

**AL HONORABLE JUEZ PRESIDENTE DR. MILTON RAY GUEVARA Y
MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
DOMINICANA**

CLAUDIO NASH ROJAS, chileno, domiciliado en calle Pío Nono No. 1, Santiago de Chile, Doctor en Derecho, solicito respetuosamente que se tenga a bien recibir el presente Amicus o Intervención para ser incorporada dentro de las Acciones Directas de Inconstitucionalidad: TC-01-2015-0001, TC-01-2015-0002, TC-01-2015-0004. Las cuales fueron presentados contra las reformas penales contenidas en los artículos 107-110 de la Ley 550-14 Código Penal de la República Dominicana.

El artículo 23 del Reglamento Jurisdiccional de este Tribunal Constitucional que establece:

“Se considera amicus curiae o amigo del Tribunal a la persona física o jurídica, o a la institución del Estado que, ajena al litigio o al proceso del cual está apoderado el Tribunal Constitucional, somete un escrito de opinión con el objeto de colaborar en su edificación. El amicus curiae participa en casos de trascendencia constitucional o que resulten de interés público, como son la acción directa de inconstitucionalidad, el control preventivo de los tratados internacionales y los recursos de revisión constitucional de amparo en los cuales se ventilen derechos colectivos y difusos. Deberá poseer reconocida competencia sobre la cuestión debatida y su opinión carece de efectos vinculantes para el Tribunal Constitucional”.

En mi calidad de persona física, someto el presente escrito de opinión con el objeto colaborar en la resolución que debe dictar este honorable Tribunal Constitucional, atendido el interés del tema a resolver. Me consta la trascendencia de esta resolución en mi calidad de Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho de la misma Universidad, coordinador académico de la Cátedra de Derechos Humanos de la misma casa de estudios y director del Diploma de Postítulo en Derechos Humanos y Mujeres del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2011-2014).

Por tanto, solicito tener a bien considerar las razones que paso a exponer en la discusión de este importante caso, con alcances regionales a la luz de la imperiosa necesidad de establecer estándares mínimos de protección de los derechos de las mujeres en República Dominicana y en la región:

1 DESPENALIZACIÓN ABORTO EN LEGISLACIÓN PENAL DE REPÚBLICA DOMINICANA

La reforma al Código Penal de República Dominicana, promulgado por el Presidente Danilo Medina en diciembre de 2014, ha recogido tres hipótesis de despenalización del aborto: peligro de vida de la madre, violación o incesto y cuando hay malformaciones del feto incompatibles con la vida clínicamente comprobable (Ley 550-14). Esta reforma al Código Penal, se deja atrás una política de prohibición absoluta del aborto que generaba una situación de incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Dominicano respecto de las mujeres sujetas a su jurisdicción y cuyo compromiso se ha adquirido formalmente ante la comunidad internacional.

La actual discusión ante el honorable TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, pone en riesgo este importante avance en los derechos humanos en República Dominicana y amenaza una decisión ampliamente discutida en la sede legislativa y con una activa participación de la sociedad civil. Por ello, es importante que el Tribunal Constitucional valore no solo los aspectos formales involucrados, sino que también pondere adecuadamente los alcances sustantivos de su decisión.

El riesgo concreto es que República Dominicana vuelva a la situación que los órganos internacionales de derechos humanos le habían representado a su país en innumerables oportunidades, cual es, una prohibición absoluta del aborto que afecte gravemente los derechos humanos de las mujeres. Un ejemplo de estas recomendaciones es la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que le ha señalado en el pasado al Estado Dominicano:

“El Comité expresa su preocupación por la criminalización generalizada del aborto, que obliga a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro sus vidas y su salud.

“El Comité recomienda al Estado Parte que revise su legislación sobre el aborto y prevea excepciones a la prohibición general del aborto por razones terapéuticas y en los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto.”¹

A continuación, me permito exponer al honorable Tribunal Constitucional algunas reflexiones que pueden ayudar a valorar las consecuencias de la medida que se discute ante sus estrados.

¹ Comité Derechos Humanos, Observaciones Informe República Dominicana, Comité de Derechos Humanos, 104º período de sesiones. Nueva York, 12 a 31 de marzo de 2012 (CCPR/C/SR.2885), celebradas el 27 de marzo de 2012, párr. 15.

2 DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL

Al igual que los hacen las constituciones de la región y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en República Dominicana se garantiza el **derecho a la vida** de las personas (art. 37 Constitución Política, art. 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–; art. 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP). El derecho a la vida es un derecho básico para el goce y ejercicio de todos los derechos, sin vida, no hay derechos.² De ahí que el Estado deba adoptar medidas eficaces para cumplir plenamente con el mandato de proteger la vida de las personas.³

El derecho a la vida de las personas tiene una doble dimensión. Por una parte, establece un límite a la actividad de los agentes del Estado quienes no pueden privar arbitrariamente de la vida a una persona. Esto es, los agentes del Estado no pueden tomar acciones que tengan como consecuencia privar de la vida a una persona estando en condiciones fácticas y jurídicas de poder actuar para evitar dicho resultado.⁴ Por otra, el derecho a la vida genera la obligación del Estado de generar ciertas condiciones mínimas de vida que les permitan a las personas una subsistencia digna.⁵

El derecho a la vida se vincula con otros derechos esenciales para su pleno desarrollo. Por una parte, el derecho a la autonomía, esto es, decidir el proyecto de vida que la persona elige, sin que el Estado pueda intervenir en dicho proyecto, salvo circunstancias muy determinadas. Asimismo, se vincula con el derecho a la privacidad, que garantiza a la persona que podrá tomar las decisiones que permitan desarrollar su proyecto de vida, sin la intervención arbitraria de la autoridad. Finalmente, que ese proyecto de vida podrá desarrollarlo en condiciones de igualdad con otros proyectos de vida, sin que el Estado valore arbitrariamente algunos de ellos y otros no.⁶

² Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 156.

³ Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, Párrafo 85.

⁴ "(...) En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. (...)" Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 172.

⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párrafo 162.

⁶ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafos 142 y 143.

El otro derecho que se encuentra directamente vinculado con la decisión que debe tomar el Tribunal Constitucional es el de la **integridad personal**. Este derecho ha sido ampliamente recogido por la normativa constitucional e internacional y es uno de los pilares del sistema de derechos humanos.⁷ República Dominicana no es la excepción a esta regla general (art. 42 Constitución Política, art. 5 CADH y art. 5 PIDCP).

El derecho a la integridad personal busca proteger a la persona en tres ámbitos: físico, psíquico y moral. La integridad personal es un límite infranqueable al poder estatal, sin el cual no es posible el respeto del valor central del sistema de derechos humanos, cual es, la dignidad humana. No es aceptable pensar que en una sociedad democrática se pueda dirigir el aparato de poder público, sea directa o indirectamente, para causar severo sufrimiento deliberado a una persona, sea que dicho sufrimiento sea físico, psíquico o moral.

La integridad personal, al igual que el derecho a la vida, tiene una serie de facetas que el Estado está obligado a considerar al momento de definir su diseño institucional. En efecto, una violación a la dignidad mediante la afectación de la integridad personal puede adquirir diversas formas, algunas directas y otras indirectas. La integridad personal puede ser afectada por actos de tortura o por otros actos que son denominados como tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁸ Es también un hecho que aquella que centra la atención es la prohibición absoluta de la tortura⁹, pero esta no es la única forma grave de afectación.

Para definir qué son los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Corte IDH ha seguido básicamente un criterio casuístico, definiendo en cada ocasión qué actos deben ser considerados bajo dicha categoría, pero sí nos entregó un criterio más general al respecto en el caso Rosendo Cantú:

⁷ P. Van Dijk y G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston, Tercera Edición, 1998; en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ver D. Mc Goldrick: *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Clarendon Press – Oxford. 1994; y en el sistema interamericano, ver C. Medina: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Centro de Derechos Humanos 2003.

⁸ Corte IDH, *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*, Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 52.

⁹ A modo de ejemplo. La Convención de Naciones Unidas señala en su artículo 1: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

“Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales”¹⁰.

Por tanto, podemos concluir que la protección de estos derechos es una cuestión aceptada tanto nacional como internacionalmente, lo que obliga a determinar el alcance de estas obligaciones para el Estado dominicano.

3 OBLIGACIONES DEL ESTADO

Si reconocemos el derecho a la vida y a la integridad personal como derechos humanos, a su respecto se aplican todas y cada una de las obligaciones generales que debe adoptar el Estado: respeto, garantía y no discriminación (art. 1.1 CADH y 2 del PIDCP).

La **obligación de respeto** no es otra cosa que el cumplimiento estricto del mandato normativo. Para ello el Estado debe tomar las medidas eficaces para que los distintos poderes del Estado cumplan con el contenido material de cada derecho y libertad.

Me parece que en el debate que tiene casación de resolver el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, el elemento central es el relativo a la **obligación de garantía** de los derechos humanos. En efecto, la obligación de garantía no es otra cosa que “organizar todo el aparato de poder público del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos”,¹¹ en este caso, del derecho a la autonomía individual. Esto implica: medidas preventivas, protección, reacción ante su violación, reparación y cooperación internacional. Las medidas de garantía no son solo legislativas, sino todas aquellas necesarias para hacer efectivos los derechos (art. 2 CADH), dentro de estas claramente están las medidas que puede adoptar el Tribunal Constitucional en una situación como la que se debate ante este honorable Tribunal.

En materia de derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente, en el contexto del debate sobre despenalización del aborto, es importante que el Estado garantice el ejercicio íntegro de estos derechos en condiciones de igualdad. De ahí se debiera concluir que si el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal, se debieran garantizar el acceso a la salud y a los mecanismos médicos

¹⁰ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 112.

¹¹ Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 28 de julio de 1988, párr. 166.

apropiados, como mínimo, sin la amenaza de la sanción penal. Este último punto, referido a la igualdad lo quiero resaltar, ya que es deber del Estado crear condiciones de acceso seguro a la salud de todas las mujeres y se debe evitar que solo aquellas con recursos económicos puedan hacerlo. Asimismo, se debe evitar que por cuestiones culturales se retrase la información o derechamente se desinforme a las mujeres de sus derechos sobre la base de prejuicios sobre el rol asignado a las mujeres respecto de la maternidad como una imposición social. En ambos casos estamos ante claros ejemplos de discriminación en el goce y ejercicio del derecho a la autonomía personal.

Por tanto, la plena garantía del derecho a la vida y a la integridad personal de las mujeres, implica que el Estado elimine aquellas barreras que generan un tratamiento que hace imposible el goce de estos derechos en condiciones de igualdad, como es la prohibición absoluta del aborto bajo amenaza de sanción penal. Para ello es central contar con una legislación que, conforme a los compromisos constitucionales e internacionales de República Dominicana, despenalice el aborto en aquellos casos donde es más evidente la violación del derecho a la vida e integridad personal de las mujeres y de esta manera, permita a las autoridades de salud tomar las medidas adecuadas para la plena garantía de la salud de las mujeres.

Llamamos la atención de este honorable TRIBUNAL CONSTITUCIONAL en el sentido que una mirada amplia de la salud de las mujeres, comprende desde hace décadas no solo la ausencia de enfermedad, sino un bienestar amplio tanto físico como psíquico.¹² La prohibición absoluta del aborto es sin duda un diseño institucional que hace imposible desarrollar en la práctica esta visión integral de la salud.

De esta forma, lo que corresponde es analizar el presente caso desde una perspectiva de género, lo que en esta materia se traduce en evitar una medida regresiva que afectará desproporcionadamente los derechos humanos de las mujeres en República Dominicana.

4 PENALIZACIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO COMO VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANO

El riesgo de volver a una situación de penalización absoluta del aborto es crear nuevamente en República Dominicana un diseño institucional que viola derechos humanos. Sin duda el aborto es una decisión compleja y que no puede ser analizada frívolamente, los derechos

¹² «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.» La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

involucrados son de aquellos que tienen la más alta valoración en una sociedad democrática.

La despenalización del aborto en aquellos casos donde existe riesgo de vida para la mujer es un mínimo infranqueable. La discusión en esta materia debiera ser cómo acceden estas mujeres a abortos seguros y en condiciones de equidad para proteger su vida e integridad personal. En lo que no podemos tener dudas es que la penalización de las mujeres en estos casos atenta contra los valores mínimos de una sociedad democrática. No hay otra situación en la que se exija a una persona un sacrificio de esta magnitud bajo amenaza de que el Estado utilizará el instrumento más poderoso que tiene a su alcance -el *ius puniendi*- si no actúa en contra de su propia vida. El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL no puede generar una situación de tal desprotección de la vida de las mujeres ni en forma directa ni indirecta, como podría ocurrir en este caso. Esto es tan relevante este principio que la propia Constitución de República Dominicana establece una prohibición expresa de someter a una persona a “procedimientos médicos, excepto cuando se encuentre en peligro su vida” (art. 42 numeral 3 parte final).

Las otras dos causales de despenalización del aborto dicen directa relación con la integridad personal de las mujeres y sus familias. Poner a una mujer en la situación de llevar adelante un embarazo producto de una violación o incesto, bajo amenaza de sanción penal, es someterla evidentemente a una forma de sufrimiento severo que no es aceptable. Las consecuencias físicas, psíquicas y sociales de una situación de este tipo no pueden escapar a la decisión del principal órgano de protección de derechos fundamentales como es este honorable TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En el mismo sentido, someter a una mujer a la situación de tener que terminar un embarazo cuando hay malformaciones del feto incompatibles con la vida clínicamente probable, bajo amenaza de sanción penal, también es una situación que atenta gravemente contra la dignidad humana y la integridad de la mujer que vive ese calvario. No es propio de una sociedad mínimamente respetuosa de la dignidad humana volver a un diseño institucional que provoque un sufrimiento psíquico bajo amenaza penal sin que el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL haga todo lo necesario para evitarlo.

Tal como se ha venido desarrollando en estas breves reflexiones, que espero ayuden a la decisión que tiene que tomar el honorable TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, la prohibición absoluta del aborto es contraria a los derechos humanos. Así lo han señalado distintos órganos internacionales encargados de la protección de derechos humanos:

- **Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/ GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).**

“11. El Comité, a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad. Los Estados Partes deberán asimismo presentar al Comité información acerca de las medidas para impedir el aborto o la esterilización forzados. Los Estados Partes en que exista la práctica de la mutilación genital, deberán presentar información acerca de su alcance y de las medidas adoptadas para erradicarla. La información proporcionada por los Estados Partes acerca de todas estas cuestiones deberá referirse también a las medidas de protección que existan, incluyendo los recursos judiciales para proteger a la mujer cuyos derechos en virtud del artículo 7 hayan sido vulnerados”.

- **Comité de Derechos Humanos 24 de octubre 2005**

“El Comité de Derechos Humanos consideró a Perú responsable de la violación de varios derechos humanos a una joven de 17 años embarazada de feto anencefálico, a quien se le obligó a llevar a término su embarazo.

“El Comité condenó a Perú, entre otros derechos, por violar la disposición del Pacto que prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

- **Comité de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2011**

“El Comité de Derechos Humanos resolvió que el Estado de Argentina es responsable de violentar los artículos 3 (igualdad), 7 (derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes) y 17 (privacidad) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por negar la interrupción legal del embarazo a una mujer joven con discapacidad mental, víctima de una violación sexual”.

- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

“Paulina, tenía trece años cuando fue violada sexualmente, resultando embarazada. La ley mexicana contempla el aborto en caso de violación, por lo que se le dio la autorización para que fuera realizado un hospital del sector público, pero las autoridades utilizaron diversas estrategias para disuadir a la familia y no hacer el aborto, siendo obligada a tenerlo”.

En consecuencia, adoptar una medida que implica -en la práctica- volver en República Dominicana a la prohibición absoluta del aborto sería una **medida regresiva** en la protección de los derechos humanos de las mujeres en República Dominicana y arriesgaría un caso de responsabilidad internacional del Estado. No hay duda que este debe ser un baremo a considerar al momento de tomar una decisión tan relevante como la que tiene que adoptar este honorable Tribunal.

Es un principio propio del sistema de protección de los derechos humanos la **progresividad** en la garantía de los derechos, que la Constitución de República Dominicana reconoce expresamente en el art. 8. De ahí que en un caso como este se espera que las máximas autoridades tomen aquellas medidas que eviten tener un impacto en aquellos derechos que cuya protección ha sido mejorada, como es en este caso, el derecho a la vida y la integridad personas de las mujeres en República Dominicana.

5 CONFLICTO DE DERECHOS: LÍMITES A LA SOLUCIÓN CORRECTA

Se podría argumentar en el honorable Tribunal Constitucional que si bien son correctas las apreciaciones antes expuestas, no se ha resuelto correctamente el tema de fondo y es que según la Constitución de República Dominicana la despenalización del aborto en estas causales genera conflicto de derechos, ya que la Constitución reconoce el derecho a la vida desde la concepción.

Antes de entrar a desarrollar los argumentos sobre los elementos que deben concurrir para legitimar una afectación al derecho a la libertad personal de las mujeres, me parece pertinente hacer algunas referencias al derecho a la vida. En el debate público tiende a plantearse el tema del derecho a la vida del feto. Me parece pertinente referirme a algunas cuestiones que surgen del art. 4 numeral 1 de la CADH que al efecto dispone:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. **Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.** Nadie puede ser privado de la vida **arbitrariamente**”.

En un asunto relativo a medidas provisionales, donde se planteó derechamente el debate sobre aborto terapéutico (B. en relación El Salvador (29 de mayo 2013)), la Corte señaló:

“17. Por todo lo anterior, la Corte Interamericana considera que se han dado todos los requisitos para adoptar las medidas provisionales a favor de la señora B. en el presente asunto. Por tanto, la Corte dispone que el Estado adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el personal médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia, las medidas médicas que consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B. Al respecto, el Estado deberá adoptar las providencias necesarias para que la señora B. sea atendida por médicos de su elección”.

En este sentido, la historia de la norma y su aplicación práctica han sido claras: el artículo 4 de la CADH buscó hacer compatibles las legislaciones nacionales que permitían el aborto con la Convención. Por tanto, no existe una prohibición convencional del aborto.

Consecuencialmente, el derecho a la vida no es un derecho absoluto. De hecho, en su propia conceptualización, lo que se prohíbe es la privación arbitraria de la vida. De esta forma, lo relevante, aún reconocimiento un derecho del embrión/feto, como lo hace la Constitución de República Dominicana, este no podría ser absoluto ni menos un derecho que triunfe en todo caso de conflicto con los derechos de las mujeres. En el *Caso Artavia Murillo y Otros*, la Corte Interamericana señaló:

“259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Si este fuere el debate, no podemos olvidar algunas cuestiones esenciales. Por una parte, que no estamos discutiendo que la medida que debe adoptar el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL provoque una situación donde se legaliza alguna forma de “abortismo impuesto”, nada más lejos de la realidad. La nueva legislación penal regula ciertas situaciones extremas, donde lo único que se hace es sacar de la ecuación el elemento de la sanción penal.

Por tanto, estamos en una situación donde sigue plenamente vigente la integridad de la Constitución. Lo que sí se está haciendo la **nueva** ley penal dominicana es despejar un obstáculo para la plena garantía de los derechos humanos de todas las mujeres en República Dominicana que bajo una legislación de penalización absoluta del aborto quedaban excluidas de su derecho a la vida e integridad penal, bajo amenaza penal; esto sí era contrario a la Constitución y a los compromisos internacionales del Estado.

Cuando estamos ante derechos fundamentales que habiendo sido expresados por el constituyente como principios, lo que tenemos que hacer es buscar la forma en que estos mandatos de optimización puedan garantizarse de la mejor forma atendida las circunstancias fácticas y jurídicas.¹³ En un sistema de prohibición absoluta de aborto, con amenaza penal incluida, no es posible este ejercicio de protección de derechos en los casos

¹³ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002, Pág. 86ss.

extremos de amenaza a la vida de la madre o afectación grave de su integridad psíquica y social.

6 ROL DEL DERECHO PENAL EN LOS CASOS DE ABORTO

Respecto al rol que en esto puede tener el derecho penal, me parece interesante lo que ha señalado la Corte Constitucional Colombiana:

“La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”.¹⁴

Claramente, una prohibición absoluta del aborto no cumple con estos requisitos, de ahí que no sea un debate especialmente interesante, aunque genere apasionadas discusiones. Esta prohibición implica suponer que estamos ante un conflicto entre derechos y que el derecho del nonato es un derecho absoluto. Ello implica gravar a las mujeres con una carga desproporcionada e irracional a través del control de su cuerpo y la figura del embarazo.

Sobre un posible rol penal, en materia de aborto se deben tener en consideración los siguientes elementos:

“El legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátase de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección. Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal (sic) como máxima intervención en la libertad

¹⁴ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-355/06, sentencia 10 de mayo de 2006, párr. 8.1.

personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible”.¹⁵

Si hay un espacio para el derecho penal en la discusión sobre aborto, debiera ser aquel de un instrumento eficaz para castigar casos de aborto no voluntario, esto es, casos de abortos forzosos, abortos no informados u otras penales que violenten el derecho de la mujer a elegir su proyecto de maternidad.

7 Conclusiones

En definitiva, solicito respetuosamente a VUESTRO HONORABLE TRIBUNAL, tenga a bien tomar en cuenta estas reflexiones al momento de tomar su decisión en esta materia y evite adoptar una decisión que constituya un retroceso en materia de derechos humanos e implique volver a una normativa que prohíba absolutamente el aborto, bajo sanción penal y ponga nuevamente a las mujeres en República Dominicana en una situación de vulneración de sus derechos humanos.

No tengo dudas que el honorable TRIBUNAL CONSTITUCIONAL resolverá esta materia encontrando, con sabiduría, la mejor forma de resolver los aspectos formales sin afectar los derechos sustantivos involucrados en el caso.

Sin más que agregar y siempre dispuesto a adherir a mejores argumentos,

Claudio Nash Rojas

Doctor en Derecho

¹⁵ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-355/06, sentencia 10 de mayo de 2006, párr. 8.5