

De vuelta al futuro¹: El propuesto Código Penal de 2011 para la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y la inconstitucionalidad del aborto según redactados en los artículos 99 y 100.

Ponencia

Rafael E. González Ramos *

INTRODUCCIÓN

El propuesto Código Penal de Puerto Rico del 2011² (CP 2011) trae consigo en sus artículos 99 y 100³ una redacción, a nuestro entender, inconstitucional según lo establecido en la jurisprudencia puertorriqueña y estadounidense. Ello ha sido heredado del Código Penal de Puerto Rico de 1974 (CP 1974) y el Código Penal de Puerto Rico de 2004 (CP 2004). Entendemos que, debido a que nos encontramos ante la discusión y creación de un nuevo Código Penal, éste sería el momento propicio para corregir dicha falla en nuestro ordenamiento y hacerlo cónsono con lo que han establecido las cortes puertorriqueñas y estadounidenses.

I. DEL ABORTO Y LA PROBLEMÁTICA DE SU REDACCIÓN A TRAVÉS DEL TIEMPO EN EL CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO.

A. Definición y breve trasfondo.

El aborto ha sido definido de varias maneras. DORA NEVARES- MUÑIZ lo define como “[I]a destrucción del producto de la concepción en un momento anterior al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por la destrucción o muerte en el vientre de la mujer embarazada”.⁴ Cónsonas con esa definición tenemos las de RAÚL SERRANO GEYLS y SANTOS ALFONSO SILVA SERNAQUÉ. SERRANO GEYLS quienes explican el aborto como “... la terminación de una preñez humana que no tenga el

¹ BACK TO THE FUTURE (UNIVERSAL STUDIOS, 1985). Traducción nuestra.

* Estudiante de tercer año, sección nocturna, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Miembro de la Junta Editorial del Volumen 3 del *University of Puerto Rico Business Law Journal* (UPR-BLJ). Las expresiones aquí presentadas no representan el sentir de la publicación ni de los otros miembros de la Junta de Editores ni del Cuerpo de Editores.

² P. del S. 2021, 16ta Asamblea Legislativa, 3ra Ses. Ord. (PR 2010), según radicado.

³ *Íd.*, art. , a la pág. 53.

⁴ DORA NEVARES-MUÑIZ, NUEVO CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO COMENTADO 154 (3ra ed. rev., 2008). Dicha definición también es citada por SANTOS ALFONSO SILVA SERNAQUÉ, DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, Tomo I 226 (1ra ed., 2007).

propósito de producir un nacimiento vivo o remover un embrión o feto muertos” .⁵ SILVA SERNAQUÉ, por su parte, lo describe como “... la interrupción violenta intencional del proceso de gestación de un feto o de una vida humana dependiente, ya sea extrayéndolo del vientre materno o destruyéndolo en él”.⁶ En resumidas cuentas, el aborto es una acción realizada con el propósito de terminar un embarazo previo al alumbramiento y/o previo a que la criatura se desprenda del seno materno. Según nuestro Código Civil (CCPR), una criatura se desprende del seno materno, y por ende se convierte en persona, desde el momento en que se corta el cordón umbilical y comienza a vivir por sus propios medios.⁷ Esto, en palabras de SERRANO GEYLS implica que

... (1) es persona el “ser humano”(persona natural) sin atributos o características diferenciadores, aunque hay también personas jurídicas o morales reconocidas en el Derecho; (2) el ser humano tiene “personalidad y capacidad jurídica”determinadas por el nacimiento; (3) el “nacido”lo es sólo si vive “completamente desprendido del seno materno” y habrá que probar ese hecho por los medio ordinarios o científicamente, aunque no se exige, como en otras legislaciones, un periodo de vida (24 o 48 horas); (4) no se consideran “personas”el natimuerto ni el concebido pero no nacido ... y (5) se ha eliminado el ya innecesario requisito de “figura humana” ...⁸

Continúa, SERRANO GEYLS, explicando que el aborto era aceptado desde la época greco-romana y no fue hasta mediados del siglo 19 que se eliminó y se aumentaron las penas. En los Estados Unidos de América (EUA) se utilizó el criterio de viabilidad hasta mediados del siglo 19. Un aborto provocado durante las primeras 18 semanas no era sancionado por la ley. Cuando se practicaba con el propósito de salvaguardar la seguridad y salud de la madre, tampoco era sancionado. A partir del 1950 gran parte de los estados en los EUA prohibían el aborto, excepto si se realizaba para salvar la vida de la madre. Ya a partir de la década de los 1970, la visión de una “prohibición” del aborto comenzó a cambiar. El American Health Association adoptó el criterio de “el mejor interés del paciente” y proclamó que la ética médica no prohibía el aborto. Por otra parte, los estados de California y New York aprobaron leyes permitiendo el aborto, las cuales fueron adoptadas por otros estados. En 1971 se propuso el *Uniform Abortion Act*, el cual establecía un término de viabilidad de 20 semanas y añadía como causas permitidas para el aborto la violación y el incesto. Finalmente, el caso de *Roe v. Wade*⁹, en 1973,

⁵ RAÚL SERRANO GEYLS, DERECHO DE FAMILIA DE PUERTO RICO Y LEGISLACIÓN COMPARADA, Volumen II 1219 (1ra ed., 3ra. reimp, 2007).

⁶ S.A. SILVA SERNAQUÉ, *supra* nota 4, a la pág. 227.

⁷ CÓD. CIV. PR, arts. 24-26, 31 LPRA § 81-83. Véase: SERRANO GEYLS, DERECHO DE FAMILIA DE PUERTO RICO Y LEGISLACIÓN COMPARADA, Volumen I 44 (1ra ed., 3ra reimp., 2007). IVETTE RAMOS BUONOMO, DERECHO DE FAMILIA. CASOS, NOTAS Y PREGUNTAS 1 (2008).

⁸ R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 7, a la pág. 45.

⁹ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

estableció que el aborto estaba incluido dentro del derecho a la intimidad protegido por la constitución de los EUA.¹⁰

La postura en cuanto al aborto en Puerto Rico fue prohibirlo, quedando esto evidenciado en el texto de la Ley Núm. 135 de 15 de mayo de 1937¹¹, en los artículos 266-267 del CCPR¹² y el CP 1974 en los artículos 91 y 92¹³. Sin embargo en Pueblo v. Duarte¹⁴ el TSPR adoptó la interpretación del constitucional TSEUA.¹⁵

b. Derecho a la intimidad y el aborto.

El derecho a la intimidad queda protegido en la décimo-cuarta enmienda estadounidense y en la sección ocho, artículo dos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. La décimo-cuarta enmienda, similar a la sección diez artículo dos, se establece que no se violará el derecho del pueblo a la protección de su persona, así como sus residencias, papeles y efectos contra registros, incautaciones y allanamientos irrazonables.¹⁶ En la Constitución del ELA de Puerto Rico se puede fortalecer el contenido del artículo dos sección diez combinándola con la sección ocho, la cual establece que la dignidad del ser humano es inviolable.¹⁷ En el caso de Puerto Rico, según expresa José Julián Álvarez González, el derecho a la intimidad puede observarse de dos maneras:

- (1) el derecho a la intimidad como una manifestación de la autonomía de las personas para tomar decisiones básicas sobre asuntos de máxima importancia;
- (2) otros intereses de intimidad, como lo son el control de las personas sobre la información que de ellas tiene el Estado u otras personas, sus comunicaciones, su cuerpo y sus pensamientos.¹⁸

Ahora bien, el Tribunal supremo de los Estados Unidos de América (TSEUA) ha determinado que el derecho a la intimidad reconocido y garantizado en la décimo-cuarta enmienda de la Constitución de los EUA es lo suficientemente amplio para cobijar el aborto.¹⁹ Este derecho a la intimidad, según SERRANO GEYLS no es uno absoluto e,

¹⁰ R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a la pág. 1220.

¹¹ 33 LPRA §§1051 y 1052.

¹² Cód. Civ. PR, arts. 266 y 267, §§

¹³ Cód. Pen. PR, 33 LPRA §§1051 y 1052 (1974). Derogado.

¹⁴ Pueblo v. Duarte Mendoza, 109 DPR 598 (1980).

¹⁵ R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a la pág. 1220.

¹⁶ Véase: CONST. PR., ART. II §10, CONST. EU, ENM. XIV.

¹⁷ CONST. PR, ART. II §8.

¹⁸ JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS. CASOS Y MATERIALES 695 (1ra ed., 2010).

¹⁹ Véase: Roe v. Wade, 410 US a la pág. 154; Dora Nevares- Muñiz, Yanira Sierra Ramos y Giovanna Gómez Berríos, Estudios comparados de códigos penales. Parte Especial. *Delitos contra la vida, aborto*. Documento de trabajo preparado para la Comisión de lo Jurídico del Senado, noviembre de 2002, a la

interpretando el normativo *Roe v. Wade*, establece “está limitado por los importantes intereses del Estado de salvaguardar la salud de la madre, mantener las normas médicas y proteger la vida potencial del feto...”.²⁰ Para ello se estableció un plan de trimestres el cual se divide del siguiente modo: durante el **primer trimestre**, la decisión de abortar se deja a la mujer y a su médico, sin intervención alguna del Estado; durante el **segundo trimestre** con el propósito de salvaguardar la salud y seguridad de la madre, al Estado se le permite reglamentar razonablemente el procedimiento de aborto y; durante el **tercer trimestre**, con el propósito de salvaguardar la potencialidad de la vida por nacer, el estado puede reglamentar, e incluso prohibir, la práctica del aborto, excepto en instancias donde éste sea necesario para proteger la vida o la salud de la madre.²¹ Sin embargo, en *Planned Parenthood of South P.A. v. Casey* el TSEUA reevaluó lo establecido en *Roe v. Wade* y dispuso que:

(1) el Estado tiene interés legítimo en proteger la salud de la madre y la salud del feto durante todo el embarazo y no solo en el tercer trimestre; (2) se descarta el sistema de trimestres porque no era parte esencial de *Roe* y (3) en su lugar se establece la doctrina de “carga indebida” (*undue burden*) que se explica como “una regla del Estado que tenga el propósito o el efecto de colocar un obstáculo sustancial en el camino de la mujer que procura el aborto de un feto no viable”.²²

El TSEUA también consideró que las siguientes limitaciones y reglamentaciones para con el proceso de aborto eran constitucionalmente permitidas: (1) tanto el médico como el Estado pueden proveer información acerca del aborto y sus procedimientos a una madre que se vaya a practicar el mismo, siempre que la información sea verídica, así como requerir un consentimiento escrito a la madre para llevar a cabo el mismo;²³ (2) el Estado puede requerir un periodo de veinticuatro (24) horas entre el momento de que la madre ofrece el consentimiento y el momento en que se va a practicar el aborto; (3) Estado puede exigir algún tipo de informe a las instituciones que realicen abortos; (4) en el caso de personas menores de edad, se puede requerir el consentimiento de uno o ambos padres, siempre que, en caso de negativa, se le ofrezca a la menor una vía judicial para

pág. 1 citado por SILVA SERNAQUÉ, *supra* nota 3, a la pág. 227. J.J. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 18, a la pág. 697. R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a la pág. 1221.

²⁰ R. Serrano Geyls, *supra* nota 5, a la pág. 1221.

²¹ *Roe v. Wade*, 410 US a las págs.164-165 . R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a las págs. 1221-1222.

²² R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a la pág. 1222. Véase: *Planned Parenthood of South P.A. v. Casey*, 505 US a las págs. 846 (sobre el interés del estado en la protección de la madre), 872 (El TSEUA descarta el uso de los trimestres, por entender que no es necesario para proteger el derecho de la mujer a escoger el aborto o preservar la vida del feto), 877 (discute el concepto del “undue burden” o carga indebida a los efectos de que pueda considerarse como un impedir u obstaculizar la decisión de una mujer sobre el aborto).

²³ *Planned Parenthood of South P.A. v. Casey*, 505 US 833 a la pág. 882.

obtenerlo²⁴; (5) el estado no está obligado a ofrecer fondos ni facilidades públicas a las personas que deseen realizarse un aborto; (6) el Estado puede reglamentar los tipos de aborto que se practiquen dentro de sus respectivas jurisdicciones, siempre que no imponga una carga indebida sobre la madre y que se impongan limitaciones en casos de emergencia; (8) que el Estado requiera un estudio de viabilidad del feto para determinar si se puede abortar o no. En caso de que se quiera abortar cuando es viable, puede requerir autorización médica. Por otra parte, el Estado (9) está facultado para requerir que dichos procedimientos sean realizado por personal médico calificado y licenciado. En cuanto a las mujeres casadas, entendemos, al igual que SERANO GEYLS, que el TSEU le quitó el poder del veto al marido en caso de que la esposa decida abortar pero, y contrario a lo interpretado por SERRANO GEYLS, entendemos que el TSEUA no permite que se obligue a la mujer a informarle de su intención al marido, por esto representar una carga indebida a la mujer.

En el caso de Puerto Rico Nuestro TSPR, en Pueblo v. Duarte Mendoza, adoptó el criterio constitucional establecido por el TSEUA, otorgándole una factura más ancha y extendiendo el criterio del primer semestre a todo el proceso del embarazo. Es decir, son la madre y el médico quienes, durante todo el proceso, pueden determinar si debe practicarse el aborto, sin que medie la intervención indebida del Estado. Además se determinó que

(1) el juicio del médico debe prevalecer; (2) para los efectos del juicio clínico del médico, la ley no distingue entre pacientes mayores o menores de edad; (3) los padres no tienen un veto absoluto sobre la decisión de los menores de edad...²⁵

y que para intervenir con un menor hay que probar que el mismo carece de madurez y/o sufre de alguna condición que le impida tomar la decisión.²⁶

c. La inconstitucionalidad de los arts. 99 y 100 del CP 2011, arts. del CP de 2004 y arts. y del CP 1974.

²⁴ Generalmente, el tribunal tomará en consideración si la menor es lo suficientemente madura y/o si fue abusada sexualmente. R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a la pág. 1222. Véase: Ohio v. Akron Ctr. for Reproductive Health, 497 US 502 (1990), a las págs. 510-511, Bellotti v. Baird, 443 US 622 (1979), a las págs. 643-644, Pueblo v. Duarte Mendoza, 109 DPR 596 (1980). Aun cuando la jurisprudencia no ha definido lo que es una mujer madura, se ha tomado en consideración, si está bien informada, la edad, la educación, la consideración de otras alternativas, la búsqueda de asesoramiento en otros adultos y la práctica previa de abortos. R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a las págs. 1223-1224.

²⁵ R. SERRANO GEYLS, *supra* nota 5, a la pág. 1223. Pueblo v. Duarte Mendoza, 109 DPR a las págs. 609 (el juicio del médico debe prevalecer), 610 (la ley no hace una distinción entre la mayoría y la minoría de edad para efectos del juicio médico), 611 y 631 (los padres no pueden tomar una decisión absoluta sobre la decisión de una menor en cuanto a su derecho al aborto).

²⁶ *Íd.*

Entendemos, a raíz de lo expuesto anteriormente, que la redacción de los artículos 99 y 100 del CP 2011 resulta inconstitucional, debido a que expresamente prohíben, de modo absoluto, la práctica del aborto en Puerto Rico. Para ilustrar el punto veamos su redacción. El artículo 99 establece que

Toda persona que permita, indique, **aconseje, induzca** o practique un aborto, o se proporcione, facilite, administre, prescriba o haga tomar a una mujer embarazada cualquier medicina, droga o sustancia, o que utilice o emplee cualquier instrumento u otro medio con intención de hacerla abortar, y toda persona que **ayude a la comisión de dichos actos**, salvo indicación terapéutica hecha por un médico debidamente autorizado a ejercer la medicina en Puerto Rico, con vista a la conservación de la salud o vida de la madre, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de dos (2) años.²⁷

El artículo 100, por su parte, establece que

Toda mujer que procure de cualquier persona alguna medicina, droga o sustancia, y la tome, o que se someta a cualquier operación o cualquier otra intervención quirúrgica o a cualquier otro medio, con el propósito de provocarse un aborto, excepto el caso de que fuere necesario para salvar su salud o su vida, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de dos (2) años.²⁸

En el artículo 99 podemos observar que se prohíbe el hecho de que alguien **oriente u aconseje** a una mujer a provocarse el aborto, o que permita dicha práctica, independientemente si la información que provee es correcta o no. Ello va en contra de lo establecido por el TSEU en *Planned Parenthood of South P.A. v. Casey*, donde se permite orientar a la madre sobre la práctica del aborto, siempre que la información que se provea sea correcta. Por otra parte, el hecho de permitir o no que una mujer se practique un aborto iría en contra del derecho a la intimidad reconocido por el TSEUA desde *Roe v. Wade* y lo establecido por el TSPR en *Pueblo v. Duarte Mendoza*. Entendemos que lo que realmente se quiso establecer en este artículo fue una prohibición a la práctica de abortos ilegales, lo cual debería constar expresamente en el mismo y no de manera ambigua como ocurre en la actualidad. El artículo 100 del CP 2011, por su parte, constituye una violación al derecho a la intimidad reconocido en *Roe v. Wade* dado que prohíbe expresamente, y de modo categórico y absoluto, el que una mujer pueda elegir practicar un aborto. Mas aún, va contra lo establecido en *Pueblo v. Duarte Mendoza*, donde se establece que la madre puede realizar un aborto durante todo el

²⁷ P. del S. 2021, art. 99 “Aborto”, a la pág. 53. Énfasis suplido.

²⁸ *Íd.* art. 100.

embarazo, tal como si fuere el primer trimestre. Entendemos que este último planteamiento podría atemperarse al criterio de “viabilidad” o “potencialidad” establecido por el TSEUA en *Planned Parenthood of South P.A. v. Casey*.

No estaría completa esta discusión sin presentar las versiones anteriores de los incisos concernientes al aborto dentro de nuestra jurisdicción en los Códigos Penales anteriores al propuesto por el P. del S. 2021. Así, pues observamos que los equivalentes de los artículos antes mencionados son, en el CP 2004 los artículos 111 y 112 y en el CP 1974 los artículos 91 y 92.²⁹ El texto de las disposiciones equivalentes en el CP 2004 y el CP 1974 son exactamente iguales a las propuestas en el CP 2011, aun cuando *Roe v. Wade* se resolvió en 1973.

D. Opciones para reglamentar el aborto de manera constitucional.

Ya señalada la inconstitucionalidad de los artículos 99 y 100 del CP 2011, entendemos que sin soluciones ofrecidas sólo nos convertimos en parte del problema. Tanto la jurisprudencia del TSEUA como la del TSPR nos permite:

1. Informar a la madre la naturaleza de los procedimientos de aborto, siempre que la misma sea verídica.
2. Requerir consentimiento escrito de parte de la madre para poder practicar el aborto.
3. Imponer un término de veinticuatro (24) horas entre la orientación, la entrega del consentimiento informado y la práctica del aborto.
4. En el caso de menores de edad, podrá requerir consentimiento expreso de los padres siempre que se le provea a la menor una vía judicial en caso de que los padres se opongan.
5. Requerir un estudio de viabilidad del feto previo a practica del aborto. A esto hay que añadirle la excepción de que el aborto puede realizarse, aún siendo viable, con el propósito de salvaguardar la vida de la madre.
6. Reglamentar los tipos de aborto utilizados dentro de la jurisdicción, siempre que no impongan una carga onerosa a la madre. En cuanto a este inciso, entendemos que es poco práctico, dado que va a ser difícil establecer que el prohibirle a la madre seleccionar un tipo de aborto sobre otro no constituye una carga indebida.
7. Requerir que el procedimiento sea practicado por un médico debidamente licenciado en nuestra jurisdicción.
8. Requerir a las instituciones que realicen abortos informes acerca de su práctica.

²⁹ Cód. PEN. PR, arts. 111 y 112, §§ 2004. Cód. PEN. PR, arts. 91 y 92, §§ 1051 y 1052. Derogado.

Entendemos que el aborto legal, sin embargo, debe estar reglamentado por una ley especial a esos fines, mientras que el aborto ilegal es el que debe estar tipificado como delito en el Código Penal.

CONCLUSIÓN

El aborto, según redactado en el propuesto CP 2011, e históricamente en el CP 2004 y el CP 1974, es totalmente inconstitucional, debido a que interfiere directamente con la decisión de abortar de la mujer, resguardada por el derecho constitucional a la intimidad. Ello interfiere con este derecho reconocido en *Roe v. Wade*.. Sin embargo, según entendemos, la intención del texto era prohibir los abortos ilegales, pues van en contra del interés legítimo del Estado en proteger la salud y seguridad de la madre ante cualquier eventualidad negativa en el proceso de aborto. Asimismo, consideramos que fuentes externas al proceso legislativo han influido para que el texto permanezca con la mencionada redacción inconstitucional. Entendemos la preocupación de nuestros legisladores en representar a sus constituyentes pero ¿vale la pena mover toda la maquinaria judicial para decretar inconstitucional un estatuto que claramente lo es según está redactado? Por otra parte, ¿sería viable movilizar la maquinaria judicial cuando el problema puede ser resuelto ahora, cuando se está redactando y discutiendo un nuevo Código Penal? Proponemos, pues, arreglar la redacción de los artículos 99 y 100 del CP de 2011 de modo que cumpla con los requisitos constitucionales de rigor.