más allá de la curiosa falta de elaboración acerca de las fundamentales diferencias que existen entre las sanciones criminales y las civiles, el caso en estudio permitió a la Corte Europea realizar una serie de consideraciones de la mayor relevancia:

- Al revisar los precedentes en la materia (casos sobre aborto), la Corte Europea concluye que “el niño no nacido no es considerado una “persona” directamente protegida por el artículo 2 de la Convención y que si el no nacido efectivamente tuviera un “derecho” a la “vida”, este está implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre. Las Instituciones de la Convención [Corte Europea y Comisión Europea] no han, sin embargo, excluido la posibilidad de que en ciertas circunstancias, protecciones sean extendidas al niño no nacido”.²⁰
- Determinar cuándo comienza la vida queda dentro del margen de apreciación del que gozan los Estados.²¹
- Existiría una tendencia a ir otorgando creciente protección al embrión.²² En efecto, la Corte Europea toma en consideración documentos, informes y acuerdos más recientes en materia de bioética (e.g, la Convención de Oviedo

¹⁹ *Vo v. France* (2004), considerando 85. Traducción libre del original en inglés: “*is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention*”.

²⁰ *Vo v. France* (2004), considerando 80. Traducción libre del original en inglés: “*the unborn child is not regarded as a “person” directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a “right” to “life”, its is implicitly limited by the mother’s rights and interests. The Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child*”.

²¹ *Vo v. France* (2004), Considerando 82.

²² *Vo v. France* (2004), Considerando 84.

sobre Derechos Humanos y Biomedicina), particularmente en relación a la necesidad de proteger la vida y los embriones *in vitro*.

En nuestra opinión, la no exigencia de una sanción criminal para el homicidio no intencional de no nacidos deja a estos en una severa situación de desigualdad. En efecto, este fallo nos dice que su vida requiere menor protección que la del resto de los seres humanos. Peor aún, a diferencia de los casos de aborto en que la protección de los derechos de la mujer pudiera servir de justificación a la Corte para no proteger a los no nacidos, aquí no existe derecho alguno que se pueda oponer, o que se pueda ver afectado, por el reconocimiento del derecho de los no nacidos a no ser asesinados en el claustro materno.²³ En otras palabras, en el contexto de este caso hubiese sido mucho más fácil otorgar la protección completa del artículo 2 a los no nacidos que en casos de aborto voluntario. La negativa de la Corte Europea, unida a ciertos pasajes del fallo, constituye indicios de una actitud más bien negativa hacia el reconocimiento del no nacido como persona.

7. D versus Irlanda (27/6/2006)

La recurrente era una mujer irlandesa embarazada de mellizos. Uno de ellos murió y el otro venía con serias anomalías (Trisomía 18), por lo que viajó al Reino Unido a procurarse un aborto. Posteriormente, recurrió ante la Corte Europea alegando la vulneración del derecho a no ser sometida a tratos inhumanos y degradantes (artículo 3), puesto que la normativa en vigor la habría obligado a viajar fuera del país para obtener el aborto; ser atendida por personal médico que no conocía en un hospital también desconocido; y luego mantener el secreto de lo ocurrido, incluso frente a su doctor familiar y su propia familia. Alegó también la vulneración del artículo 8 de la Convención (la prohibición general al aborto irlandesa sería demasiado draconiana en situaciones como la suya, violando su derecho a la privacidad y la vida familiar), así como del artículo 10 (la ley irlandesa restringía innecesariamente la información que los doctores podían darle respecto al aborto).

La Corte Europea declaró inadmisibles el caso por cuanto la recurrente no había agotado la vía interna de reclamación. Habiendo analizado en detalle la situación legal del aborto en Irlanda, incluyendo la normativa constitucional y legal vigente; las interpretaciones judiciales de las mismas; así como los referéndums sobre la materia, la Corte Europea fue de la opinión que la solicitud de un aborto en caso de anomalías fetales letales tenía ciertas posibilidades de triunfar ante los tribunales domésticos.

²³ Ver PLOMER (2005), pp.328-329.

Si bien no se trata de un fallo particularmente ilustrativo del estatus del no nacido ante la Convención, nos ofrece algunos elementos relevantes a considerar. En primer lugar, sorprende la seriedad y el detalle con que la Corte Europea analiza la regulación irlandesa sobre el aborto. Si bien lo hace desde una perspectiva procesal (para determinar qué probabilidades de éxito tendría solicitar un aborto en las condiciones específicas en que se encontraba la peticionaria), no se aprecia un enjuiciamiento a tal normativa, sino más bien una acentuada deferencia. En segundo lugar, se confirma de esta forma que la Corte Europea no está lista para presionar a Irlanda sobre la permisibilidad del aborto, y que mantiene su doctrina, si bien aquí en forma implícita, del margen de apreciación que se le reconoce a los Estados en esta materia. La reflexión anterior debe contextualizarse en el entendido que Irlanda es, con toda probabilidad, el país miembro del Consejo de Europa con la regulación más estricta sobre el aborto, y con la postura más clara a favor de la personalidad y el derecho a la vida del niño no nacido.

8. *Tysiac versus Polonia* (20/3/2007)

Si bien se trata de un caso de aborto, los hechos varían sustancialmente de las causas conocidas previamente por las Instituciones Europeas. En efecto, aquí el niño ya había nacido, y la peticionaria recurrió a la Corte Europea por cuanto se le habría impedido acceder a un aborto terapéutico, situación que le habría acarreado un severo daño a su visión, con la posibilidad real de ceguera al corto plazo. Ello habría constituido una violación del artículo 8 de la Convención, habiendo sido vulneradas no sólo su vida privada, sino también su integridad física y moral, las que estarían comprendidas en el concepto "vida privada". Adicionalmente, el Estado no estaría cumpliendo con la obligación positiva de respetar su vida privada al no contemplar una forma de resolver las disputas que surgen entre una mujer y los doctores intervinientes sobre la necesidad de terminar un embarazo por razones terapéuticas. En efecto, si bien Polonia permite el aborto cuando el embarazo pone en riesgo la salud o la vida de la madre, en el caso en estudio los procedimientos y la disparidad de criterios entre los médicos participantes impidieron que se practicara el aborto.

La Corte Europea falló a favor de la recurrente, señalando que el Estado tenía la obligación positiva de asegurar un respeto efectivo por la vida privada, la cual incluye la identidad (entendida como integridad) física y social. En el caso en cuestión, ello no sucedió por cuanto la recurrente no tuvo acceso a mecanismos efectivos capaces de determinar si las condiciones para obtener un aborto legal se cumplían en su contexto particular, creando una situación de prolongada incertidumbre que la afectó severamente. En otras palabras, si el aborto es legal en el país, debe existir el marco necesario para que el acceso a él sea real.

Se señalan a continuación algunas reflexiones adicionales de la Corte Europea que nos parecen relevantes:

- Considera a las leyes de aborto como un balance entre la privacidad, el interés público y la obligación positiva del Estado de asegurar la integridad física de las “futuras madres”. Denota así un cambio gradual respecto al lenguaje de los casos antes analizados, ya que se cierra la puerta al balance entre los derechos de la mujer y los del no nacido,²⁴ imponiendo una postura agresiva del Estado en la protección de los derechos de la mujer, y negando expresamente la maternidad de esta última mientras no haya nacimiento. Supera incluso a la nomenclatura americana instaurada con *Roe v. Wade*.²⁵
- Señala que la prohibición legal del aborto, unida a la criminalización de su práctica, puede producir un efecto disuasivo sobre los doctores cuando estos deben decidir si se cumple con las excepciones que contempla la ley para realizar un aborto.²⁶ A nuestro parecer, la Corte Europea demuestra nuevamente una postura de promoción del derecho al aborto.
- Llama poderosamente la atención el hecho que la Corte Europea considere como “material relevante ajeno a la Convención Europea” informes de organismos internacionales (e.g., Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU). Tales informes criticaban la realidad restrictiva del aborto en Polonia, tanto a nivel normativo como de su disponibilidad real para las mujeres polacas, señalando derechamente que dicho país “debería liberalizar su legislación y práctica en materia de aborto”.²⁷ La sola inclusión de tal material, unida a la omisión de cualquier informe que sostenga una línea distinta, permiten inferir que la Corte Europea, al menos en este caso, tiene una opinión clara, si bien no declarada, respecto a la existencia de un “derecho al aborto”.

En conclusión, *Tysiak versus Polonia* es un caso trascendental para la materia en estudio. Aunque en la forma parece confirmar los precedentes antes analizados, la verdad es que los aplica de manera tal que obliga a una interpretación bastante amplia de la legislación sobre el aborto en Polonia. Más aún, diversos elementos del fallo denotan una visión subyacente claramente favorable al derecho al aborto. Si bien no es un caso que se refiera directamente al estatus del no nacido, la decisión de la Corte Europea impone gran presión sobre los límites impuestos por las leyes nacionales al aborto, con el consiguiente perjuicio para el niño *in utero*.

²⁴ *Tysiak v. Poland* (2007), considerando 107.

²⁵ *Roe v. Wade* (1973).

²⁶ *Tysiak v. Poland* (2007), considerando 116.

²⁷ *Tysiak v. Poland* (2007), considerandos 48 y ss.

9. *Evans versus Reino Unido (10/7/2007)*

Una mujer recurre a la Corte Europea ante la inminente destrucción de seis embriones, i.e., óvulos fecundados *in vitro*, debido a que la ley inglesa permite a ambos padres retractarse en este tipo de procedimientos hasta antes de la implantación en el útero de la mujer. En este caso, el padre se había retractado y solicitado la destrucción de los embriones. La mujer alega vulneración del artículo 2 (vida del embrión) y del artículo 8 (su privacidad y vida familiar), particularmente considerando que sus ovarios habían sido removidos y ésta era su última posibilidad de tener hijos genéticos (i.e., no adoptados, o provenientes de óvulos fertilizados de otra mujer).

La Corte Europea rechaza el recurso. Invoca sus propios precedentes para reafirmar que el comienzo de la vida queda dentro del margen de apreciación de los Estados, y que por tanto el Reino Unido no viola la Convención al no reconocer derechos al embrión. Respecto al artículo 8, señala que el caso presenta un conflicto entre los derechos a la privacidad del padre (que no quiere ser padre) y de la madre (que quiere ser madre de esos embriones), y adicionalmente deben considerarse ciertos intereses públicos involucrados.²⁸ La Corte Europea decide reconocer un amplio margen de apreciación al Reino Unido, dada la falta de consenso a nivel europeo respecto a los derechos de retracto en materia de fertilización *in vitro*, y considerando que se levantan en esta materia complicados tópicos éticos y morales. En este contexto, el balance entre los derechos e intereses mencionados que presenta la legislación inglesa no excedería del margen de apreciación.

De esta forma, el fallo en comento reafirma varios de los elementos fundamentales de los casos antes estudiados. Destaca a este respecto el generoso margen de apreciación, el que comprende incluso la potestad de determinar cuándo comienza la vida. También confirma que los embriones carecerán de mayor protección mientras no se reconozca la personalidad del no nacido. Finalmente, no cabe duda de que este caso suena una alarma ya larvada en *Vo versus Francia*, por cuanto es de esperar que comiencen a llegar a la Corte Europea un conjunto de dudas, conflictos y problemas surgidos a consecuencia de los avances científicos en materia de fertilización asistida, investigación genética, estudios con células madres, clonación, entre otros similares.

²⁸ *Evans v. The United Kingdom (2007)*, considerando 74.

IV. Comentarios Generales

1. Indefinición y margen de apreciación

Del análisis de la jurisprudencia expuesta, resulta claro que las Instituciones Europeas no han resuelto problemas fundamentales en relación al estatus del no nacido. En efecto:

- i) no han establecido si bajo la Convención el no nacido es persona;
- ii) no han establecido si bajo la Convención el no nacido tiene derecho a la vida, y
- iii) no han establecido si bajo la Convención existe un derecho al aborto o una prohibición del mismo.

Si bien se han desplegado ciertos esfuerzos por aclarar los puntos anteriores, la situación actual continúa siendo indefinida. En este contexto, es nuestra opinión que la Corte Europea lidia con los casos que se le presentan en estas materias desde un marco teórico que implica tres elementos principales: i) eludir una respuesta a los puntos señalados en el párrafo precedente, ii) la aplicación de la doctrina del margen de apreciación y iii) un análisis caso a caso.

Sobre el primer elemento no hay mucho que agregar. Baste señalar que las Instituciones Europeas han sido transparentes en su deseo de no pronunciarse al respecto,²⁹ y que la doctrina revisada está conteste en esta falta de definición.³⁰ Cabe sí preguntarse cuán sostenible es esta situación en el tiempo.

En relación a la doctrina del margen de apreciación, aquella ha sido desarrollada por la Corte Europea como una forma de reconocer cierta discrecionalidad a los Estados en algunas materias. Aquella tiene particular aplicación en las restricciones impuestas a derechos fundamentales; en la forma de solucionar conflictos entre ellos, así como en la determinación de las obligaciones positivas que debe asumir el Estado para lograr la efectiva vigencia de tales derechos.³¹ La utilidad de esta doctrina puede intuirse fácilmente en el contexto de un tribunal que es internacional, y que debe lidiar con problemas especialmente sensibles como son los derechos fundamentales. En efecto, mediante el margen de apreciación la Corte Europea demuestra gran deferencia a los criterios y decisiones adoptados por las autoridades domésticas en temas altamente delicados, los

²⁹ *Boso v. Italy* (2002), considerando 1; *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 66; *Vo v. France* (2004), considerando 76, y *R. H. v. Norway* (1992), considerando 1.

³⁰ BRAAKE (1999) p. 609; FELDMAN (2002) p. 204; FREEMAN (1994) p. 616; PICHON (2006) p. 433; WILLIAMS (1994) p. 80; PLOMER (2005) p. 315, y OVEY y WHITE (2002) p. 53.

³¹ Ver OVEY y WHITE (2002), p. 210.

cuales de alguna forma se estima que representan el sentir preponderante en el respectivo país. La Corte Europea mantiene siempre la última palabra en todos los casos, para lo cual goza de una gran libertad de acción. Es así como aquella no ha establecido criterios claros en cuanto a la amplitud y profundidad de este "margen de apreciación", y por tanto, dispone de mucha libertad y flexibilidad para determinar cuándo un país se ha excedido de tal margen o cuándo no lo ha hecho. Evidentemente, los tópicos discutidos serán centrales para dicha apreciación. En efecto, "el margen de apreciación será en ocasiones amplio y en ocasiones estrecho, dependiendo de la naturaleza de los derechos en discusión, o del balance que se haga de los derechos en conflicto".³² Adicionalmente, es posible afirmar que cuando se trata de materias que no reúnen cierto consenso entre los Estados, la Corte Europea tiende a aplicar un generoso margen de apreciación.³³ Esta sería precisamente la situación en que nos encontraríamos respecto del estatus y derechos del no nacido y de su madre.

El tercer elemento es casi una consecuencia natural de los dos anteriores: la Corte Europea realiza en las causas estudiadas un análisis caso a caso, donde las circunstancias concretas de la situación que se presenta a su conocimiento son absolutamente determinantes.

Hay quienes han defendido este sistema o marco tripartito creado y aplicado por la Corte Europea, particularmente la doctrina del margen de apreciación, basados en que sería la manera más razonable de tratar materias en que existen fuertes controversias y divergencias al interior de los Estados y entre ellos.³⁴ Nosotros estamos en desacuerdo, al menos en los tópicos que analiza este artículo, para los cuales es un marco inapropiado que genera problemas tanto o más graves que aquellos que pretende solucionar.

En primer lugar, consideramos erróneo aplicar la doctrina del margen de apreciación de una forma tal que, en la práctica, lleve a que cada país decida cuasi libremente si el no nacido es persona, si tiene derecho a la vida y si existe o no un derecho a abortar. En efecto, la doctrina del margen de apreciación no permite otorgar discrecionalidad al Estado en materias que constituyen la esencia del derecho protegido por la Convención, sino sólo en la forma específica como

³² OVEY y WHITE (2002), p. 210. Traducción libre del original en inglés: "The scope of the margin of appreciation will sometimes be broad and sometimes be narrow depending on the nature of the rights in issue, or on the balancing of competing rights".

³³ Véase, por ejemplo, *Evans v. The United Kingdom* (2007), considerando 77.

³⁴ BRAAKE (1999), p. 612, y WILLIAMS (1994), p. 80. Véase también a este respecto *R.H. v. Norway* (1992), considerando 1, y *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 68. Una visión crítica puede encontrarse en PICHON (2006), p. 436.

cada Estado va cumpliendo con tales derechos, y la forma de lidiar con los problemas que de ello surjan.³⁵ Así, por ejemplo, esta doctrina puede utilizarse para la determinación de qué es lenguaje obsceno (por tanto no protegido) en un Estado, pero no para que cada Estado determine si la libertad de expresión es un derecho o no, o quiénes deben gozar de esa libertad.³⁶

En agudo contraste, las materias que nos ocupan dan cuenta de uno de los más radicales e importantes (si no el más radical e importante) conflictos de derechos fundamentales que puede concebirse. Más aún, apunta nada menos que a determinar quiénes son los titulares de los derechos reconocidos en la Convención. Se trata, por tanto, de problemas tan centrales, tan fundamentales, que parece inconcebible que un instrumento internacional creado específicamente para la protección de los derechos fundamentales no establezca una respuesta o mínimo al respecto. En otras palabras, los propósitos mismos de la Convención, así como su autoridad normativa y moral,³⁷ quedan insatisfechos y disminuidos cuando la Corte Europea se niega a responder preguntas tan relevantes para los derechos fundamentales como las señaladas. Mayor fuerza cobra el raciocinio anterior si se considera que estamos hablando de la vulneración total de un derecho y no sólo de restricciones al mismo, y que el derecho invocado es justamente el más primordial de todos: la vida.

Sostenemos, por tanto, que la aplicación del margen de apreciación ha ido demasiado lejos en estas materias, dando pie para que cada país se sienta con la libertad de definir si permite o prohíbe el aborto³⁸ y cuándo comienza la vida y su protección.³⁹ Ello tampoco se condice con la naturaleza del margen de apreciación, el cual sólo puede aplicarse una vez que las preguntas básicas han sido respondidas, y no como sustituto de tales respuestas. De lo contrario, la Corte Europea queda sin orientación o parámetro alguno para la aplicación de la doctrina en comento, ya que todo "margen" supone límites a ambos lados, y son justamente esos límites los que están faltando en estos casos. La doctrina del margen de apreciación, por tanto, sólo funciona sobre ciertos mínimos predeterminados, y no puede utilizarse entonces para determinar esos mismos límites. El resultado práctico es la total discrecionalidad de la Corte Europea en estas materias, la que a su vez pareciera haber abdicado de tal discrecionalidad en favor de los Estados.

³⁵ Véase *Vo v. France* (2004), opinión disidente del juez Ress, considerando 8-9.

³⁶ Ver *Handyside v. The United Kingdom* (1976). También OVEY y WHITE (2002), p. 210.

³⁷ A este respecto, Williams nos recuerda que la Convención Europea "is a moral declaration as well as a legal document", en WILLIAMS (1994), pp.79-80.

³⁸ FELDMAN (2002), pp. 204 y ss.

³⁹ PICHON (2006), pp. 435-436. Véase también *Evans v. The United Kingdom* (2007), considerando 54.

En segundo lugar, es innegable que el marco en análisis, así como los resultados de su aplicación, causan gran incertidumbre, la cual produce una serie de consecuencias negativas. En primer término, despoja a la Convención de parte importante de sus efectos disuasivos, ya que desarrolla en los Estados la convicción de que casi cualquier decisión en las materias analizadas podrá ser justificada bajo el margen de apreciación que les reconoce la Corte Europea. En segundo término, afecta negativamente a las posibles víctimas, quienes deben sumar a las ya numerosas dificultades de litigar a nivel europeo (agotamiento de recursos internos, costos, viajes, demora que puede ser crucial en materia de derechos fundamentales, etc.), la imposibilidad de realizar una evaluación seria de las probabilidades de éxito que tiene su caso ante la Corte Europea. En tercer término, la incertidumbre respecto del momento en que comienza la vida y el estatus del no nacido repercute fuertemente en otras materias de gran actualidad, tales como la clonación, la manipulación genética, entre otras.⁴⁰ Finalmente, se trata de una postura que es en esencia una “no-postura”, lo que genera litigación por razones incluso opuestas, e.g., tanto por no respetar suficientemente un derecho al aborto (*Tysiak versus Polonia, D versus Irlanda*), como por no proteger en forma apropiada los derechos del no nacido (*Vo versus Francia*).

En tercer lugar, el marco de análisis utilizado por la Corte Europea en los casos revisados consiste en una forma de trabajo que fomenta la continuación de la situación actual, donde la Corte Europea no ha sido capaz de desarrollar una postura clara y consistente en las materias en estudio. Esta realidad de estancamiento no puede ser buena para la propia Corte Europea, y da lugar a fuertes tensiones y divisiones internas. Tales problemas se manifiestan nítidamente en la cantidad, contenido y tono de las opiniones separadas y de minoría que aparecen junto a cada fallo que se dicta sobre estos tópicos.⁴¹ Tales opiniones reflejan, adicionalmente, las tremendas y opuestas presiones a que está sujeta la Corte Europea, así como la fuerza de las convicciones personales que tienen los jueces sobre estos puntos.

2. Algunos criterios relevantes para la Corte Europea

La falta de definición ya comentada sobre las materias en estudio, así como la política de analizar cada caso en su propio mérito, nos obliga a intentar identificar qué criterios podrían ser relevantes para la Corte Europea en casos

⁴⁰ Ver PICHON (2006), p. 440, e indicios de esto también pueden encontrarse en *Vo v. France* (2004), considerando 84.

⁴¹ Véase, a modo ejemplar, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992); *Vo v. France* (2004); *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977); *Boso v. Italy* (2002), y *Tysiak v. Poland* (2007).

futuros. Basados en la jurisprudencia analizada en la sección III. precedente, consideramos que algunos de tales elementos serían los siguientes.

a) La etapa del embarazo en que se encuentra la mujer⁴²

Siguiendo la tendencia norteamericana,⁴³ los eventuales derechos del no nacido parecieran ir fortaleciéndose en la medida que transcurren los meses de gestación. Lo mismo sucede con el interés público o la necesidad estatal de conservar la vida del no nacido. A la inversa, los derechos de la mujer a la autonomía corporal, privacidad, etc., primarían con mayor facilidad en los primeros meses del embarazo.

La Corte Europea ha buscado apoyo para este criterio en las legislaciones de los Estados, varios de los cuales parecieran reconocerlo como tal.⁴⁴ Considerando la naturaleza esencialmente polémica de la materia que nos ocupa, no es sorprendente que la Corte Europea utilice este factor, en cuanto reuniría cierto consenso entre los países sujetos a su jurisdicción.

Cabe destacar, sin embargo, que todos los casos analizados en que se impugnaba la normativa abortiva se referían a situaciones en que el embarazo estaba en sus primeras etapas. Lo anterior permite especular que quizás la Corte Europea podría mirar con otros ojos un caso en que el no nacido tuviese un desarrollo mayor, reconociéndole estatus de persona y titular del derecho a la vida bajo el artículo 2 de la Convención.⁴⁵

En todo caso, pese a la influencia que la consideración a la etapa de desarrollo del embarazo pareciera tener, las Instituciones Europeas jamás han considerado la viabilidad del no nacido como el factor determinante en materia de aborto, i.e., impidiéndolo después de ese momento y permitiéndolo antes. No obstante lo anterior, la similitud del criterio en estudio con aquellos considerados en la experiencia norteamericana no ha pasado desapercibida para algunos autores, quienes ya han propuesto la viabilidad como criterio determinante bajo la Convención.⁴⁶

b) La protección de la salud o la vida de la mujer

La jurisprudencia estudiada pareciera demostrar que las Instituciones Europeas consideran con mucha mayor simpatía la posible interrupción del

⁴² *Paton v. The United Kingdom* (1980); *R. H. v. Norway* (1992) y *D v. Ireland* (2006).

⁴³ Consolidada desde *Roe v. Wade* (1973). Véase CHOPER (2001) pp. 374 y ss.

⁴⁴ BRAAKE (1999), p. 612.

⁴⁵ Véase a este respecto CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS (2004), pp. 8-9.

⁴⁶ PLOMER (2005), pp. 313 y 334, y BRAAKE (1999), p. 608.

embarazo cuando aquella se lleva a cabo para proteger la vida de la mujer, o incluso su salud.⁴⁷ La fuerza de este factor ha sido tal en algunos casos, que llega a dar la impresión de que la Corte Europea ha considerado (si bien nunca lo ha dicho) que el aborto sólo debiera permitirse si hay amenaza para la vida o salud de la madre.⁴⁸

En nuestra opinión, esta es una consecuencia evidente del hecho de que la Convención proteja sin duda alguna el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la mujer. En efecto, aun si las Instituciones Europeas declararan amparado al no nato por la Convención, en el caso de peligro para la vida o la salud de la madre, se gatillaría un proceso de balance de derechos en que no parece descabellado *a priori* negar la posibilidad de optar por la madre. Volveremos a este punto más adelante.

Por supuesto que la arista delicada en este tópico es determinar qué tan amenazada debe estar la vida de la madre, o más difícil aún, qué tan amenazada debe estar su salud. Esta última cuestión se hace aun más compleja en el caso de la salud mental... ¿bastaría una depresión para justificar un aborto ante la Corte Europea?; ¿sería suficiente el stress causado por el rechazo social al embarazo de una madre soltera?, etc. La jurisprudencia estudiada no parece dar mayor orientación en estos puntos, con la relativa excepción del caso *Tysiac versus Polonia*. Más allá de los argumentos formales utilizados por la Corte Europea para resolver dicho caso, y de que aquella razonó sobre la base de que el aborto terapéutico era legal en Polonia, es posible imaginar que la eventual ceguera podría considerarse una afectación de la salud de la madre de magnitud suficiente como para justificar un aborto. Del mismo modo, alguna conexión podría aventurarse en relación al grado de incapacidad laboral que pudiera causar el embarazo.

c) Las concepciones morales y religiosas de cada Estado.

A nuestro parecer, el mayor obstáculo que enfrenta la Corte Europea para resolver el estatus del no nacido es justamente la diferencia de pareceres entre los Estados. A su vez, estos pareceres hunden profundas raíces en factores éticos, religiosos, morales, ideológicos y socio-culturales. La enorme fuerza que tales factores ostentan en cada sociedad se hace sentir con particular agudeza y radicalidad en las materias en estudio. Es por ello que la Corte Europea teme, con razón a nuestro juicio, que una imposición "europea" en

⁴⁷ Ver *Paton v. The United Kingdom* (1980); *Boso v. Italy* (2002), y *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992). Implícito en *Tysiac v. Poland* (2007) y *D v. Ireland* (2006).

⁴⁸ *Paton v. The United Kingdom* (1980) y *Vo v. France* (2004).

tales tópicos provoque la abierta rebelión de las poblaciones y los Estados que se sientan vulnerados por el nuevo "estándar europeo".⁴⁹

En esta línea, la jurisprudencia de las Instituciones Europeas ha repetido majaderamente que no habiendo consenso en estas materias, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación sobre las mismas (véase la sección IV.1 precedente]. Al estudiar los fallos de aquellas instituciones, sin embargo, aparece claramente que la observación de tal margen ha significado tomar en gran consideración las convicciones morales del país en cuestión, así como su fehaciente comprobación. Particular fuerza se ha otorgado, por ejemplo, a los plebiscitos irlandeses que han arrojado contundentes mayorías antiabortistas y a favor del derecho a la vida del no nacido en cuanto persona humana integral.⁵⁰

En consecuencia, cabe inferir que a mayor fuerza de las convicciones, y a mayor democraticidad de las decisiones que al respecto tome una sociedad, mayor debiera ser el respeto y la deferencia que demuestre la Corte Europea.

d) Otros factores

Criterios adicionales a los anteriores que han sido mencionados en los fallos analizados, algunos de ellos en forma más bien indirecta, son la edad de la madre;⁵¹ su estado de salud en general (independientemente de que el embarazo en sí afecte o no su salud);⁵² las razones que tenga una mujer para terminar su embarazo;⁵³ la razonabilidad de las condiciones impuestas por la legislación para otorgar el derecho al aborto,⁵⁴ así como la realidad social que subyace tras la normativa en esta materia.⁵⁵

De los factores antes señalados, no cabe duda que los dos últimos se presentan como particularmente dúctiles para la Corte Europea, abriéndole amplias posibilidades de intervención respecto de la situación del no nacido y la regulación del aborto en cada país.

⁴⁹ Véase a WILLIAMS (1994), pp. 79-80, quien agrega que sería poco sabio que un tribunal compuesto exclusivamente por hombres decida asuntos que afectan tanto a las mujeres.

⁵⁰ Ver *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992) y *D v. Ireland* (2006), considerando 16.

⁵¹ Indirectamente en *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 73.

⁵² Indirectamente en *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 73; *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerando 22; *Boso v. Italy* (2002), considerando 2; *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), considerando 62, y *Tysiac v. Poland* (2007).

⁵³ Indirectamente en *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992), considerando 73.

⁵⁴ *Boso v. Italy* (2002), considerando 1, y *Paton v. The United Kingdom* (1980), considerando 22.

⁵⁵ *Tysiac v. Poland* (2007), considerando 121, y *D v. Ireland* (2006), considerando 102.

3. La Corte Europea observa otras jurisdicciones

Los fallos analizados en la sección III, precedente, dejan en evidencia que la Corte Europea, al tratar las sensibles materias en estudio, otorga gran importancia a lo que sobre ellas se ha resuelto en otras jurisdicciones y legislaciones, e incluso las opiniones de otros organismos internacionales no judiciales.

Dentro de esta apertura de la Corte Europea a otras experiencias, deben distinguirse dos situaciones:

a) Los fallos y normas internas de cada Estado miembro de la Convención

La Corte Europea tiende a otorgar gran importancia a lo que han resuelto los tribunales de los Estados, vale decir, los órganos domésticos de aquellos países que son partes de la Convención, así como a las normas nacionales que les sirven de sustento. En general, la influencia de estas decisiones y regulaciones internas aumenta notoriamente en dos situaciones: i) cuando la Corte Europea es capaz de deducir un consenso o patrón común si no a todas, al menos a la generalidad de las jurisdicciones bajo su tutela, y ii) cuando la Corte Europea no ha sido capaz de definir un estándar europeo en la materia respectiva (que es justamente nuestro caso). En tales circunstancias, son las jurisdicciones nacionales las que podrían determinar el futuro estándar de la Convención.⁵⁶

En razón de lo anterior, cabe puntualizar las siguientes observaciones en relación a la situación del no nacido y del aborto en los Estados:

- la virtual totalidad de los Estados reconoce ciertas alternativas legales de aborto. Se ha argumentado que la mera existencia de leyes de aborto probaría que el no nacido es un titular de derechos que deben protegerse, ya que tales leyes son necesarias para legalizar excepciones a la regla general que es el respeto al no nacido.⁵⁷ No obstante lo anterior, es probable que la Corte Europea considere este antecedente en forma opuesta, vale decir, como un indicio de la existencia de un derecho al aborto.
- La mayoría de las legislaciones de los Estados reconoce, en algún punto del embarazo, que el derecho a la vida del no nacido, o el interés público en ese ser y la necesidad de protegerlo, alcanza una importancia tal que puede prevalecer por sobre los derechos de la madre.⁵⁸

⁵⁶ BRAAKE (1999), p. 612.

⁵⁷ PICHON (2006), p. 440.

⁵⁸ PLOMER (2005), p. 336 *"there is a large degree on consensus in Europe that the period between 22 and 28 weeks marks the point at which foetal interests in life become compelling, although not necessarily sufficient to ultimately trump the right to life of the pregnant woman"*.

- La virtual totalidad de los Estados miembros otorgan cierto reconocimiento y alguna protección al no nacido como un interés legal independiente, y le conceden ciertos derechos (e.g., herencia).⁵⁹
- La situación jurídica del no nacido y del aborto es esencialmente mutable, y ha ido variando en las últimas décadas. Existe una tendencia marcada hacia la liberalización del aborto,⁶⁰ contrastada, sin embargo, con la creciente preocupación por el estatus del no nacido y sus consecuencias para la investigación genética, la clonación, la investigación con células madre y embriones, entre otros.
- Existe una minoría de Estados fuertemente comprometidos con el derecho a la vida del no nacido (e.g., Irlanda, Polonia, Malta), y abiertamente hostiles a cualquier fallo de la Corte Europea que les imponga alguna obligación en contrario.

Consideramos que, de lo anteriormente expuesto, se deduce que la situación del no nacido no es lo suficientemente clara en la normativa y jurisprudencia interna de los Estados. Mal podría por tanto la Corte Europea extraer un estándar europeo de esta fuente. En efecto, más allá de la consagración del aborto con mayores o menores restricciones, subsiste la duda fundamental acerca del estatus del no nacido y las consecuencias que de ello se deducen para el ordenamiento jurídico en su conjunto. Lo anterior sin mencionar la eminente intensidad de las convicciones opuestas que existen en las materias analizadas.

b) Otras fuentes

Agrupamos bajo este encabezado otras influencias que ha reconocido la Corte Europea, que sin embargo no llegan a gozar de la importancia de las normativas y jurisdicciones domésticas.

Es así como la Corte Europea ha considerado en más de una ocasión las experiencias y decisiones de la Corte Suprema norteamericana,⁶¹ quien, a diferencia de aquella, sí ha expresado juicios más determinantes acerca de algunas de las materias que nos ocupan. En efecto, desde *Roe v. Wade* el aborto no puede ser prohibido en ningún estado de Estados Unidos, y se ha negado al no nacido el carácter de persona y titular de derechos constitucionalmente protegidos.⁶²

⁵⁹ FREEMAN (1994), p. 655.

⁶⁰ FREEMAN (1994), p. 617.

⁶¹ Véase, a modo ejemplar, *Evans v. The United Kingdom* (2007), y *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977).

⁶² Véase CHOPER (2001), pp. 374 y ss.

La influencia norteamericana puede observarse en la tendencia a considerar al aborto como un tema propio del derecho a la privacidad, derecho protegido por el artículo 8 de la Convención. Debe recordarse, sin embargo, que la Corte Europea estima que bajo ese derecho debe comprenderse también la integridad psíquica y física.⁶³ De esta forma, no es claro qué aspecto del artículo 8 –privacidad o integridad– es el realmente atingente para la Corte Europea en el tema del aborto.

Del mismo modo, en *Tysiác versus Polonia* la Corte Europea recurrió a los informes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cabe destacar que dichos informes demuestran una opción bastante clara en contra del no nacido. Es así como la Corte Europea recuerda en el caso citado que Polonia fue expresamente conminada a “liberalizar su legislación y práctica sobre el aborto”.⁶⁴

Otra fuente reiteradamente invocada por la Corte Europea ha sido la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁵ En efecto, se la contrasta con su equivalente europeo en cuanto aquella protege expresamente la vida, en general, desde la concepción. Se reconoce de esa forma el derecho a la vida del no nacido, e indirectamente su personalidad, así como la prohibición genérica del aborto. Evidentemente, aquí se abren dos posibilidades de interpretación: o el contraste implicaría que la Convención no protege la vida desde la concepción (por algo no lo dijo expresamente, como lo hace su equivalente americano), o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo posterior, sirve como una fuente de interpretación de la Convención más “evolucionada” y de mayor actualidad.

Haciendo un balance de lo antes señalado, nos parece que la influencia sobre la Corte Europea del conjunto de fuentes y antecedentes mencionados bajo esta letra, apuntan más bien a reforzar la postura pro derecho al aborto y denegatoria de la personalidad y del derecho a la vida del no nacido.

⁶³ *Tysiác v. Poland* (2007), considerando 107, y *Evans v. The United Kingdom* (2007), considerando 71.

⁶⁴ *Tysiác v. Poland* (2007), considerando 50. Traducción libre del original en inglés: “*The State Party should liberalize its legislation and practice on abortion*”.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, *Paton v. The United Kingdom* (1980) y *Vo v. France* (2004).

4. Existe en los fallos una opinión subyacente sobre el aborto y la situación del no nacido

De la cuidadosa lectura de los fallos, queda siempre la sensación de que si bien la Corte Europea evita dar una respuesta directa y expresa sobre el estatus del no nacido y el supuesto derecho al aborto, sí tiene una opinión formada al respecto que de alguna manera se trasunta en tales fallos. En otras palabras, no creemos probable ni verosímil que la Corte Europea no tenga ni haya tenido nunca una convicción sobre tales materias, sino que simplemente omite manifestarla por razones de prudencia y estrategia. Ello por cuanto, como hemos explicado previamente, la ausencia de un consenso europeo sobre tales puntos, unida a la intensidad de las convicciones involucradas, constituyen un formidable disuasivo para que la Corte Europea zanje estas cuestiones.

El punto es que, como señalábamos, el lector de los fallos analizados puede descubrir, o al menos sospechar fundadamente, cuál es la postura de fondo de la Corte Europea. Algunos de tales indicios son los siguientes:

- El lenguaje utilizado. En efecto, no es lo mismo hablar de “niño no nacido” que de “feto”, como tampoco es idéntico utilizar el término “derecho al aborto” en vez de “aborto legal”; o referirse a un recurrente como “padre” o sólo como “eventual progenitor”. Más importante aún, al Corte Europea ha usado en ocasiones la expresión “balance de derechos” y en otras “balance entre derechos e interés público”. Las diferencias son sutiles, pero tremendamente reveladoras respecto de las convicciones de quien utiliza unas y otras expresiones.⁶⁶
- Las opiniones separadas y minoritarias. Ellas abundan en los casos estudiados y prácticamente todas se refieren derechamente a las cuestiones fundamentales que la Corte Europea ha evitado definir. Se prueba así que los jueces individualmente considerados sí tienen una opinión al respecto, y resulta completamente absurdo pensar que se despojan de tal convicción al momento de redactar o concurrir al fallo de la Corte Europea. Una cosa es que no expresen su opinión en tales fallos, pero otra muy distinta es que aquella no haya subyacido e influido en la redacción de los mismos.
- La lógica detrás de algunos fallos se aleja notoriamente de la postura de no-compromiso o no-resolución que ha favorecido la Corte Europea. Tal vez el caso más evidente es *Vo versus Francia*, donde se estimó que no era necesario penar criminalmente el homicidio no voluntario de un no nacido

⁶⁶ Véase en esta materia WILLIAMS (1994), pp. 72-73.

para cumplir con las obligaciones positivas del Estado de proteger la vida. Cabe destacar que la jurisprudencia de la misma Corte Europea exige sanciones criminales para vulneraciones graves de ciertos derechos.⁶⁷ Al no extender dicha exigencia al homicidio de un no nacido, por no intencional que este sea, se está confesando claramente que para la Corte Europea la vida del no nacido no tiene, ni cercanamente, el valor que posee la vida –u otros derechos menos cruciales– de un nacido.⁶⁸

Otro caso “extraño” en su lógica interna es *Open Door versus Irlanda*: ¿cómo es posible que la prohibición del aborto sea compatible con la Convención, pero no lo sea la prohibición de emitir información respecto de cómo conseguirlo fuera del país? Aceptar que se puede declarar ilícita una acción, pero no la información acerca de cómo realizarla es un contrasentido, particularmente dada la naturaleza criminal de aquella. No sólo contraría los argumentos jurídicos tradicionales de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y de que quien puede lo más puede lo menos, sino que conspira directamente contra la eficacia misma de la prohibición. Este no es un efecto que la Corte Europea pudo no haber vislumbrado, sino que consistía en el centro mismo de la cuestión debatida: ¿cómo voy a asegurar el cumplimiento de una ley si a la vez permito informar con detalle acerca de cómo vulnerarla? En nuestra opinión, este fallo sólo puede entenderse o como una solución de compromiso entre jueces que opinaban diametralmente distinto, o como una forma de ser deferentes con Irlanda sobre materias en que la mayoría de la Corte Europea discrepaba del criterio dominante en ese país.

Finalmente, el caso *Tysiac versus Polonia* es, a nuestro juicio, el ejemplo más evidente de una postura no declarada a favor del derecho de las mujeres al aborto. Nos remitimos a lo ya señalado en la sección correspondiente. Baste agregar que dicho fallo presenta la extraña paradoja de afirmar que un niño, de a la sazón seis años, había nacido como consecuencia de una violación a la Convención.⁶⁹

En conclusión, nos parece que no hay que ser ingenuos. Existen antecedentes e indicios de sobra para sospechar fundadamente que, al menos tras algunos de los fallos analizados en este trabajo, existen opiniones formadas y claras acerca del estatus del no nacido, sus derechos y los de la mujer embarazada.

⁶⁷ PICHON (2006), p. 443.

⁶⁸ PLOMER (2005), pp. 329-330. Véase también *Kiliç v. Turkey* (2000), considerandos 58-62.

⁶⁹ *Tysiac v. Poland* (2007), voto minoría del Juez Borrego, considerando 15.

5. Balance... ¿entre qué?

Una de las doctrinas más asentadas que ocupa la Corte Europea es la necesidad de realizar balances de derechos cuando estos entran en conflicto. El balance es un proceso complejo, el cual se vincula a la naturaleza de los derechos involucrados; las disposiciones de la Convención sobre interferencias con los mismos; la proporcionalidad, entre otros.

La aplicación de este mecanismo en los fallos estudiados, sin embargo, presenta algunas anomalías o dificultades. En primer término, el balance no opera siempre entre derechos (los de la madre, los del padre y los del no nacido),⁷⁰ sino que entre los derechos de la madre y el interés público involucrado en su embarazo (o si se quiere, la "necesidad legítima" de proteger al no nacido),⁷¹ o incluso entre ambos y las obligaciones positivas del Estado de asegurar la integridad física de la madre o su privacidad.⁷² De esta forma, el conflicto ya no es entre derechos, sino entre derechos, interés público y obligaciones positivas de Estado, circunstancia que debería al menos gatillar una adecuación de la doctrina del balance de derechos para su aplicación a este tipo de casos.

En segundo lugar, para realizar un real balance entre los derechos de la madre y los del no nacido, es indispensable reconocer que ese niño tiene derechos. De lo contrario es imposible balancear nada. Para superar este problema sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, la Corte Europea ha desarrollado la fórmula "incluso asumiendo que..." (*even assuming*).⁷³ Ella le permite tratar al no nacido como si hipotéticamente estuviera amparado por la Convención, y evidenciar que aun en tal circunstancia habría fallado como efectivamente lo hizo. Se trata, por tanto, de una fórmula ingeniosa que deja viva la esperanza de un reconocimiento del no nacido como titular de los derechos de la Convención. Sin embargo, aquella produce también problemas relevantes, ya que la estructura misma del balance implica una consideración acabada de los detalles y circunstancias del caso. No se trata de un ejercicio abstracto, sino muy concreto, que se ve severamente dificultado, si no impedido, por la introducción de un factor meramente hipotético como sería la personalidad y el derecho a la vida del no nacido. En otras palabras la Corte Europea no puede realizar un balance efectivo de derechos si no está claro si el no nacido tiene derechos bajo la Convención.⁷⁴

⁷⁰ *Paton v. The United Kingdom* (1980) y *R.H. v. Norway* (1992).

⁷¹ *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (1977), *Boso v. Italy* (2002) y *Evans v. The United Kingdom* (2007).

⁷² *Tysiac v. Poland* (2007).

⁷³ Ver PICHON (2006), p. 436.

⁷⁴ FREEMAN (1994), p. 646.

6. ¿Es posible una solución ecléctica: el no nacido es persona pero puede ser abortado?

La fórmula “incluso asumiendo que...” mencionada en el párrafo precedente ha abierto la puerta a la búsqueda de una solución ecléctica. En efecto, en los casos en que aquella fórmula ha sido utilizada,⁷⁵ la Corte Europea ha llegado a la conclusión de que aunque el no nacido fuese persona y titular del derecho a la vida, la madre tendría igualmente derecho a abortar, al menos en algunas circunstancias. Ello por cuanto se produciría un balance de derechos que no siempre se inclinaría a favor del no nacido. El ejemplo más evidente sería el caso del aborto terapéutico, pero también podría extenderse a casos de afectación psicológica seria, violación, incesto, etc. De este modo, podría concluirse que la solución a la parálisis actual de la Corte Europea en estas materias sería reconocer que el no nacido es persona, y que tiene derecho a la vida, pero que aquel puede ceder frente a los derechos de la madre, con lo que se salvaría la situación de las leyes permisivas del aborto.

Las consecuencias de adoptar una postura como la descrita serían diversas. Por una parte, representaría una suerte de transacción difícil de digerir para las dos posiciones “tradicionales” en estas materias, ya que ambas invocan principios y creencias de profundo arraigo que no se verían respetadas en su esencia. A nivel práctico, podrían aventurarse los siguientes efectos: restricción de los abortos legales según la legislación doméstica a circunstancias particularmente calificadas; imposición de obligaciones positivas sobre los Estados de prevenir abortos;⁷⁶ restricción considerable de la libertad científica en materia de experimentación con embriones, células madres, clonación y similares; entre otras.

Cabe destacar que la doctrina revisada parece mirar con cierta simpatía esta opción, la que además permitiría explicar por qué cuando se firmó la Convención ningún país estimó necesario hacer reservas en relación a sus legislaciones sobre aborto. Debemos recordar que en esa época tales legislaciones eran mucho más restrictivas. En consecuencia, no resultaría descabellado sostener que si bien los Estados consideraron que el derecho a la vida del no nacido estaba protegido por la Convención, ello no entraba en conflicto con casos muy calificados de aborto, particularmente cuando era necesario para proteger a la madre.⁷⁷

No obstante lo anterior, nos parece que no se trata de una solución correcta, ya que intenta un compromiso imposible. En efecto, sería inaceptable reconocer que el no nacido es persona sin ponerlo en exactamente el mismo pie que las

⁷⁵ Boso v. Italy (2002), considerando 1, y Vo v. France (2004), considerando 85.

⁷⁶ FREEMAN (1994), pp. 660 y ss.

⁷⁷ PICHON (2006), p. 440.

demás personas (los ya nacidos). Si es persona, dotado de todos los derechos consagrados en la Convención, se hace muy difícil legitimar la legislación abortiva, más allá de los casos más extremos, si no inexistentes, de aborto terapéutico. En otras palabras, consideramos que la opción es clara: o el no nacido es persona y tienen derecho a la vida, o no es persona y las mujeres tienen por tanto el derecho a abortar. Ambas alternativas son lógicamente incompatibles y valóricamente excluyentes.

V. Conclusiones

1. La Corte Europea nunca ha definido, y se ha negado sistemáticamente a determinar, cuál es, bajo la Convención, el estatus exacto del no nacido, creando una situación de gran incertidumbre. La razón más importante para mantener esta indeterminación sería la divergencia de opiniones que sobre esta materia existe entre los diversos Estados, e incluso dentro de ellos, así como la fuerza e intensidad de las convicciones morales, valóricas y religiosas intervinientes.
2. Los casos fallados por las Instituciones Europeas acusan una exagerada deferencia hacia las posturas que cada país adopte. En virtud de una aplicación equivocadamente extensa de la doctrina del margen de apreciación, los Estados son libres de determinar cuestiones fundamentales para la interpretación y aplicación de la Convención. Entre ellas destaca la decisión acerca del momento en que comienza la vida, así como la facultad de prohibir o permitir el aborto, y en esta última alternativa, por qué causales y en qué período de la etapa de gestación.
3. La Corte Europea ha demostrado cierta tolerancia a permitir la protección de jurisdicciones nacionales al no nacido, siempre y cuando no se plantee que aquel tiene un derecho absoluto a la vida que primaría siempre sobre el de la madre. También ha reconocido que el embarazo no queda completamente subsumido en la privacidad de la mujer, y que existen intereses y bienes jurídicos involucrados que son distintos a los de la madre. No ha llegado a sostener en forma expresa, sin embargo, que el no nacido sea titular de algún derecho.
4. La Corte Europea ha sido particularmente dura con los padres. Ellos carecen del derecho a oponerse al aborto de sus hijos, o incluso a ser consultados, informados, o siquiera escuchados en tales procedimientos.
5. Los fallos analizados demuestran ciertos problemas metodológicos en la forma como la Corte Europea conoce y decide estos casos. La doctrina del margen de apreciación se amplía al punto de perder contenido real, y cada

caso se termina resolviendo de acuerdo a sus circunstancias particulares, contribuyendo muy poco a aumentar la certeza jurídica en esta área. El mecanismo del balance de derechos tampoco se presenta como muy adecuado sin las modificaciones necesarias para adaptarlo a una situación donde confluyen no sólo derechos, sino también intereses públicos y obligaciones positivas de los Estados.

6. Algunos criterios relevantes para la Corte Europea que pueden extraerse de los casos analizados, particularmente en materia de aborto, son la etapa de gestación en que se realiza; si se encuentra comprometida la vida o la salud de la mujer; las concepciones religiosas o morales del Estado en cuestión; la edad de la madre; su estado de salud general; las razones invocadas para poner fin al embarazo; la razonabilidad de las condiciones legales para acceder a un aborto, y la realidad social subyacente en el país en cuestión.
7. La Corte Europea está monitoreando constantemente la normativa y jurisprudencia de los Estados, tanto en búsqueda de estándares y patrones comunes, como de elementos y cánones de decisión. Otras jurisdicciones y organizaciones también son tomadas en consideración (e.g., Corte Suprema de los Estados Unidos).
8. Algunos de los casos estudiados presentan estructuras de argumentación parcialmente contradictorias, excéntricas o fragmentadas, lo cual se explicaría por la necesidad de ocultar en el texto del fallo una decisión subyacente sobre el estándar del no nacido y del aborto. Varios casos sólo se pueden entender cabalmente sobre la base de conocer la postura de la mayoría de la Corte Europea sobre esas materias fundamentales. Las opiniones separadas y disidentes son ilustrativas a este respecto.
9. Es posible que la Corte Europea avance a una solución ecléctica, reconociendo la personalidad, o al menos el derecho a la vida del no nacido, pero negando que aquel se imponga sin más sobre los derechos de la madre. Se impondría de esta forma un balance de derechos. Nos parece que tal solución sería resistida por las principales posturas en estas materias. Adicionalmente, obligaría a examinar detenidamente la legislación sobre el aborto en todos los Estados, la mayoría de los cuales habría ido demasiado lejos en su permisibilidad.
10. No debe olvidarse que la determinación del estatus del no nacido bajo la Convención presenta consecuencias no sólo para el aborto, sino para materias relacionadas con la fertilización asistida; la manipulación genética; la clonación; las investigaciones con embriones, entre otras. En consecuencia, mantener la indefinición actual puede provocar grandes e insospechadas dificultades en una serie de áreas de frontera de la investigación científica.

BIBLIOGRAFÍA

I. Jurisprudencia

1. Corte Europea de Derechos Humanos

Tysiac v. Poland (2007): Corte Europea de Derechos Humanos, 24 de septiembre de 2007, Solicitud N° 5410/03.

Evans v. The United Kingdom (2007): Corte Europea de Derechos Humanos, 10 de abril de 2007, Solicitud N° 6339/05.

D v. Ireland (2006): Corte Europea de Derechos Humanos, 27 de junio de 2006, Solicitud N° 26499/02.

Vo v. France (2004): Corte Europea de Derechos Humanos, 8 de julio de 2004, Solicitud N° 53924/00.

Boso v. Italy (2002): Corte Europea de Derechos Humanos, 5 de septiembre de 2002, Solicitud N° 50490/99.

Kiliç v. Turkey (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 5 de diciembre de 2000, Solicitud N° 22492/93.

Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland (1992): Corte Europea de Derechos Humanos, 29 de octubre de 1992, Solicitudes N°s 14234/88; 14235/88.

Handyside v. The United Kingdom (1976): Corte Europea de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 1976, Solicitud N° 5493/72.

2. Comisión Europea de Derechos Humanos

R.H. v. Norway (1992): Comisión Europea de Derechos Humanos, 19 de mayo de 1992, Solicitud N° 17004/90.

Paton v. The United Kingdom (1980): Comisión Europea de Derechos Humanos, 13 de mayo de 1980, Solicitud N° 8416/78.

Bruggemann and Scheuten v. Germany (1977): Comisión Europea de Derechos Humanos, 12 de julio de 1977, Solicitud N° 6959/75.

3. Corte Europea de Justicia

The Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Stephen Grogan and others (1991): Corte Europea de Justicia, 11 de Junio de 1991, Case C-159/90.

4. Corte Suprema de los Estados Unidos

Roe v. Wade (1973): Corte Suprema de Estados Unidos, 22 de enero de 1973, Case 410 U.S. 113.

II. Doctrina

1. Artículos de Revista:

BRAAKE, Trees (1999): "Late Abortion And The European Convention For Human Rights", *Medicine and Law*, Vol. XVIII N° 4: pp. 607-612.

FREEMAN, Katherine (1994): "The Unborn Child And The European Convention On Human Rights: To Whom Does "Everyone's Right to Life" Belong?", *Emory International Law Review*, Vol. VIII N° 2: pp. 615-665.

PICHON, Jacob (2006): "Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in Judgment Vo v. France", *German Law Review*, Vol. VII N° 4: pp. 433-444.

PLOMER, Aurora (2005): "A Foetal Right To Life? The Case Of Vo v. France", *Human Rights Law Review*, Vol. 5 N° 2: pp. 311-338.

WILLIAMS, Glanville (1994): "The Fetus And The "Right To Life"", *Cambridge Law Journal*, Vol. LIII N° 1: pp.71-80.

2. Libros

CHOPER, Jesse H. et al (2001): *Constitutional Law: Cases - Comments - Questions*, 9ª Edición (Estados Unidos, West Group), 1575 pp.

FELDMAN, David (2002): *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2ª Edición (New York, Oxford University Press), 1108 pp.

OVEY, Clare y WHITE, Robin C.A (2002): *European Convention on Human Rights*, 3ª Edición (New York, Oxford University Press), 506 pp.

III. Otras Fuentes

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS (2004): Reproductive Rights in the European Court of Human Rights.

CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ESTATUTOS DEL CONSEJO DE EUROPA