

PUERTO RICO EN UN MUNDO POST-*ROE V. WADE*

21 de mayo de 2022

ARTÍCULO

JORGE M. FARINACCI FERNÓS*

Introducción

Desde 1973, las mujeres en los Estados Unidos, incluyendo Puerto Rico, han gozado de protección constitucional federal para poder tomar decisiones íntimas sobre su embarazo, sujeto a ciertas limitaciones gubernamentales permisibles. La fuente principal de dicha protección ha sido la cláusula de libertad contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según fue interpretada en el caso normativo *Roe v. Wade*.¹

Dicho caso estableció dos asuntos principales. Primero, se reconoció que la citada disposición constitucional garantizaba una zona de privacidad lo suficientemente extensa como para proteger el derecho de una mujer a decidir si llevaba un embarazo hasta el alumbramiento o no. Segundo, catalogó dicho derecho como uno de naturaleza fundamental, lo que activaba un

escrutinio estricto cuando algún ente legislativo intervenía con el ejercicio de este. Específicamente, en *Roe v. Wade* se adoptó un esquema basado en trimestres, de forma que se ajustaran los diferentes intereses gubernamentales e individuales, según la etapa de gestación. Entre los intereses gubernamentales identificados estaban la protección a la potencial vida humana y la salud de la madre.

Tras varios casos que erosionaron o minaron considerablemente las protecciones adoptadas en *Roe v. Wade*, en *Planned Parenthood v. Casey*,² el Tribunal Supremo de los Estados Unidos descartó el esquema trimestral de *Roe* y abandonó la aplicación del escrutinio estricto. No obstante, en dicha decisión: (1) se reafirmó el *essential holding* de *Roe*, entendiéndose, la premisa básica de que existe un derecho constitucional a obtener un aborto; (2) se adoptó el criterio de viabilidad, y (3) se adoptó el *undue burden* como estándar

* Catedrático Asociado, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Posee un B.A. y M.A. en Historia de la Universidad de Puerto Rico-Río Piedras y un J.D. de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Obtuvo su LL.M. de la Escuela de Derecho de Harvard y su S.J.D. de la Escuela de Derecho de Georgetown. Originalmente, este artículo iba a ser escrito conjuntamente por el autor y la profesora María Dolores Fernós López-Cepero. Consciente de la responsabilidad histórica que supone la ausencia de la compañera en este importante debate, el autor decidió continuar con el proyecto y escribir este artículo individualmente.

¹ 410 US 113 (1973).

² 505 US 833 (1992).

principal de revisión. Importantemente, se insistió en el criterio de la salud y vida de la madre como excepción necesaria a un intento del Estado de prohibir el aborto en las etapas finales del embarazo.

Los desarrollos recientes en los Estados Unidos han puesto en duda la supervivencia de *Roe*, según refinado en *Casey*. Existen dos posibilidades. Primero, una revocación categórica de ambos casos, lo que equivaldría a privar de protección constitucional federal la cuestión del aborto y a dejar el mismo abierto a legislación reglamentadora que podría, potencialmente, incluir la prohibición total de la práctica. Segundo, una erosión total de los casos, dejando meramente una escueta sombra que descarte la viabilidad como elemento determinante y establezca unas protecciones mínimas, por ejemplo, para la salvar la vida de la madre o para excepciones basadas en violación o incesto.

Todo indica que el primer escenario es el más probable, aunque no es inevitable.³ Queda por ver si el Congreso federal adopta legislación a nivel de todos los Estados Unidos que impida que los estados prohíban

³ Originalmente, este artículo se comenzó a escribir tras ciertas sustituciones en la composición del Tribunal Supremo de los EEUU con integrantes considerablemente más conservadores. Recientemente, se publicó un borrador de Opinión del TSEU, elaborado aparentemente por el juez asociado Samuel Alito, que indica la altísima probabilidad de que, para finales de junio de 2022, el TSEU revoque formalmente los precedentes de *Roe* y *Casey*, para dejar el tema del aborto a la legislación – mayormente estatal–, sujeto únicamente a un escrutinio de razonabilidad a nivel del análisis judicial federal. Esto es indicativo de que, de los escenarios mencionados, este sea el más probable. En todo caso,

el aborto o lo limiten exageradamente.⁴ A su vez, en caso de que dicha legislación se adopte, queda por verse si el Tribunal Supremo federal entiende que ese asunto cae bajo los poderes del Congreso de los Estados Unidos establecidos en el Artículo I de la Constitución. En todo caso, debemos estar pendientes al contenido exacto de la nueva doctrina sobre aborto a nivel federal en un mundo post-*Roe*.

La revocación de *Roe* y *Casey* no necesariamente otorgaría mano libre a los estados y territorios para legislar en esta área sin limitación constitucional alguna. No debemos olvidar que *Roe* otorgó al derecho a escoger la caracterización de “derecho fundamental”, mientras que *Casey* lo redujo a un derecho constitucional protegido sujeto al estándar de *undue burden*. La revocación de estos precedentes tendría como efecto alterar únicamente el *estándar de revisión* aplicable a la legislación reguladora del aborto al amparo del debido proceso de ley sustantivo federal. Con toda probabilidad, en un mundo post-*Roe*, se mantendrá cierta protección bajo esta cláusula constitucional, *pero bajo un escrutinio de razonabilidad*. Esta exigencia de razonabilidad podría, por

incluso una Opinión que no revoque explícitamente a *Roe* y *Casey* puede tener un efecto similar: descartar el criterio de la viabilidad y adoptar un estándar de revisión considerablemente bajito comparado con el actualmente existente.

⁴ Richard H. Fallon, Jr., *If Roe were Overruled: Abortion and the Constitution in a Post-Roe World*, 51 ST. LOUIS U. L.J. 611, 626 (2007). Como nos recuerda el profesor Fallon, también existe la posibilidad de que el Congreso, en ejercicio de sus poderes bajo la Cláusula de Comercio, intervenga en este asunto y adopte una legislación que, por operación de la Cláusula de la Supremacía, establezca un esquema normativo universal. *Id.* en la pág. 612.

ejemplo, requerir excepciones a la prohibición al aborto para situaciones que atenten contra la vida de la madre.⁵ La pregunta que atenderemos en este artículo es si, al amparo de la Sección 8 del Artículo II de la Constitución de Puerto Rico, dicho estándar de revisión debe elevarse, de forma que ofrezca un nivel de protección más robusto.

De igual forma, no podemos olvidar que una posible erosión de *Roe v. Wade* o, incluso, su revocación categórica no debe confundirse con la ausencia de un sólido piso federal en cuanto el alcance del derecho a la intimidad, sobre el cuál se añaden las protecciones de la Constitución de Puerto Rico. Es decir, aún debe tomarse como doctrina federal vigente las expresiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Meyer v. Nebraska*,⁶ *Pierce v. Society of Sisters*,⁷ y *Griswold v. Connecticut*,⁸ entre otros, las que constituyen el *mínimo normativo* en Puerto Rico. Por tanto, las protecciones de la Sección 8 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico *toman como base dicho mínimo normativo y construyen sobre él*. Esto significa que al analizar si el derecho a la intimidad en Puerto Rico protege el derecho al aborto, debemos recordar que el contenido mínimo de la referida disposición constitucional incluye los casos no afectados por una revocación o erosión de *Roe*. La consecuencia inevitable de este análisis es que las protecciones del derecho a la intimidad en Puerto Rico son,

necesariamente, mayores que a nivel federal.

Más importantemente, debemos recordar que una de las razones principales por las que el Tribunal Supremo federal podría revocar la norma establecida en *Roe* y *Casey* es, precisamente, *la ausencia de una disposición textual sobre la intimidad en general –y el aborto en particular– en la Constitución de los EEUU*.⁹ **Tal no es el caso en Puerto Rico**. Por tanto, dicho *ratio decidendi* sería simplemente inaplicable en nuestro sistema. La existencia de una disposición textual explícita en Puerto Rico, con un origen y contenido considerablemente distinto al de los EEUU y de incuestionable alcance normativo mayor, imposibilita utilizar ese razonamiento en nuestro país. En cuanto a este asunto, no podemos simplemente replicar la norma jurisprudencial federal que se adopte en su momento.

En ese sentido, son totalmente desacertadas –y necesariamente carentes de mucho valor jurídico– las expresiones escuetas vertidas en la nota al calce número 5 de la Opinión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Pueblo v. Duarte Mendoza*,¹⁰ a los efectos de que “en materia de aborto, advertimos que la extensión de las protecciones que brinda nuestra Constitución no es mayor a la que brinda la norteamericana; por tanto, sólo nos referimos a ésta”.¹¹ Pero, en todo caso, *debemos recordar el contexto de estas expresiones*: en ese momento se entendía

⁵ *Id.* en la pág. 626.

⁶ 262 US 390 (1923).

⁷ 268 US 510 (1925).

⁸ 381 US 479 (1965).

⁹ Esto surge del borrador de Opinión circulado.

¹⁰ 109 DPR 596 (1980).

¹¹ *Id.* en la nota al calce núm. 5.

que la protección brindada por la Constitución federal *era aquella anunciada en Roe v. Wade*. Es decir, un derecho de rango *fundamental* sujeto al *escrutinio estricto*.

Por tanto, esa identidad de protección que supuestamente otorga la Constitución puertorriqueña se refiere, necesariamente, *a la norma establecida en Roe v. Wade*, entendiéndose, la existencia de un derecho fundamental de la mujer para decidir, sin la intervención indebida del Estado, si llevar su embarazo hasta el alumbramiento. La revocación de *Roe* no tiene el efecto mágico de disminuir las protecciones al amparo de nuestra Constitución.

A tal efecto, las expresiones del Tribunal Supremo en *Duarte Mendoza* deben verse en el contexto correcto. No se trata de un relativismo permanente sino de una aseveración ante la realidad normativa del momento histórico en que se hicieron. Visto en su contexto correcto, la conclusión más plausible es que, en efecto, el Tribunal Supremo en *Duarte Mendoza* reconoció que la Constitución de Puerto Rico reconoce el derecho al aborto como uno de carácter fundamental sujeto al escrutinio estricto, *tal y como se reconocía en este momento bajo Roe*. Esa es la única manera de entender lo expresado en la nota al calce número 5 en dicho caso, pues ya la jurisprudencia federal otorgaba el mayor grado de protección a este derecho. Es difícil pensar en una protección mayor a ser otorgada por nuestra Constitución que aquella otorgada en *Roe*. Incluso, se podría argumentar que la norma originalmente anunciada en *Roe v. Wade* es más idónea para nuestro ordenamiento en Puerto Rico, si tomamos como base el hecho indiscutible de que contamos con una

cláusula de intimidad expresa y de amplio contenido normativo.

Por último, no podemos desaprovechar la oportunidad para expresar lo trágico que sería la revocación de *Roe* y *Casey*. Como bien explicó la Opinión conjunta en *Casey*, generaciones completas de mujeres han podido desarrollar plenamente sus vidas personales y profesionales bajo la manta protectora de *Roe*. La revocación de *Roe* constituye un terrible paso en retroceso, al convertir a la mujer en sujeto de reglamentación por parte del Estado, el que aún retiene fuertes características del patriarcado. *Roe* fue un paso crucial en el objetivo de otorgar ciudadanía plena a las mujeres. Su revocación por parte de un grupo compuesto mayormente por hombres de privilegio sería el peor mensaje que se pudiese enviar en cuanto al estatus de la mujer en nuestra sociedad democrática.

El derecho al aborto en un mundo post-Roe v. Wade

El derecho a la intimidad en Puerto Rico

Lo cierto es que el derecho a la intimidad reconocido en la Sección 8 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico es lo suficientemente amplio y extenso como para incluir el derecho de una mujer a decidir si desea continuar su embarazo hasta el alumbramiento. Esta conclusión es compelida por el contenido actual de dicho derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una de las decisiones más íntimas y privadas que una mujer puede tomar, lo que fortalece

exponencialmente su protección constitucional. Veamos por qué.

La protección a la intimidad en Puerto Rico es de las más robustas de los Estados Unidos y el mundo. Su estructura textual y el historial recogido en el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente requieren tal desenlace. A través del desarrollo jurisprudencial de este derecho podemos apreciar su alcance amplio y profundo. En nuestro país se ha resuelto que el derecho constitucional a la intimidad incluye el derecho a la paz y tranquilidad en el hogar, a divorciarse por acuerdo mutuo a pesar de una prohibición estatutaria, y rechazar asistencia médica en casos donde tal decisión puede llevar, incluso, hasta la muerte. Lo que es más, esta garantía se ha utilizado para derrotar otros derechos de la más alta jerarquía valorativa, como la libertad de expresión y el derecho a la protesta en el contexto laboral.¹²

No pretendemos llevar a cabo un análisis exhaustivo del contenido sustantivo del derecho a la intimidad en Puerto Rico.¹³ No obstante, sería provechoso hacer unos señalamientos básicos.

En primer lugar, debemos recordar que el término *intimidad* es más abarcador que el de *privacidad*, según utilizado por la jurisprudencia federal. Específicamente, la *intimidad* se definía en 1952 como “parte personalísima, comúnmente reservada, de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o familia”.¹⁴ Los propios constituyentes se refirieron a este concepto como “el derecho que tiene usted a que no se le esté figoneando su vida privada”.¹⁵ Es decir, “[s]e trata de una idea inherentemente vinculada a la autonomía individual”,¹⁶ entiéndase, el derecho a vivir nuestras propias vidas y tomar las decisiones fundamentales sobre esta. Durante las deliberaciones de la Convención Constituyente se le dio un uso a este concepto que revela “la existencia de un espacio interno inviolable, casi sagrado”.¹⁷

En segundo lugar, quedó claramente establecido durante las deliberaciones de la Convención Constituyente que la intención clara al adoptarse la Sección 8 de la Carta de Derechos fue “proteger la inviolabilidad personal *en su forma más completa y amplia*”.¹⁸ Por tanto, “se trata de una protección vigorosa y extensa, que únicamente cede ante los más apremiantes

¹² ELA v. Hermandad de Empleados, 104 DPR 436 (1975).

¹³ Para un análisis descriptivo y normativo abarcador respecto a los entornos del derecho a la intimidad en Puerto Rico, véase Hiram A. Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and the Madmant’s Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. 1 (2008). Para un análisis conceptual de la intimidad, véase Luis D. Rosa Velázquez, *Panorama general del derecho a la intimidad*, 72 REV. JUR. UPR 665, 669-670 (2003).

¹⁴ JORGE M. FARINACCI FERNÓS, LA CARTA DE DERECHOS 148 (2021) (*citando a* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1925)).

¹⁵ *Id.* en la pág. 149 (*citando a* DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 1993 (Benítez Rexach) (versión digital)).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.* (*citando* varios ejemplos de expresiones durante la Convención).

¹⁸ *Id.* (*citando a* DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 3180 (Informe de la Comisión de la Carta de Derechos)) (énfasis suplido y citas internas omitidas).

intereses sociales. Su objetivo es proteger una zona personal que pertenece exclusivamente al individuo, familia o grupo”.¹⁹ Por tratarse de una disposición constitucional de sustancial fuerza normativa, “[a] mayor el grado de la intervención [contra este derecho] y la naturaleza del espacio privado invadido, mayor será dicha fuerza”.²⁰

En fin, estamos ante una disposición constitucional expresa que “protege un espacio privado de autonomía personal que debe ser respetado por el Estado, la sociedad y los individuos particulares. Este derecho opera ampliamente *e incluye la libertad de toda persona de tomar decisiones fundamentales sobre su vida* y vivir tranquilamente, libre de intervenciones extrínsecas”.²¹

Si bien sigue siendo difícil articular una definición precisa y exacta del derecho a la intimidad en Puerto Rico,²² lo cierto es que un análisis sosegado del mismo nos lleva a la conclusión de que las protecciones a la intimidad en nuestro país le impiden al Estado, salvo circunstancias apremiantes, interferir con la decisión de una mujer de llevar un embarazo hasta su culminación. En otras palabras, la posible revocación de *Roe* y *Casey* –y la devolución del asunto a los Estados– no debería tener mucho impacto en Puerto Rico, pues nuestro derecho

constitucional ofrece protecciones similares a las otorgadas por dichos casos.

Como adelantamos, el derecho a la intimidad en Puerto Rico es considerablemente amplio.²³ A su vez, Rosa Velázquez nos recuerda nuevamente que el concepto *intimidad* es mucho más abarcador o “intenso” que el de *privacidad*.²⁴ Nuestro Tribunal Supremo ha enfatizado la “supremacía de este derecho como uno de los derechos de la personalidad, de índole innata y privada inherente al hombre [y la mujer]”.²⁵ Dicho derecho está íntimamente ligado a la dignidad humana, y tiene “especial preeminencia según nuestro ordenamiento constitucional”.²⁶ Compárese, pues, el derecho implícito a la privacidad en el ordenamiento federal con el derecho explícito a la intimidad en el nuestro.

El derecho a la intimidad cubre, esencialmente, tres áreas fundamentales: (1) el control sobre la información personal y privada; (2) la protección contra registros y allanamientos irrazonables y (3) la autonomía personal.²⁷ La modalidad de autonomía personal es la más implicada al analizar el acceso al aborto, puesto que esta abarca el espacio íntimo del cuerpo y la mente.²⁸ Como ha resuelto el Tribunal Supremo, se trata de la existencia de un

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.* en la pág. 150.

²¹ *Id.* en la pág. 151 (énfasis suplido).

²² Yasmín Umpierre Chaar, *Arroyo v. Rattan Specialties: su impacto en el desarrollo jurisprudencial del derecho a la intimidad en Puerto Rico*, 72 REV. JUR. UPR 727, 728 (2003); Rosa Velázquez, *supra* nota 13, en la pág. 683.

²³ Meléndez Juarbe, *supra* nota 13, en la pág. 50.

²⁴ Rosa Velázquez, *supra* nota 13, en la pág. 684.

²⁵ *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35, 59 (1986).

²⁶ *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*, 145 DPR 178, 201 (1998).

²⁷ Rosa Velázquez, *supra* nota 13, en la pág. 685.

²⁸ Umpierre Chaar, *supra* nota 22, en la pág. 731.

reducto de la vida humana fuera del alcance de terceros, incluyendo el Estado.²⁹

Al igual que en los EEUU, el derecho a la intimidad en Puerto Rico, en su vertiente de protección a la autonomía personal, se ha aplicado con particular fuerza en el contexto de la vida familiar. Y es que si algo significa la autonomía personal, es la “facultad de un individuo de tomar decisiones personales, familiares o íntimas”.³⁰ Según Carlos J. Ruiz Irizarry, se trata del “derecho de las personas a tomar decisiones que entiendan convenientes relacionadas a su cuerpo y bienestar personal, libre de intervención del estado o de cualquier otro ente externo”.³¹ Como consecuencia, “este derecho se lesiona, entre otras instancias, cuando se limita la facultad de un individuo de tomar decisiones personales, familiares o íntimas”.³² Se trata, pues, de nuestra capacidad de controlar nuestras propias vidas.³³ De esta forma, se proscribe la “intrusión indebida en [la] vida privada de la persona”.³⁴

No debemos olvidar que fue al amparo del derecho a la intimidad que se resolvió *Figuroa Ferrer v. ELA*,³⁵ en donde el Tribunal Supremo de Puerto Rico concluyó

que las protecciones de la Sección 8 de la Carta de Derechos son tan amplias que *impiden al Estado forzar a dos personas casadas que han decidido conjuntamente disolver su vínculo matrimonial a permanecer en dicho estado*. Esto abona al planteamiento de que el derecho a la intimidad le impide al Estado intervenir en las decisiones familiares más trascendentales, desde casarse, divorciarse y criar a los hijos, hasta determinar si una mujer quiere llevar un embarazo hasta el alumbramiento.³⁶ Resultaría incongruente proteger unos y no otros.

Si algo significa el derecho de toda persona “a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar” es el derecho a decidir los asuntos familiares de mayor trascendencia sin una intervención indebida por parte del Estado. En estas instancias está envuelto el valor de la autonomía personal como piedra angular del derecho a la intimidad. Se trata, después de todo, del derecho a controlar nuestras propias vidas y tomar libremente las decisiones más trascendentales. Se trata de un derecho

²⁹ *López Tristani v. Maldonado*, 168 DPR 838, 850 (2006).

³⁰ *Lozada Tirado v. Testigos Jehová*, 177 DPR 893, 910-911 (2010). Véase, además, *López Vives v. Policía de P.R.*, 118 DPR 219, 242 (1987) (Naveira, concurrente); *Sostra Lacot v. Echlin of P.R., Inc.*, 126 DPR 781, 795 (1990) (Negrón García, disidente).

³¹ Carlos J. Ruiz Irizarry, *Derecho a la intimidad y la autonomía personal*, 72 REV. JUR. UPR 1061, 1062 (2003).

³² *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*, 145 DPR 178, 202 (1998). Curiosamente, el Tribunal cita como

autoridad para esta aseveración a *Pueblo v. Duarte Mendoza y Roe v. Wade*.

³³ Rosa Velázquez, *supra* nota 13, en la pág. 686.

³⁴ Luis Daniel Dávila Pernas, *Derecho a la propia imagen: ¿Derecho patrimonial o vertiente del derecho a la intimidad?*, 44 REV. JUR. UPR 137, 139 (2010).

³⁵ 107 DPR 256 (1978).

³⁶ Constantemente se hace referencia al matrimonio, divorcio, procreación, aborto y crianza de hijos como elementos fundamentales de la vida íntima y familiar. Véanse *Figuroa Ferrer*, 107 DPR en la pág. 261; *Sostra Lacot v. Echlin of P.R., Inc.*, 126 DPR 781, 796 (1990) (Negrón García, disidente).

vinculado a los “atributos de la personalidad”.³⁷

Interesantemente, algunas de las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre el derecho a la intimidad han incluido cuestiones muy pertinentes al derecho a decidir en el contexto reproductivo. El caso normativo de *Arroyo v. Rattan Specialties* versó sobre un intento por penetrar lo más íntimo del cuerpo y mente humana mediante una prueba de polígrafo.³⁸ Recientemente, en *Siaca v. Bahía Beach Resort & Golf Club* se vinculó el derecho a la intimidad con la prohibición de discrimen por sexo en nuestro ordenamiento constitucional.³⁹ En el tema del aborto se intersectan los asuntos de equidad de género y la integridad corporal. Eso no más que fortalece el grado de la protección constitucional en este espacio.

Lo anterior ha resultado en la articulación de un elevado escrutinio constitucional cuando el Estado interviene con la intimidad de una persona. De ordinario, en estos casos aplica el escrutinio estricto, precisamente, por tratarse de un derecho de la más alta jerarquía en nuestro ordenamiento.⁴⁰ Como ha expresado el Tribunal Supremo de Puerto Rico, “la intromisión en la intimidad ciudadana de ordinario sólo debe tolerarse cuando así lo

exijan problemas apremiantes de salud y seguridad pública”.⁴¹

Por mucho tiempo aparentaba que el desarrollo del derecho a la intimidad en Puerto Rico estaba estancado. Sin embargo, decisiones como *Lozada Tirado* y *Siaca* dieron “vida nueva a [la línea jurisprudencial iniciada en *Arroyo v. Rattan Specialties*], la que en ocasiones ha aparentado estar erosionada”.⁴² La prueba de fuego para el derecho a la intimidad en Puerto Rico es lograr proteger a las mujeres en nuestro país de un mundo sin *Roe v. Wade*.

Derecho constitucional comparado

Si bien no es determinante, es altamente valioso el uso del derecho constitucional comparado para poder tener una visión completa respecto a la interacción del derecho a la intimidad en Puerto Rico y el derecho al aborto. Cabe destacar que, en el contexto del derecho a la intimidad, “ha sido la práctica del Tribunal Supremo de Puerto Rico recurrir, de forma ilustrativa, a las determinaciones de los tribunales estatales de los EEUU, particularmente cuando existe alguna decisión del Tribunal Supremo Federal que limite el derecho a la intimidad y cuando existe un consenso entre dichas jurisdicciones”.⁴³ Esto es así pues “la llamada ‘factura más ancha’ no es única de la Constitución de Puerto Rico”.⁴⁴ Es decir,

³⁷ Umpierre Chaar, *supra* nota 22, en la pág. 738. Véase, además, Meléndez Juarbe, *supra* nota 13, en la pág. 44.

³⁸ 117 DPR 35 (1986).

³⁹ 194 DPR 559 (2016).

⁴⁰ Véase Umpierre Chaar, *supra* nota 22, en la pág. 735.

⁴¹ Asoc. Ctrl. Acc. C. Maracaibo v. Cardona, 144 DPR 1, 31 (1997).

⁴² Jorge M. Farinacci Fernós, *Derecho Constitucional*, 86 REV. JUR. UPR 123, 127 (2017).

⁴³ Jorge M. Farinacci Fernós & Gabriela Rivera Vega, *El Uso de Fuentes Transnacionales en el Derecho Puertorriqueño (Parte I)*, 51 REV. JUR. UIPR 189, 211 (2017) (énfasis suprimido).

⁴⁴ *Id.*

las protecciones a la intimidad bajo las constituciones estatales tienen un alcance mucho mayor a su homóloga federal: “[l]a gran mayoría de las jurisdicciones estatales, han elaborado jurisprudencia que *augmenta* las protecciones constitucionales en cuanto la intimidad, lo que es compatible con la práctica puertorriqueña”.⁴⁵

Este ejercicio de derecho constitucional comparado con las jurisdicciones estatales de los EEUU ha sido utilizado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico al atender controversias trascendentales sobre el derecho a la intimidad. Por ejemplo, en *RDT Const. Corp. v. Contralor I*,⁴⁶ el Tribunal Supremo de Puerto Rico recurrió a las decisiones de los tribunales estatales en California, Colorado, Utah, Illinois, Florida y Pennsylvania como parte de su análisis sobre la expectativa de intimidad referente a las cuentas bancarias. A su vez, en *Weber Carrillo v. ELA*,⁴⁷ el Tribunal Supremo recurrió a las decisiones de los tribunales en Hawaii, New Jersey, Pennsylvania, Texas, Washington, Idaho y Colorado, esta vez, en el contexto de la existencia de una expectativa de intimidad en torno al registro de llamadas telefónicas. Ambas decisiones dieron más peso a la jurisprudencia estatal que a las decisiones del Tribunal Supremo federal en cuanto la inexistencia de expectativa de intimidad respecto a ambos asuntos.⁴⁸

De lo anterior podemos colegir que debemos analizar la jurisprudencia de aquellos estados que comparten con Puerto Rico una fuerte protección al derecho a la intimidad. De igual forma, debemos intentar identificar alguna tendencia mayoritaria entre las diferentes jurisdicciones estatales. También debemos tener en mente la fuente de la normativa, pues muchas de las normas relacionadas al aborto en dichas jurisdicciones han sido adoptadas mediante derecho positivo más que por jurisprudencia constitucional estatal.

Roe v. Wade fue decidido en medio de un cambio paradigmático sustancial en cuanto el derecho al aborto en los Estados Unidos. Como explica Mark A. Graber, “[f]rom 1900 until 1970 the penal code of every state included a section that banned abortion except in certain narrowly defined instances”.⁴⁹ Cabe destacar que muchas de estas prohibiciones no eran puestas en vigor rigurosamente por las autoridades gubernamentales, lo que generaba una cultura social de tolerancia y aceptación de la práctica.⁵⁰ Asimismo, comenzó a calar la necesidad de establecer excepciones formales cuando existiese un riesgo a la vida o salud de la madre.⁵¹

No obstante, a partir de 1970, se pudo observar una transformación normativa producto de legislación y jurisprudencia. Esto se dio, en gran parte, a la adopción del Código Penal Modelo del

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ 141 DPR 424 (1996).

⁴⁷ 190 DPR 688 (2014).

⁴⁸ Véase *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979) y *US v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

⁴⁹ Mark A. Graber, *The Ghost of Abortion Past: Pre-Roe Abortion Law in Action*, 1 VA. J. SOC. POL'Y & L. 309, 313 (1994).

⁵⁰ *Id.* en las págs. 313 y 322.

⁵¹ *Id.* en la pág. 346.

American Law Institute, el que fue incorporado al derecho estatutario de estados como California, Maryland, Colorado, Virginia, South Carolina y North Carolina.⁵² Además, *muchos tribunales estatales comenzaron a emitir decisiones que ofrecían protección al derecho al aborto al palio de sus respectivas constituciones estatales*. Ejemplos de este fenómeno son California, Vermont, Kansas y New Jersey.⁵³

Incluso después que se emitiera la decisión en *Roe v. Wade*, continuó el desarrollo de una creciente jurisprudencia constitucional estatal en relación con el derecho al aborto. Si bien dicha jurisprudencia no atendía directamente la existencia en sí del derecho –pues ello ya había sido resuelto en *Roe*–, esta se enfocó en aquellos asuntos operativos que surgieron después de *Roe* en cuanto el alcance del derecho.⁵⁴ El resultado ha sido *la elaboración de una jurisprudencia constitucional estatal considerablemente más protectora del derecho al aborto que la jurisprudencia federal*.⁵⁵ Esta jurisprudencia está basada en disposiciones especiales sobre el aborto incluidas en las constituciones estatales, así como las disposiciones más generales sobre

intimidación, libertad y debido proceso de ley, e igual protección de las leyes.⁵⁶ Curiosamente, muchas de estas decisiones se emitieron, precisamente, mediante el uso de un ejercicio de derecho constitucional estatal comparado.⁵⁷ Puerto Rico, como lo ha hecho en el pasado, debe emular esta práctica.

Un análisis de la normativa de las diferentes jurisdicciones estatales refleja lo siguiente: (1) a nivel estatutario hay una marcada tendencia a permitir el aborto antes de la viabilidad sin referencia a justificación o razón alguna, mientras que después de la viabilidad se puede prohibir la práctica, siempre y cuando existan excepciones para la salud y vida de la madre;⁵⁸ (2) hay estados que han ofrecido protección constitucional igual o mayor a *Roe v. Wade*;⁵⁹ (3) la tendencia de la jurisprudencia constitucional estatal es, igualmente, a favor de mayor protección al derecho al aborto,⁶⁰ y (4) las jurisdicciones que comparten protecciones constitucionales a la intimidación similares a Puerto Rico están dentro del grupo que

⁵² *Id.* en la pág. 314.

⁵³ *Id.* en la pág. 360; Paul Benjamin Linton, *Enforcement of State Abortion Statutes after Roe: A State-by-State Analysis*, 67 U. DET. L. REV. 157 (1990); Linda J. Wharton, *Roe at Thirty-Six and Beyond: Enhancing Protection for Abortion Rights Through State Constitutions*, 15 WM. & MARY J. WOMEN & L. 469, 476 (2009).

⁵⁴ Wharton, *supra* nota 53, en la pág. 476. Esto incluye asuntos referentes al acceso de menores al aborto y financiamiento público del procedimiento médico como tal.

⁵⁵ *Id.* en la pág. 498.

⁵⁶ *Id.* en la pág. 499.

⁵⁷ *Id.* en la pág. 528.

⁵⁸ En esta tendencia podemos incluir las siguientes jurisdicciones: Alabama, California, Colorado, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Luisiana, Minnesota, Nevada, New York, North Carolina, North Dakota, Pennsylvania, Utah, Virginia, Washington y Wyoming. Véase LINTON, *supra* nota 53.

⁵⁹ En este grupo están Alaska, New Jersey, Ohio y Oregon. *Id.*

⁶⁰ En este grupo están California, New Jersey, Kansas y Vermont. *Id.*; Graber, *supra* nota 49, en la pág. 360.

también ofrece protección en cuanto al derecho al aborto.⁶¹

Lo anterior es altamente ilustrativo para el análisis en Puerto Rico. Como vimos en *RDT* y *Weber Carrillo*, cuando existe una tendencia marcada en las jurisdicciones estatales a favor de ofrecer mayor protección al derecho a la intimidad, Puerto Rico se ha incorporado a dicha tendencia. De igual modo, es muy interesante que las jurisdicciones que, al igual que Puerto Rico, han diferido del rumbo federal cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos erosiona un derecho relacionado a la intimidad, ya comenzaron un desarrollo jurisprudencial estatal protector del derecho al aborto.

Por último, resultaría útil recurrir al derecho comparado fuera de los Estados Unidos y al derecho internacional. Respecto a la necesidad de recurrir al derecho comparado, notamos que la práctica del Tribunal Supremo de Puerto Rico ha sido, precisamente, analizar el desarrollo del derecho fuera de nuestro país con miras a identificar alguna tendencia relevante, particularmente en jurisdicciones que tienen disposiciones constitucionales similares a las nuestras.⁶² Tal ejercicio se llevó a cabo, por ejemplo, en *Figuroa Ferrer v. ELA*, en donde el Tribunal Supremo ofreció un panorama completo sobre el divorcio en general y el consentimiento mutuo en particular. En cuanto al derecho internacional, no podemos perder de perspectiva que la Sección 8 de la Carta de Derechos fue inspirada por el Artículo 5 de la Declaración

Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Esto no más que fortalece su fuerza normativa.

El derecho al aborto en Puerto Rico

La revocación de *Roe* y *Casey* no equivale a un mandato judicial federal para prohibir el aborto. Simplemente desaparecería su estatus como derecho fundamental a nivel federal. Correspondería a cada estado, *según establezca su ordenamiento constitucional*, atender el asunto. En el caso de Puerto Rico, cualquier legislación que se adopte *debe ser cónsona con los derechos reconocidos en nuestra Constitución*.

Por tanto, es provechoso repasar el estado actual de la jurisprudencia puertorriqueña sobre este asunto, para identificar cuál es el piso constitucional sobre el cuál la Asamblea Legislativa podría actuar. Como vimos en los acápites anteriores, en Puerto Rico opera un robusto derecho a la intimidad que cobija el valor fundamental de la autonomía personal y la posibilidad de tomar decisiones sobre nuestras vidas familiares e íntimas sin la intervención indebida del Estado.

Corresponde, pues, comenzar nuestro análisis referente al derecho al aborto en Puerto Rico con las decisiones emitidas por nuestro Tribunal Supremo. La jurisprudencia puertorriqueña se concentra, principalmente, en dos casos específicos:

⁶¹ Podemos mencionar California, Colorado, New Jersey, entre otros.

⁶² Véase Farinacci Fernós & Rivera Vega, *supra* nota 43.

Pueblo v. Duarte Mendoza y Pueblo v. Najul Báez.⁶³

La Opinión del Tribunal en *Duarte Mendoza* recoge la historia del aborto en Puerto Rico desde la óptica del derecho penal. En ese momento, precisamente, el aborto estaba incluido en el Código Penal. En cuanto al derecho a la intimidad en nuestro país y su relación con la autonomía corporal, el Tribunal expresa que este “es, sin duda, de supremo rango en la jerarquía de valores en nuestra sociedad”.⁶⁴

Pero *Pueblo v. Duarte Mendoza* no es un caso de derecho constitucional propiamente, sino uno de interpretación estatutaria en el contexto penal. El Código Penal vigente entonces (1974) eximía de responsabilidad penal aquellos abortos realizados para conservar la *salud o vida* de la madre. Nótese que el concepto de salud se considera separado e independiente, *aunque evidentemente relacionado*, al de la vida.

El Tribunal Supremo, correctamente, adoptó una definición amplia del concepto *salud*. La Opinión expresó que se trata del “estado normal de las funciones orgánicas e intelectuales”.⁶⁵ Acto seguido, el Tribunal se enfocó en el importante rol del juicio médico en estos asuntos y la existencia de indicación terapéutica. En resumen, el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que, como

el texto del Código Penal contenía una excepción para la salud o vida de la madre en todas las etapas del embarazo, y el concepto de salud era suficientemente amplio como para incluir consideraciones físicas, mentales y socio-emocionales, dicha disposición cumplía con lo exigido en aquel entonces por *Roe v. Wade*.

Antes de indagar un poco más en el concepto *salud* en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico –incluyendo la normativa constitucional–, es meritorio analizar la Opinión concurrente y disidente que emitió el entonces juez presidente Trías Monge, a la cual se unieron los jueces asociados Rigau y Díaz Cruz. Según este bloque de jueces, la disposición estatutaria puertorriqueña era contraria a *Roe v. Wade*. Más importantemente, planean que “[a]un de no existir *Wade* y su progenie, tales disposiciones serían nulas *bajo la Constitución de Puerto Rico*”.⁶⁶ Su razonamiento fue explícito en cuanto al asunto constitucional: “[e]stimamos que si el derecho a la intimidad ha de significar algo, es a la mujer a quien le corresponde la decisión, sin intervención estatal sustantiva u obstaculización velada, por un período no menor de tres meses, dependiendo de los hechos específicos de cada caso”.⁶⁷

Si bien la Asamblea Legislativa tiene cierta libertad para definir un término estatutariamente,⁶⁸ lo cierto es que no

⁶³ 109 DPR 596 (1980) y 114 DPR 493 (1983) respectivamente.

⁶⁴ *Duarte Mendoza*, 114 DPR en la nota al calce núm. 5. Acto seguido, el Tribunal hace las expresiones que analizamos anteriormente.

⁶⁵ *Id.* en la nota al calce núm. 11, *cf.* DICCIONARIO TERMINOLÓGICO DE CIENCIAS MÉDICAS (8va ed. 1963).

⁶⁶ *Id.* en la pág. 632 (Trías Monge, opinión concurrente y disidente) (énfasis suplido).

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Véase CÓD. CIV. PR art. 22, 31 LPPA § 5344; JORGE M. FARINACCI FERNÓS, HERMENÉUTICA PUERTORRIQUEÑA: CÁNONES DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA 95 (2019) y Jorge M. Farinacci Fernós, *El Código Civil de 2020 y la*

puede desprenderse totalmente de aquellos conceptos que tienen mención constitucional. La *salud* es uno de ellos.⁶⁹ Por tanto, debemos incorporar en nuestro análisis el significado de la palabra *salud* para efectos constitucionales, particularmente cuando lo estamos usando aquí como un elemento relevante al ejercicio de otro derecho constitucional (la intimidad).⁷⁰

Curiosamente, existe cierta inconsistencia en cuanto al uso de la palabra *salud* en el texto constitucional. Pero esta inconsistencia es meramente contextual, pues, en ocasiones, la palabra *salud* está acompañada por otro concepto similar y, como resultado del canon de evitar superfluidades,⁷¹ se tiende a otorgar una definición más limitada al término *salud* para poder tener suficiente contenido comunicativo disponible para otorgar al otro término utilizado. Esto, pues el concepto *salud* es ambiguo. Si se utiliza solo, es amplio; si se utiliza acompañado con un término similar, asume una acepción más estrecha para evitar redundancia.

Un ejemplo de este fenómeno es lo dispuesto en la Sección 15 de la Carta de Derechos: “[n]o se permitirá el empleo de menores de catorce años en cualquier ocupación perjudicial a la salud o a la moral, o que de alguna manera amenace la vida o integridad física”. En ese caso, el uso de la palabra *moral* tras *salud* requiere concluir

que el concepto *salud* “se refiere, principalmente *-aunque no exclusivamente-*, a la salud física o biológica”.⁷² Para evitar *superfluidad*, se entiende que el concepto *moral* cubre “la salud emocional o psicológica”.⁷³ Algo similar ocurre con el uso de la palabra *salud* en la Sección 16, acompañada por el concepto de *integridad personal*.⁷⁴

De lo anterior podemos concluir que, *a no ser por el uso de un término adicional que activa la norma sobre superfluidades*, el término *salud*, usado sin acompañante, *abordaría la salud mental y emocional de la persona*.⁷⁵ Eso es consistente con la interpretación estatutaria realizada por la mayoría del Tribunal en *Duarte Mendoza*. Más importantemente, puede sugerir que la inclusión del elemento de *salud* en la normativa sobre aborto no es un acto discrecional de la Legislatura, *sino un imperativo constitucional*. Es decir, que la Asamblea Legislativa de Puerto Rico no tiene la facultad de prohibir el aborto sin una excepción de salud en cuanto a la madre.

Algo similar ocurre con el término *vida* en el contexto de la excepción en cuanto a preservar la vida de la madre. Debemos recordar que la vida es un derecho sustantivo de rango constitucional. Este concepto “tiene, *mínimamente*, un significado biológico y orgánico”.⁷⁶ Según el Informe de la Comisión de la Carta de

hermenéutica puertorriqueña, 4 AMICUS, REV. POL. PÚBL. & LEG. UIPR __ (2022).

⁶⁹ Véase CONST. PR art. II, §§ 15- 16, 18-20.

⁷⁰ Véase FARINACCI FERNÓS, HERMENÉUTICA PUERTORRIQUEÑA, *supra* nota 68, en las págs. 131-132.

⁷¹ *Id.* en las págs. 99-101.

⁷² FARINACCI FERNÓS, LA CARTA DE DERECHOS, *supra* nota 14, en la pág. 290 (énfasis suplido).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.* en la pág. 322.

⁷⁵ Véase *Id.* en la pág. 290.

⁷⁶ FARINACCI FERNÓS, LA CARTA DE DERECHOS, *supra* nota 14, en la pág. 120 (énfasis suplido).

Derechos, “la palabra ‘vida’...se extiende mucho más allá de la existencia misma para incluir el conjunto de condiciones que la hacen posible...”.⁷⁷ Es decir, “el contenido comunicativo del concepto *vida* incluye tanto su connotación biológica, así como aquellos elementos periféricos y relacionados que facilitan...el disfrute de una vida plena y digna”.⁷⁸

De anterior podemos colegir que (1) existe un imperativo constitucional de requerir una excepción en cuanto a la salud y vida de la madre en cualquier regulación del derecho al aborto en Puerto Rico, (2) que los conceptos *salud* y *vida* deben interpretarse en atención a su contenido constitucional, y (3) que estos términos son considerablemente amplios y no se limitan a consideraciones exclusivamente biológicas o fisiológicas.

Poco después de la decisión en este caso, el Tribunal Supremo emitió una Opinión en *Pueblo v. Najul Báez*. En dicha Opinión se reafirma el razonamiento anunciado en *Pueblo v. Duarte Mendoza* a los efectos de que “el concepto de salud del Art. 91 recoge las más amplias nociones de bienestar físico, mental o socio-emocional”.⁷⁹ También se reafirma el rol central de criterio médico-profesional en estos casos.⁸⁰

Conclusión

⁷⁷ *Id* (citando a DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 3180 (Informe de la Comisión de la Carta de Derechos)) (énfasis suplido).

⁷⁸ *Id*.

⁷⁹ *Pueblo v. Najul Báez*, 114 DPR 493, 495-96 (1983), *cf.* *Pueblo v. Duarte Mendoza*, 109 DPR 596, 607-08

En virtud de lo anterior, solo podemos llegar a una conclusión inescapable: el derecho constitucional fundamental a la intimidad en Puerto Rico protege el derecho de toda mujer, salvo situaciones apremiantes y limitadas, a decidir si llevar su embarazo al alumbramiento. Si añadimos a nuestro análisis las consideraciones sobre discrimen —en tanto nuestra Constitución explícitamente prohíbe el uso de clasificaciones por sexo para limitar derechos— y el contenido normativo de los conceptos *salud* y *vida* según utilizados en la Carta de Derechos, debemos concluir también que cualquier restricción al derecho al aborto debe incluir excepciones para salvaguardar la vida y salud de la madre, ampliamente definidas ambas.

En todo caso, la protección a este importante derecho —que simultáneamente reconoce a la mujer como una ciudadana capaz y autónoma, en vez de una incubadora al servicio del Estado, y fortalece la existencia de un espacio íntimo fuera del alcance de la intervención gubernamental— no debería limitarse a los tribunales. Corresponde a nuestra Asamblea Legislativa, en el ejercicio de su poder de razón de estado, protegerlo estatutariamente. No debemos acostumbrarnos a que el derecho a la intimidad solamente sirva como freno a los intentos legislativos de privarnos de esta. Por el contrario, es hora que la Legislatura se

(1980) (véase nota al calce núm. 13), *cf.* AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, II PRÉCIS 69 (1981).

⁸⁰ *Najul Báez*, 114 DPR en la pág. 496.

convierta en una aliada de nuestros derechos constitucionales, y legisle acorde con los mandatos de nuestra Carta Magna.