

AL HONORABLE JUEZ PRESIDENTE DR. MILTON RAY GUEVARA

Y

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

**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.**

por:

EL PROGRAMA INTERNACIONAL DE DERECHO DE SALUD SEXUAL Y
REPRODUCTIVA, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE TORONTO

Rebecca J. Cook

Profesora y Directora Académica en Derechos
Humanos Internacionales

Codirectora del Programa Internacional de
Derecho de Salud Sexual y Reproductiva, F
Universidad de Toronto, Canada

rebecca.cook@utoronto.ca

International Reproductive and Sexual Health Law Program
Faculty of Law, University of Toronto, 84 Queen's Park Crescent
Toronto, Ontario Canada M5S 2C5 Tel: 416-978-1751, Fax: 416-978-7899
<http://www.law.utoronto.ca/programs/reprohealth.html>

23 de abril de 2015

Fundamento jurídico para la presentación del Amicus Curiae

El Artículo 23 del Reglamento Jurisdiccional de ese Tribunal Constitucional establece que:

"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."

Interés del Programa

El Programa Internacional de Derecho de Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto es un programa académico dedicado a mejorar la promoción y protección legal de la salud sexual y reproductiva. El Programa se especializa en la aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la regulación de la atención a la salud reproductiva. Éste ha colaborado con organismos gubernamentales e internacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas para el desarrollo de políticas y conocimientos en la materia.

ÍNDICE

I.	Interpretación evolutiva del Derecho Penal, consistente con el principio de proporcionalidad	4
A.	Interpretación evolutiva	4
B.	Análisis de proporcionalidad	4
1.	Idoneidad	5
2.	Necesidad	6
a.	Hacia un entendimiento más profundo de las causas del aborto y de los medios más efectivos para su reducción	8
b.	Hacia un entendimiento más profundo de los medios más efectivos para proteger la vida prenatal y asegurar un embarazo y un parto saludable tanto para la mujer como para el feto	9
3.	Proporcionalidad en sentido estricto	10
II.	El feto es un bien constitucionalmente relevante, pero no es titular de derechos	10
III.	El interés estatal en proteger la vida prenatal de manera consistente con los derechos de las mujeres	11
A.	Protegiendo la vida prenatal a través de medidas retardatorias de consejería y reflexión	11
B.	Protegiendo los derechos de las mujeres a través de las normas constitucionales sobre la dignidad	12
IV.	Conclusión	13

El presente amicus curiae se presenta ante el Tribunal Constitucional de la República Dominicana con el objeto de ofrecer información a ese tribunal acerca de decisiones judiciales constitucionales tomadas en otros países y, cuando corresponda, por tribunales regionales e internacionales de derechos humanos, en materia de aborto. Se espera que este informe pueda ayudar al tribunal durante su análisis acerca de si mantener las reformas al Código Penal de República Dominicana, de 2014, que permite el aborto cuando sea para salvar la vida de la mujer y en casos de violación, incesto o cuando el feto es inviable (artículo 110).

I. Interpretación evolutiva del Derecho Penal, consistente con el principio de proporcionalidad

A. Interpretación evolutiva

Los tribunales han interpretado sus respectivas leyes penales sobre aborto de manera evolutiva y consistente con el principio constitucional de proporcionalidad con vistas a garantizar la justicia. El Tribunal Constitucional de Brasil apoyo una interpretación evolutiva para permitir la excepción terapéutica a la prohibición penal del aborto en el caso de una mujer embarazada de un feto anencefálico.¹ Tal y como explicó la jueza Cármen Lúcia: “Cada época tiene su derecho. La justicia no es una idea acabada, sino que la sociedad la construye en cada momento.”² La interpretación evolutiva es lo que permite a la ley penal adaptarse a nuevas situaciones, asegurando así la justicia.³

B. Análisis de proporcionalidad

La interpretación evoluciona a través del uso de la proporcionalidad como herramienta analítica mediante la cual los tribunales equilibran los derechos humanos y constitucionales y otros intereses.⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que ningún derecho humano, incluyendo el derecho a la vida, es absoluto, por el contrario debe ser ponderado en relación con otros derechos. Al sostener que la prohibición de Costa Rica a la fertilización in vitro vulneraba la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte concluyó que la Sala Constitucional de Costa Rica “partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.”⁵ Explicó que,

¹ Supremo Tribunal Federal de Brasil, 12 de abril de 2012, ADPF 54/DF [en adelante ADPF 54], disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw> consulta: 20 de abril de 2015, analizado por Luís Roberto Barroso, *Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: Legal Strategies for Anencephalic Pregnancy*. En *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, R.J. Cook, J.N. Erdman y B.M. Dickens eds., University of Pennsylvania Press, 2014, 258-278.

² ADPF 54, nota 1 p. 216.

³ Barroso, nota 1 pp. 271-273.

⁴ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

⁵ *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, Corte IDH (ser. C) No. 257 (28 de Noviembre de 2012) para. 316, disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>.

El principio de la proporcionalidad funciona como una herramienta analítica que da forma y racionaliza el control judicial mediante el establecimiento de tres exámenes consecutivos que los tribunales deben aplicar al evaluar la constitucionalidad de una ley. Estos son el examen de *idoneidad*, el examen de *necesidad* y el examen de *proporcionalidad en sentido estricto*. Para que se declare la constitucionalidad de una ley determinada, la doctrina exige que el tribunal someta la ley a cada uno de estos tres exámenes consecutivos y que logre pasarlos todos. Si falla alguno, no hay necesidad de continuar con los que siguen y la ley tendrá que ser declarada inconstitucional.⁶

El análisis a continuación acerca de cómo los tribunales aplican cada vez más el marco de proporcionalidad en la constitucionalización del aborto, se basa en el siguiente capítulo:

Proporcionalidad en la revisión constitucional de las leyes de aborto

en

El derecho al aborto desde una perspectiva transnacional: Casos y controversias, R.J. Cook, J.N. Erdman y B.M. Dickens eds., University of Pennsylvania Press, 2014, 77-97

por

Verónica Undurraga, Facultad de Derecho,
Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile

En el original en inglés:

Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law

in

Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies, R.J. Cook, J.N. Erdman and B.M. Dickens eds., University of Pennsylvania Press, 2014, 77-97

by

Verónica Undurraga, Faculty of Law,
Adolfo Ibáñez University, Santiago, Chile

1. Idoneidad

El examen de idoneidad requiere que una norma o demanda para restringir el aborto, como sucede en este caso, que infrinja un derecho o valor constitucional, tal y como el derecho de las mujeres a cuidados médicos de salud, "exige que una ley que restringe un derecho o un valor constitucional sea conducente al logro de un objetivo constitucionalmente legítimo. Un tribunal debe evaluar tanto la legitimidad del objetivo como la aptitud de los medios que se han elegido para lograr dicho objetivo. En las normativas sobre aborto, la pregunta de la idoneidad consiste en determinar si la penalización es una medida apta para proteger la vida por nacer."⁷

⁶ Verónica Undurraga, Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law. En *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, R.J. Cook, J.N. Erdman y B.M. Dickens eds., University of Pennsylvania Press, 2014, 77-97, 81-82.

⁷ *Ibid* p. 82.

El Tribunal Supremo de Brasil anuló la prohibición penal de la terminación de un embarazo anencefálico porque el objetivo legítimo de proteger la vida prenatal y la viabilidad durante el nacimiento no puede ser alcanzado porque el feto es inherentemente no viable.⁸ Los medios escogidos para alcanzar el objetivo de reducir la tasa global de abortos son puestos en duda, debido a la evidencia de que las prohibiciones penales sólo hacen del aborto algo inseguro, pero no afectan la incidencia general del aborto.⁹ En consecuencia, la pregunta que es más determinante en este examen es aquella sobre la idoneidad de los medios escogidos para alcanzar estos fines, “Cada vez con mayor frecuencia, el examen de idoneidad se hace acudiendo a evidencias empíricas sobre la efectividad de la ley, es decir, a antecedentes que puedan demostrar que la penalización está asociada con una disminución o reducción de las tasas de aborto.”¹⁰

En 2012, el Tribunal Constitucional de Portugal aludiendo a la ineficacia del derecho penal, explicó que la criminalización del aborto "es sólo legítima cuando la eficacia puede ser atribuida a ella, como requisito mínimo."¹¹ Al afirmar la constitucionalidad de la norma que despenalizaba el aborto en las primeras diez semanas de gestación, el Tribunal Constitucional de Portugal revisó la idoneidad de la penalización no sólo en su incapacidad para disminuir las tasas de aborto, sino que también en su incapacidad de crear “un entorno propicio y favorable a la decisión de continuar un embarazo.”¹² El Tribunal argumentó que, incluso si ignoramos el hecho de que raramente se emiten sentencias condenatorias “cuando de manera excepcional eso acontece, la reacción social es más de malestar que de aplauso.”¹³ El Tribunal explicó que una justificación de la penalización que se base en la idea de que la criminalización es la único medio en que la sociedad puede expresar su desaprobación del aborto, no es razón suficiente para la prohibición. En consecuencia, el Tribunal requiere demostrar una disminución de las tasas de aborto para probar la efectividad de la ley penal para alcanzar el objetivo legítimo. Cuando tal demostración no puede realizarse, la ley penal contra el aborto no es idónea y por tanto desproporcionada.¹⁴

2. Necesidad

Si se puede demostrar la idoneidad de la prohibición penal entonces, se requiere al tribunal que pase a examinar su necesidad para preguntarse "si la criminalización es la opción menos restrictiva disponible para alcanzar la protección de la vida por nacer."¹⁵ Verónica Undurraga explica,

⁸ ADPF 54, nota 1.

⁹ Gilda Sedgh et al., “Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008,” *Lancet* 379, No. 9816 (2012): 625–32; Organización Mundial de la Salud, *Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems*, 2da ed. (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2012), p. 23.

¹⁰ Undurraga, nota 6 p. 84.

¹¹ Tribunal Constitucional de Portugal, 2010, Acórdão No. 75/2010, at para. 11.4.8 [en adelante Acórdão No. 75/2010] disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>, analizado en Undurraga, nota 6 p. 84.

¹² Acórdão No. 75/2010, nota 11 para. 11.4.8.

¹³ Acórdão No. 75/2010, nota 11 para. 11.4.8.

¹⁴ Undurraga, nota 6 p. 86.

¹⁵ Undurraga, nota 6 p. 82, ver también pp. 86-88.

En la doctrina del derecho penal, el examen de la necesidad se expresa en el conocido principio de la *ultima ratio*: la amenaza del castigo penal debe ser el último recurso utilizado por el legislador. La idea que subyace a este principio es que existe un rango de medidas protectoras que van desde las menos hasta las más invasivas. El legislador debe optar por aquellas medidas que maximizan los intereses en conflicto, esto es, aquellas medidas que son las menos invasivas y a la vez suficientemente efectivas.¹⁶

El legislador debe adoptar medidas suficientemente efectivas que sean lo menos vulneradoras de derechos. Bajo el principio de la *ultima ratio*, el mérito de la penalización debe ser demostrado más que asumido.¹⁷ Más aún, no existe necesariamente una relación entre lo invasivo de una medida y la efectividad de la protección acordada. "Es probablemente el caso de, por ejemplo, la licencia por maternidad remunerada y los servicios públicos de cuidado infantil que pueden ser mucho más efectivos para prevenir el aborto que la sanción penal."¹⁸

El Tribunal Constitucional de Colombia sí aplicó correctamente el principio de la *ultima ratio* en su destacada sentencia de 2006, al liberalizar una prohibición penal del aborto que era casi absoluta.¹⁹ En un fallo anterior que no se relacionaba con el aborto, el Tribunal interpretó que el principio de la proporcionalidad requiere que se evite la penalización cuando el Estado tiene a su disposición medios menos restrictivos para alcanzar sus objetivos: "resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos."²⁰ El mismo principio se aplica en el contexto del aborto.²¹ El Tribunal concluyó que el legislador puede recurrir al derecho penal sólo cuando existe una "insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del nasciturus."²²

En 2008, la Suprema Corte de la Nación de México declaró la constitucionalidad de la despenalización del aborto en las primeras doce semanas de embarazo.²³ Esta sentencia agrega un elemento interesante en la aplicación del principio de la *ultima ratio*. La constitucionalidad de la enmienda había sido cuestionada por violar el derecho a la vida del no nato. La opinión mayoritaria de la Corte declaró que a menos que la Constitución o un tratado internacional de derechos humanos obligue a criminalizar el aborto, el legislador es libre de decidir cuál es la medida más apropiada para proteger la vida por nacer.²⁴ Pero, el Tribunal también señaló que si el legislador decide penalizar el aborto, debe respetar los límites que establecen los derechos constitucionales de las mujeres al uso del derecho penal. La sentencia mexicana es especialmente

¹⁶ Unduragga, nota 6 p. 86.

¹⁷ Unduragga, nota 6 p. 87.

¹⁸ Undurraga, nota 6 p. 87.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, 10 de mayo de 2006, Sentencia C-355/06, para. VI.5 [en adelante Sentencia C-355/06] disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, 2002, Sentencia C-370/02, para. VI.22 disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>.

²¹ Undurraga, nota 6 p. 87.

²² Sentencia C-355/06, nota 19.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2008, Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 [en adelante Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007] disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>, p.189.

²⁴ *Ibid*, Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, p. 189.

importante en el derecho constitucional contemporáneo sobre aborto porque disocia la discusión sobre el estatus de la vida prenatal de la discusión sobre los medios de protección. De esta forma, se rompe con la noción común de que si se reconoce al feto como titular de derechos constitucionales, necesariamente existe un deber constitucional de penalizar el aborto. Este alejamiento por parte de la corte de una concepción absoluta del derecho a la vida permite que la proporcionalidad juegue un papel mucho más prominente en su análisis y le lleva ratificar la despenalización del aborto por parte de la legislatura durante el primer trimestre.²⁵

Este quiebre jurisprudencial es cada vez más común en el derecho constitucional del aborto. En 2010, el Tribunal Portugués también defirió al legislador la opción de elegir las medidas protectoras, rechazando cualquier presunción sobre la necesidad de la penalización. Declaró expresamente que cualquier presunción de legitimidad del uso del derecho penal era un error: “la sanción penal es el instrumento más gravoso de intervención...y no puede escaparse de un escrutinio positivo... no se puede deducir la eficacia del derecho penal de la ineficacia de otros medios.”²⁶

El examen de proporcionalidad exige la evaluación comparativa de las diversas medidas jurídicas de protección y rechaza cualquier presunción que sugiera que el medio más invasivo es necesariamente el más efectivo. Más bien, requiere:

- De un profundo entendiendo de las causas del aborto y de los medios más efectivos para su reducción y,
- De un profundo entendiendo de los medios más efectivos para proteger la vida prenatal y asegurar un embarazo y un parto saludable tanto para la mujer como para el feto.

* * *

a. Hacia un entendimiento más profundo de las causas del aborto y de los medios más efectivos para su reducción

Verónica Undurraga explica que “En la aplicación del examen de la necesidad, los tribunales deben guiarse por la experiencia de aquellos países que han alcanzado las más bajas tasas de aborto manteniendo las leyes penales menos restrictivas. Cuando se consideran las evidencias, no se puede defender razonablemente que las normas penales son necesarias si el objetivo de la ley es reducir las tasas de aborto. Los/as abogados/as y los tribunales deben hacer uso de los crecientes estudios que demuestran que las intervenciones que funcionan en la reducción de las tasas de aborto son programas efectivos y sustentables, que incluyen la educación y el acceso a la planificación familiar para reducir los embarazos no deseados, y aquellos que garantizan el apoyo económico y social para aquellas mujeres que desean continuar con su embarazo y ser madres.”²⁷ como las licencias de maternidad pagadas y los servicios públicos de cuidado infantil.²⁸

²⁵ Undurraga, nota 6, p. 88.

²⁶ Acórdão No. 75/2010, nota 11 en para. 11.4.8.

²⁷ Undurraga, nota 6 p. 88, citación omitida.

²⁸ Undurraga, nota 6 p. 87.

b. Hacia un entendimiento más profundo de los medios más efectivos para proteger la vida prenatal y asegurar un embarazo y un parto saludable tanto para la mujer como para el feto

Medidas menos restrictivas, e incluso más efectivas, para proteger la vida prenatal que la prohibición penal del aborto, involucran políticas públicas de orden social y de salud que aseguren un embarazo y un parto saludable tanto para la mujer como para el feto. Tales medidas incluyen:

i. mejorar la alimentación durante el embarazo, a través de ácido fólico y suplementos, para reducir las tasas de daño en el tubo neural que convierten a los embarazos en inviábiles;

ii. medidas de carácter clínico, tales como:

- Reducir el índice de abortos espontáneos, e incluso recurrentes, de embarazos no deseados;²⁹
- Disminuir la mortalidad materna, que se estima que alcanza en la actualidad 287,000 muertes de mujeres embarazadas anualmente,³⁰ y aumentar la disponibilidad y acceso a cuidados intraparto (antes, durante y después del parto).³¹
- Reducir el número de muertes perinatales (muerte fetal o neonatal que ocurre hacia el final del embarazo —a partir o después de la semana 23—, durante el parto y hasta los siete días de vida), estimadas en 5.9 millones anuales;³² y

iii. Establecer medidas que aborden las condiciones socioeconómicas y socioculturales subyacentes, como la reducción de las vulnerabilidades económicas y sociales de las embarazadas,³³ entre las que se incluye la violencia de la pareja sentimental contra la mujer embarazada.³⁴

²⁹ R. Rai & L. Regan, Recurrent Miscarriage, 368 *Lancet* 601 (2006); I.A. Green, “Antithrombotic Therapy for Recurrent Miscarriage?” *New England J. of Medicine* 362; 17 1630-1631, 29 de abril de 2010.

³⁰ Organización Mundial de la Salud, et al, *Trends in Maternal Mortality: 1990 to 2010*: OMS, UNICEF, UNFPA y Estimaciones del Banco Mundial (Ginebra, OMS, 2012) <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/monitoring/9789241503631/en/> consulta: 20 de abril de 2015,

³¹ O.M.R. Campbell & W. J. Graham, Strategies for Reducing Maternal Mortality: Getting on with What Works, 368 *Lancet* 1284 (2006).

³² E. Åhman & J. Zupan, *Neonatal and Perinatal Mortality: Country, Regional and Global Estimates 2004* (Ginebra: OMS, 2007) p. 2, y Tabla 2 <http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789241596145_eng.pdf> consulta: 20 de abril de 2015.

³³ V. Filippi et al., Maternal Health in Poor Countries: The Broader Context and a Call for Action, 368 *Lancet* 1535 (2006).

³⁴ J. Cook & S. Bewley, “Acknowledging a persistent truth: domestic violence in pregnancy” (2008) 101 *Journal of the Royal Society of Medicine* 358-363.

Esto significa ir aún más lejos en la protección de la vida prenatal que la simple restricción del aborto, pues incrementan la cantidad de recursos disponibles para cuidados intraparto tanto para la mujer como para el feto, y el desarrollo de políticas públicas consistentes con los derechos de las mujeres que sirvan a los intereses de mujeres y hombres en la vida familiar.³⁵ La Suprema Corte de México ha sostenido que la legislatura se encuentra en libertad para determinar los medios más apropiados para proteger la vida por nacer siempre que lo haga de forma respetuosa con los derechos de las mujeres.³⁶

Al igual que la efectividad, la necesidad de penalización no puede asumirse sin más. En virtud del principio de la proporcionalidad, el uso de medidas penales sólo se justifica como un último recurso, cuando se ha demostrado que las medidas alternativas son insuficientes para proteger la vida por nacer.

3. Proporcionalidad en sentido estricto

Verónica Undurruga explica que en esta última etapa del análisis de proporcionalidad, se requiere a los tribunales realizar un ejercicio de ponderación en que debe determinarse si la protección de la vida por nacer mediante una ley restrictiva del aborto o su prohibición total, compensa los sacrificios que demanda de las mujeres. El test estricto de proporcionalidad "exige a los tribunales determinar, incluso en el evento que la penalización sea un medio idóneo para proteger la vida prenatal y el menos intrusivo entre las alternativas disponibles, si el sacrificio que supone en términos de afectación a los derechos de las mujeres está justificado."³⁷

Cada vez más, los tribunales están decidiendo que el Estado no puede imponer tales sacrificios a las mujeres,³⁸ y que los intentos de restringir el acceso al aborto son vulneraciones no permisibles constitucionalmente a los derechos fundamentales de las mujeres.³⁹

II. El feto es un bien constitucionalmente relevante, pero no es titular de derechos

Los tribunales han afirmado que el feto tiene relevancia constitucional, pero no es titular de derechos. En una demanda contra la ley de 1985 que establecía las causales para el aborto legal en España,⁴⁰ el Tribunal Constitucional de España ratificó la propuesta de ley.⁴¹ El tribunal explicó que el feto no es un titular de derechos, pero que el derecho a la vida en la Constitución

³⁵ R.J. Cook & S. Howard, R.J. Cook & S. Howard "Accommodating Women's Differences under the Women's Anti-Discrimination Convention" (2007) 56 *Emory Law Journal* 1039, 1087-1090, 1050 Cook, R.J. "Interpretar la protección de la vida" 22.43 (April 2011) *Debate Feminista* 151-168.

³⁶ Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, nota 23 p. 189, analizado en Undurruga nota p. 87-88.

³⁷ Undurruga, nota 6 p. 82, 89-95.

³⁸ Sentencia C-355/06 (Colombia), nota 19.

³⁹ Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (México), nota 23; Acórdão No. 75/2010 (Portugal), nota 11.

⁴⁰ Este proyecto se convirtió en la Ley Orgánica 9/1985 (España).

⁴¹ Tribunal Constitucional de España, 11 de abril de 1985, S.T.C. 53/1985, 1985-49 BJC 515, disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>.

española (artículo 15), en relación con la disposición que protege la dignidad humana (artículo 10), configuran una norma general que protege a la vida prenatal.

En 2006, la Corte Constitucional colombiana, al declarar la inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal que establecían una prohibición total del aborto, reconoció el valor objetivo de la vida, incluyendo la vida fetal. Sin embargo, la corte distinguió entre el valor objetivo de la vida y el alegado derecho a la vida. El derecho a la vida fue concebido como circunscrito a la vida humana nacida, mientras que el valor objetivo de la vida puede ser protegido incluso antes de que un feto haya nacido.⁴² La corte explica que el Estado puede proteger la vida prenatal, pero puede hacerlo únicamente en forma compatible con los derechos de la mujer: “La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.”⁴³

De forma similar, en 2010 el Tribunal Constitucional de Portugal ratificó la constitucionalidad de la ley de 2007⁴⁴ que permite a la mujer decidir la terminación del embarazo durante las primeras 10 semanas de gestación, siempre que haya tenido un período de reflexión de tres días y servicios de consejería.⁴⁵ El Tribunal Constitucional de Portugal afirmó que el naciente no es titular de derechos bajo el artículo sobre el derecho a la vida de la Constitución portuguesa,⁴⁶ pero que el naciente debe ser protegido en tanto valor objetivo.⁴⁷

III. El interés estatal en proteger la vida prenatal de manera consistente con los derechos de las mujeres

Los tribunales han fallado en el sentido de que el interés del Estado en proteger la vida prenatal debe ser perseguido de manera consistente con los derechos de la mujer, y han mantenido que la ponderación entre derechos en conflicto debe alcanzarse mediante:

A. Protegiendo la vida prenatal a través de medidas retardatorias de consejería y reflexión

Los tribunales han encontrado que las excepciones a la prohibición penal que incluyen disposiciones sobre consejería y un período de reflexión en sus respectivas leyes nacionales, como medidas para proteger la vida prenatal, son consistentes con los derechos de las mujeres. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Portugal ratificó la legislación que permite el aborto

⁴² Sentencia C-355/06 (Colombia), nota 19.

⁴³ C-355/06, nota 19, Sección 10.1.

⁴⁴ Portugal, Ley No. 16/2007 de 17 de abril.

⁴⁵ Acórdão No. 75/2010, nota 11.

⁴⁶ Constitución de Portugal, Artículo 24.

⁴⁷ Acórdão No. 75/2010, nota 11.

durante las primeras 10 semanas de embarazo luego de un período de espera para asesoramiento imparcial y reflexión.⁴⁸

B. Protegiendo los derechos de las mujeres a través de las normas constitucionales sobre la dignidad

Decisiones judiciales de diferentes países han sostenido que la dignidad requiere una interpretación de la ley penal que sea consistente con el bienestar y los derechos de la mujer. Por ejemplo, la sentencia de Colombia de 2006 hizo uso del artículo constitucional sobre la dignidad humana para permitir el aborto en circunstancias más amplias, para asegurar que las mujeres no continuaran siendo tratadas como "instrumento[s] de reproducción de la especie humana."⁴⁹ La corte explica el significado de dignidad de la manera siguiente:

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).⁵⁰

Como resultado de este concepto fundacional de dignidad humana, la corte afirma que:

... 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.⁵¹

⁴⁸ Acórdão No. 75/2010 nota 11, desarrollado en R. Rubio Marin, *Abortion in Portugal: New Trends in European Constitutionalism in Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, R.J. Cook, J.N. Erdman and B.M. Dickens eds., University of Pennsylvania Press, 2014, 36-55, 36, 44, 46, 47.

⁴⁹ C-355/2006 nota 19; ver I.C. Jaramillo y T. Alfonso, *Mujeres, Cortes y Medios: La Reforma Judicial del Aborto*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008); V. Undurraga & R. Cook, "Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006" en *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Williams, S.H. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 215-247 <<http://ssrn.com/abstract=1573798>> consulta: 20 de abril de 2015; edición española: "Incorporación Constitucional del Derecho Internacional y del Derecho Comparado de los Derechos Humanos: La Sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia" <http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP21-Undurraga_Cook_Colombia_2009.pdf> consulta: 20 de abril de 2015.

⁵⁰ Sentencia de Colombia C-355/2006, nota 19.

⁵¹ *Ibid.*

En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, la dignidad significa que los individuos deben estar libres de tratos que nieguen su dignidad. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos declaró como responsable a Perú cuando un hospital gubernamental denegó a una adolescente embarazada con un feto anencefálico, es decir, un feto que carece de la parte superior del cerebro y de consciencia, acceso a servicios legales de aborto.⁵² Con el objetivo de proteger la vida prenatal a cualquier precio, la adolescente fue forzada a llevar el embarazo de un feto anencefálico a término y a lactarlo luego del parto, aun conociendo que el recién nacido moriría inevitablemente pocos días después de su nacimiento.⁵³ El comité encontró que este trato forzado sobre la menor constituyó una violación de sus derechos a estar libre de tratos inhumanos y degradantes, a la vida privada, a especial protección conforme a su estatus de menor, y a su derecho a un remedio efectivo por la violación de esos derechos fundamentales.

El razonamiento en otras sentencias en casos de anencefalia en otros países, como Argentina⁵⁴ y Brasil,⁵⁵ es similar.⁵⁶ El Tribunal Constitucional de Brasil interpretó los artículos del código penal sobre aborto de manera consistente con el principio constitucional de dignidad.⁵⁷ La dignidad tiene dimensiones físicas y psicológicas.⁵⁸ La Ministra Carmén Lúcia proclamó en su opinión individual:

La interrupción del embarazo de fetos anencefálicos es una medida para proteger la salud física y emocional de la mujer, evitando trastornos psicológicos que sufriría si se viese obligada a llevar adelante una gestación que sabe no tiene oportunidad de vida. Cabe resaltar que la interrupción del embarazo es una opción, debiéndose respetar, obviamente, también la opción de quienes prefieran llevar adelante y vivir la experiencia hasta el final. Pero el respeto a esta opción es el respeto al principio de la dignidad humana.⁵⁹

IV. Conclusión

Este escrito se presenta con la finalidad de que el análisis comparativo precedente sobre decisiones judiciales en materia de aborto de tribunales constitucionales sea de utilidad al Tribunal Constitucional de la República Dominicana para decidir el caso que tiene bajo examen.

⁵² *K. L. v. Perú* (2005) Comunicación No. 1153/2003, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (Comité de Derechos Humanos), disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina 2001, *T., S. v. Gobierno de La Ciudad de Buenos Aires*, No. T.421.XXXVI, disponible en <http://www.law.utoronto.ca/irshl/AbortionLaw>.

⁵⁵ ADPF 54, nota 1.

⁵⁶ R.J. Cook, J.N. Erdman, M. Hevia and B.M. Dickens, "Prenatal Management of Anencephaly" (2008) 102 *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 304-308, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1263905>; Edición española: "Manejo Prenatal de la Anencefalia," trans. Sandra Dughman. *Revista de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires* 88.982 (Diciembre de 2009): 225-233, <<http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/Sp19-anencephaly.pdf>> Consulta: 20 de abril de 2015.

⁵⁷ ADPF 54, nota 1.

⁵⁸ Barroso, nota 1 p. 273.

⁵⁹ ADPF 54, nota 1, analizado por Barroso, nota 1 p. 275.