

Proyecto del Senado 950

Para establecer la “*Ley para la protección de la mujer y la preservación de la vida*” dentro de los procedimientos de aborto en Puerto Rico.

Comisión sobre relaciones Federales, Políticas y Económicas

Buenos días,

Muy estimado presidente, distinguidos senadores, quien les habla es sacerdote católico, residente en Puerto Rico y abogado civil admitido a la práctica de la abogacía por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Aunque no represento oficialmente a la Arquidiócesis de San Juan, todas mis expresiones pretenden ser consistentes y en plena comunión con el patrimonio de valores, principios y perspectiva creyente de la Iglesia Católica que es *experta en humanidad*. Esa consistencia y comunión doctrinal es una exigencia de mi condición de sacerdote católico, ya que mi ministerio eclesial tiene un carácter público y jerárquico.

Sin embargo mi intervención en el día de hoy pretende analizar, jurídicamente, los parámetros constitucionales en los que se debe enmarcar la tragedia del aborto legalizado en Puerto Rico.

Es importante subrayar, desde el principio, que en cuanto al aborto legalizado, lamentablemente, se deben seguir los parámetros jurídicos desarrollados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para evitar actuar inconstitucionalmente.

Pero debo dejar claro que la pretensión de ciertos grupos ideológicos de reducir las decisiones del Tribunal Supremo de la Estados Unidos sobre el aborto a solo el derecho irrestricto de la mujer a abortar sin intervención de nadie (padres, el estado, la comunidad) no solo es errónea, sino que obvia el otro elemento de la ecuación que es el interés apremiante del estado de potenciar las posibilidades de vida humana, el cual ese tribunal federal no solo lo ha reconocido sino que reiteradamente lo ha refrendado

desde la decisión de *Roe vs Wade* 410 US 113 (1973). En otras palabras la jurisprudencia federal ofrece posibilidades para que el estado pueda promover tanto el derecho fundamental de la madre a su intimidad como el potenciamiento de la vida humana del *Nasciturus*¹, y esto último en todas las etapas de la gestación.

Sin duda, no es fácil encontrar un equilibrio adecuado entre el derecho fundamental de la madre a la intimidad (que incluye, lamentablemente, según la jurisprudencia, el derecho a abortar) y el derecho fundamental a la vida del *niño en el vientre materno*². De alguna manera el Tribunal Supremo de Estados Unidos empujó a la sociedad norteamericana a buscar ese equilibrio, algo que no era necesario ya que nunca se justifica la muerte de un inocente. No se puede matar a la madre para salvar al niño, ni se puede matar al niño para salvar a la madre. Lamentablemente reconozco que muchos en nuestra sociedad han perdido la capacidad de percibir como valor fundamental de toda convivencia humana, digna del hombre, la afirmación categórica que nunca se justifica la muerte directa de un inocente en el vientre de su madre.

Por eso este proyecto se enmarca correctamente en los valores antes esbozados La intención de esta pieza legislativa es proteger tanto la vida de la madre como la vida del niño, buscando superar los esquemas legales

¹ Sobre el carácter humano del *nasciturus* cf. Maureen L. Condic, When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective, the Westchester Institute For Ethics & the Human Person, WHITE PAPER Volume 1, Number 1 October 2008, https://bdfund.org/wp-content/uploads/2016/05/wi_whitepaper_life_print.pdf ; Patricio Ventura-Juncá (1) and Manuel J. Santos (2), The beginning of life of a new human being from the scientific biological perspective and its bioethical implications, Biol Res 44: 201-207, 2011, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/bres/v44n2/art13.pdf> ; ASIM KURJAK, ANA TIKVICA LEUTIC, BERIVOJ MISKOVIC, FRANK A. CHERVENAK2 When does a fetus become a person? PERIODICUM BIOLOGORUM UDC 57:61 VOL. 111, No 3, 337-340, 2009, <https://hrcak.srce.hr/file/67668> Cf. Desde una perspectiva jurídica en historia legal de Estados Unidos John Keown, *Back to the Future of Abortion Law: Roe's Rejection of America's History and Traditions*, 22 ISSUES L. & MED. 3, 4 (2006).

² En utilizado el término “derecho fundamental a la vida de *nasciturus*” porque algunos autores así lo plantean, criticando la decisión de *Roe vs Wade*. Cf. JOSHUA J. CRADDOCK, Protecting Prenatal Persons: Does The Fourteenth Amendment Prohibit Abortion?, *Harvard Journal of Law & Public Policy* [Vol. 40, NUM. 2] 2017, PAG. 539-572; John D. Gorby, *The “Right” to an Abortion, the Scope of Fourteenth Amendment Personhood, and the Supreme Court's Birth Requirement*, 4 S. ILL. U. L.J. 1, 9 (1979) ; Paulsen, Michael Stokes, *The Plausibility of Personhood* (2013). 74 Ohio State Law Journal 14 (2012); U of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies Research Paper No. 13-14. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2254154>

deficientes en Puerto Rico que no protegen adecuadamente ni la vida de la madre, ni el interés legítimo del estado de proteger la vida humana potencial. Sin duda este proyecto está dentro de los parámetros constitucionales del Tribunal Supremo que esbozaremos a continuación.

Dos son los casos que nos ayudan a entender como debe ser encuadrado el tema del aborto legal en Puerto Rico. El primero es *Roe vs. Wade supra.* y *Planned parenthood vs. Casey* 5005 US 833 (1992).

Comenzamos con *Roe supra* que estableció varias cosas. Primero, que el derecho de intimidad de la mujer es un derecho fundamental, y es tan amplio que incluye el derecho para decidir sobre su embarazo. Y segundo, también reconoció que el estado tiene dos intereses igualmente importantes, proteger la salud de la madre y proteger la viabilidad o potencialidad de la vida del *nasciturus*. Y llama a ambos “compelling state interest”.

Por eso, como un modo de crear un balance entre esos derechos se ideó el esquema de los trimestres. En ese esquema se estableció que para el primer trimestre el estado no podía intervenir, y la decisión de tener un aborto, y la manera de tenerlo se deja a la decisión de la mujer y los médicos. En el segundo trimestre solo podía intervenir para proteger la salud de la madre y en el tercer trimestre podría prohibirlo después que haya viabilidad, ya que el *nasciturus* puede vivir fuera del vientre materno aunque sea por medios artificiales³. Pero el tribunal afirma que siempre debe dejarse abierta la posibilidad de la excepción por motivos médicos, según los parámetros asentados por el caso *Doe vs. Bolton* 410 US 179 (1973)⁴ donde se afirma que

³ Cf. Wood, Mary and Hawkins, Lisa. "State Regulation of Late Abortion and the Physician's Duty of Care to the Viable Fetus", 45 Mo. L. Rev. 394 (1980)

⁴ *Id.* at 402 U. S. 72 “whether, in the words of the Georgia statute, "an abortion is necessary" is a professional judgment that the Georgia physician will be called upon to make routinely. We agree with the District Court, 319 F. Supp., at 1058, that the medical judgment may be exercised in the light of all factors - physical, emotional, psychological, familial, and the woman's age - relevant to the well-being of the patient. All these factors may relate to health”.

En Puerto Rico se incorporó el esquema de los trimestre de *Roe supra* en el caso *Pueblo vs. Duarte* 109 D.P.R. 596 (1980). Curiosamente, en nuestro estado de derecho, no ha existido nunca intervención alguna del estado en favor de la vida potencial y el aborto es casi irrestricto en todas las etapas del embarazo⁵. De tal manera que Rosa Marchand puede afirmar que

El estatuto legal en torno al aborto vigente en Puerto Rico desde 1937 resultaba más liberal ante *Roe* ya que prescribía para todo el período del embarazo el criterio constitucional establecido en *Roe* para el primer trimestre⁶

Por eso, aunque en Puerto Rico el Código Penal prohíbe el aborto (art. 98 Código Penal) siempre que existan motivos médicos se puede realizar un aborto hasta previo al nacimiento. La profesora Dora Nevares explica ampliamente lo que debe entenderse por motivos médicos y consentimiento informado en el contexto del aborto, lo citare aunque es amplio:

“La forma de establecer el consentimiento de la mujer embarazada para someterse al aborto y exonerar de responsabilidad al médico practica un aborto por indicación terapéutica, es a base del diálogo entre el medico la paciente donde el primero informa a la mujer las consecuencias físicas y emocionales del aborto. En *Pueblo v. Najul Baez* 111 DPR 417, 422 (1981) se indica que ‘*solo mediante este dialogo entre el médico y la paciente es que se establece el verdadero consentimiento de la mujer para la realización*’ del aborto. Explica el Tribunal que la mera aseveración del paciente de que quiere hacerse un aborto no es suficiente para que el médico quede liberado de su responsabilidad penal de realizar el aborto,

⁵ Cf. Rosa E.MCf. Rosa E. Marchand Arias, PHD, *Clandestinaje Legal: Él Aborto en Puerto Rico de 1937 a 1970*, https://www.researchgate.net/publication/265583559_Clandestinaje_Legal .en Puerto Rico, 25.

⁶ IDEM

sino que también es necesario demostrar el cabal consentimiento prestado por la mujer”⁷

La inquietud que surge espontanea en Puerto Rico es si existe alguna fiscalización para auscultar si se están siguiendo esos parámetros jurídicos antes esbozados en los procedimientos de abortos. Por eso la necesidad y justeza del art. 2 de este proyecto de ley que está dentro de los parámetros constitucionales y la responsabilidad del estado. Sin duda está en juego la salubridad de un procedimiento que puede tener consecuencias medicas serias sobre las mujeres que abortan⁸.

Pero en 1992 el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Planned Parenthood supra* dio un cambio significativo entre el balance del llamado derecho fundamental de la mujer a abortar y el interés apremiante del estado con respecto a la vida humana potencial. Sobre el balance el tribunal afirmó lo siguiente:

[Sin embargo] La libertad de la mujer no es tan ilimitada que desde el principio el Estado no puede mostrar su preocupación por la vida del no nacido, y en un momento posterior del desarrollo fetal, el interés del Estado en la vida tiene fuerza suficiente para que el derecho de la mujer terminar el embarazo pueda ser restringido⁹

En efecto se determinó lo siguiente:

1) Se eliminan el esquema de lo trimestres, que coartaba la libertad del estado de promover la vida del *nasciturus* incluso antes de viabilidad.

⁷ Dora Nevares, Código Penal de Puerto Rico (2015), 165-166

⁸ Priscilla K. Coleman, Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995–2009, *The British Journal of Psychiatry* (2011) 199, 180–186. doi: 10.1192/bjp.bp.110.077230. esta autora hace un analisis de la literatura científica sobre el tema del aborto y las consecuencias mentales sobre las mujeres y su conclusion es de “calling into question the conclusions from traditional reviews, the results revealed a moderate to highly increased risk of mental health problems after abortion. Consistent with the tenets of evidence-based medicine, this information should inform the delivery of abortion services”.

⁹ The woman’s liberty is not so unlimited, however, that from the outset the State cannot show its concern for the life of the unborn, and at a later point in fetal development the State’s interest in life has sufficient force so that the right of the woman to terminate the pregnancy can be restricted

2) El estado tiene un interés apremiante por la vida humana potencial en todas las etapas del embarazo,

3) Puede prohibirlo desde que es viabile el *nasciturus* fuera del vientre materno. En la definición de viabilidad usa los mismos parámetros que *Roe supra* pero afirmándolo de manera más categórica:

El concepto de viabilidad, como señalamos en *Roe*, es el tiempo en el que hay una posibilidad realista de mantener y alimentar una vida fuera del útero, de modo que la existencia independiente de la segunda vida pueda con razón y toda justicia ser objeto de la protección del estado que incluso anule los derechos de la mujer¹⁰.

Y hace la siguiente afirmación:

La línea de viabilidad también tiene, como cuestión práctica, un elemento de equidad. En un sentido amplio, podría decirse que una mujer que no actúa antes de la viabilidad ha dado su consentimiento a la intervención del Estado en nombre del niño en desarrollo¹¹

El art. 3 recoge este planteamiento del tribunal al prohibirlo después de la viabilidad, dejando la excepción por motivos médicos. Este es el área de más novel, abierta a desarrollo jurídicos¹².

4) Siempre tiene que dejar como exención los motivos médicos, cuando lo prohíbe

5) Puede intervenir previo a la viabilidad siempre que no suponga un “undue burden”, que lo define como aquel tipo de regulación que tiene el propósito y el efecto de poner un obstáculo sustancial en el camino de la

¹⁰ *Planned Parenthood supra*, 870 “the concept of viability, as we noted in *Roe*, is the time at which there is a realistic possibility of maintaining and nourishing a life outside the womb, so that the independent existence of the second life can in reason and all fairness be the object of state protection that now overrides the rights of the woman”

¹¹ The viability line also has, as a practical matter, an element of fairness. In some broad sense it might be said that a woman who fails to act before viability has consented to the State’s intervention on behalf of the developing child

¹² Cf. Linton, Paul Benjamin, *The Legal Status of the Unborn Child Under State Law* (2011). University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy, Vol. 6, No. 1, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2121574> pag. 143

mujer para buscar el aborto de un feto no viable¹³. Por eso si el estado crea un mecanismo estructural por el cual el estado manifiesta un profundo respeto por la vida del no nacido y ordena al médico buscar el consentimiento informado eso es absolutamente legítimo. Por eso sostuvo la constitucionalidad del periodo de espera de 24 horas.

Por otro lado, sobre el derecho de las menores de edad a practicarse un aborto, en *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979) el Tribunal Supremo elaboró más ampliamente sobre el tema de la decisión de consentimiento parental en aborto de menores que había planteado en 1976¹⁴. El tribunal afirma que los estados pueden exigir que una menor embarazada y soltera obtenga el consentimiento de los padres para un aborto si la ley estatal proporciona un procedimiento alternativo a la aprobación de los padres, como dejar que el menor busque la aprobación de un juez estatal. Interesantemente la opinión de la pluralidad se negó a extender el derecho pleno a los menores a buscar y obtener un aborto, que fue otorgado a mujeres adultas en *Roe v. Wade*. El Tribunal rechazó la extensión a menores haciendo hincapié en la naturaleza especialmente vulnerable de los niños, su "incapacidad para tomar decisiones críticas de manera informada y madura, y la importancia del papel de los padres en la crianza de los hijos"¹⁵. Por eso el artículo 10 de este proyecto está dentro de los parámetros constitucionales¹⁶.

En dos casos Tribunal Supremo de Estados Unidos vuelve a aplicar el tema de *undue burdens*. En *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) sostuvo el estatuto federal conocido como *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003, y determinó que existe "incertidumbre [en la comunidad médica] sobre si el procedimiento prescrito es necesario para preservar la salud de la mujer"; y en el pasado ese tribunal "ha otorgado a las

¹³ Idem, 877

¹⁴ *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976). Se declaró inconstitucional el veto absoluto. un veto absoluto.

¹⁵ *Bellotti v. Baird* (*Bellotti II*), 443 U.S. 622, 643 (1979)

¹⁶ Hago referencia que en Puerto Rico todavía se utiliza como criterio *Pueblo vs. Duarte id*, 610 que afirma que los padres no pueden vetar la decisión de abortar de un menor de edad. Esa situación anómala y peligrosa debe ser arreglada por esta legislatura.

legislaturas estatales y federales amplia discreción para aprobar legislación en áreas donde existe incertidumbre médica y científica"¹⁷. Y en *Whole Woman's Health V. Hellerstedt* determinó que Texas no puede imponer restricciones a la prestación de servicios de aborto que crean una carga excesiva para las mujeres que buscan un aborto. Sin duda ambos casos nos recuerdan la importancia de discernir jurídicamente si la prohibición de cualquier iniciativa legislativa que pretende prohibir o regular el aborto supone una carga substancial al ejercicio del aborto, o incluso está sustentada en data científica consensuada. Por eso considero que los art. 4, 6, 12 pretende dar una respuesta médica adecuada que garantice la salud de la madre ante situaciones de emergencias que se podrían suscitar, y se mantenga un banco de estadística sobre estos procedimientos delicados y graves.

El art. 11 responde a una situación particular. Plantea la posibilidad que un niño nazca vivo después de un procedimiento legal. De hecho existe un estatuto federal conocido como *The Born-Alive Infants Protection Act of 2002* ("BAIPA" Pub.L. 107–207, 116 Stat. 926) que recoge los planteamientos de este número. Propongo que se recoja el lenguaje y elementos de la exposición de motivos del P de la C 988 de la Representante Charbonier que recoge más ampliamente estos elementos, tanto en la exposición de motivos como en el cuerpo de propuesta de ley.

Podemos concluir que la jurisprudencia norteamericana nos da la posibilidad de explorar nuevos caminos donde el estado pueda promover la vida del *nasciturus*, respetando la vida y la intimidad de la mujer. Esos caminos nuevos nos llevarán a que *nasciturus* deje de ser un mero objeto del derecho para convertirse en sujeto. Los posibles desarrollos jurídicos a favor del ser en gestación puede ser en el derecho de daños, o en el campo de las sucesiones, o en el ámbito laboral e incluso el en ámbito penal, como hace este proyecto¹⁸.

¹⁷ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007)

¹⁸ Linton, Paul Benjamin, *The Legal Status of the Unborn Child Under State Law* (2011). University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy, Vol. 6, No. 1, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2121574>

Incluso el proyecto de Código en su art. 70 le concede al *nasciturus* el estatuto de persona natural equiparándolo al nacido. La jurisprudencia que he analizado deja claro que mientras no se infrinja el derecho de la mujer a decidir sobre el embarazo, el estado es libre de abrir caminos que potencia la vida humana. En este punto es interesante ver lo que afirmó el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989), donde validó una ley del estado de Missouri que en su preámbulo afirmaba que “la vida comienza con la concepción” y que todas “las leyes debían ser interpretadas consistente con ese principio” para que los niños no nacidos “tuvieran todas las protecciones y privilegios de los otros ciudadanos y personas”. El tribunal validó esa ley afirmando que:

Ciertamente, el preámbulo no regula, por sus términos, el aborto ni ningún otro aspecto de la práctica médica de los apelados. La Corte ha enfatizado *que Roe v. Wade* "no implica ninguna limitación a la autoridad de un Estado para emitir un juicio de valor que favorezca el parto sobre el aborto". *Maier v. Roe*, 432 U.S. en 474. El preámbulo se puede leer simplemente para expresar ese tipo de juicio de valor. Creemos que la medida en que el lenguaje del preámbulo podría usarse para interpretar otros estatutos o reglamentos estatales es algo que solo los tribunales de Missouri pueden decidir definitivamente. De hecho la ley estatal ha ofrecido protecciones a los niños por nacer en la responsabilidad civil extracontractual y en testamentos

Roe and *Casey*, of course, were limited to laws prohibiting and regulating abortion. Although, in *Roe*, the Court held that the unborn child is not a “person” within the meaning of section one of the Fourteenth Amendment,¹⁶ neither *Roe* nor *Casey* purported to address the States’ authority to define the legal status of the unborn child outside the context of abortion or to confer legal rights upon the unborn child that do not interfere with the exercise of the “abortion liberty” recognized in *Roe*. Indeed, the Court has held that, apart from the regulation of abortion, nothing in *Roe* precludes the States from extending the protection of the law to unborn children.¹⁷ This article explores the multi-faceted ways in which state law protects unborn children outside the context of abortion—in criminal law, tort law, health care law, property law and guardianship law

De hecho, a nivel federal, este nuevo paradigma de entender al ser humano en gestación ha llevado a diferentes iniciativas. Por ejemplo el presidente Bush firmó en el 2004 el *Unborn Victims of Violence Act*¹⁹ esa ley federal *de facto* extiende el concepto jurídico de persona al afirmar que el feto (al que llama niño en el vientre materno) es un miembro de la *especie humana*²⁰ todo eso en un contexto criminal²¹.

De hecho existen varios proyectos en el Congreso de Estados Unidos en el 2017 donde se va abriendo el espacio para la comprensión del *nasciturus* como persona, sujeto de derechos; nos referimos al proyecto del Senado HR 36 para enmendar el title 18 cuya finalidad es “to protect paincapable unborn children”; También está el proyecto HR 586 de la Cámara de Representantes donde se afirma que la “human life shall be deemed to begin with fertilization”; y el proyecto del Senado HR 147 para “prohibit discrimination against the unborn on the basis of sex or race”, este último proyecto se ve reflejado en el art. 8 de esta propuesta legislativa²².

Por eso por todo lo anterior recomiendo la aprobación del proyecto ya que está dentro de los parámetros legítimos constitucionales y supondrá un gran beneficio tanto para la madre como para el niño por nacer.

Lic. Carlos Pérez Toro, STD, JD
Sacerdote Católico.

¹⁹ 18 U.S.C. § 1841, 10 U.S.C. § 919a

²⁰ “As used in this section, the term “unborn child” means a child in utero, and the term “child in utero” or “child, who is in utero” means a member of the species homo sapiens, at any stage of development, who is carried in the womb”

²¹ Cf April A. Alongi: “The unborn Victim of Violence act and its Impact on reproductive Rights”, Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice (Volume 15/1) art. 11 2008

²² Cf. Roberto Andorno, El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro, <http://muerte.bioetica.org/doc/doctrinal.htm>