

LA NECESIDAD DE IMPLANTAR EL DERECHO AL ABORTO A TRAVÉS DE LA AUTOGESTIÓN POLÍTICA

ARTÍCULO

TATIANA MELÉNDEZ GARCÍA*

INTRODUCCIÓN.....	672
I. TRASFONDO SOBRE EL DERECHO AL ABORTO.....	673
A. <i>Breve historia del derecho al aborto en Estados Unidos</i>	673
B. <i>El camino a la revocación de Roe v. Wade: Cambios jurisprudenciales en el derecho al aborto en Estados Unidos</i>	675
i. <i>Doe v. Bolton</i> y el requisito de aprobación de un panel de médicos.....	676
ii. <i>Bellotti v. Baird</i> y la necesidad de obtener la aprobación parental o judicial	676
iii. <i>Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey</i> y la noción de “carga indebida”	677
iv. <i>González v. Carhart</i> y el aborto parcial.....	678
v. <i>Whole Woman’s Health v. Hellerstedt</i> y el efecto de la carga indebida.....	678
C. <i>El trasfondo del derecho al aborto en Puerto Rico</i>	679
i. Antecedentes jurídicos al derecho al aborto.....	679
ii. Base del derecho al aborto en Puerto Rico: la factura más ancha de <i>Pueblo v. Duarte Mendoza</i>	681
II. CRÍTICA A ROE V. WADE: DEBIDO PROCESO DE LEY SUSTANTIVO, PELIGROS DEL ACTIVISMO JUDICIAL Y ARGUMENTOS A FAVOR DEL DERECHO AL ABORTO DESDE LA IGUALDAD DE GÉNERO.....	682
A. <i>Debido proceso de ley sustantivo como base del derecho al aborto</i>	682
B. <i>Activismo judicial y su rol en el funcionamiento de nuestro sistema democrático de gobierno</i>	684
C. <i>Reconocimiento del derecho al aborto bajo el argumento de la igual protección de las leyes y su poder persuasivo</i>	686
D. <i>Enfoque en justicia reproductiva como manera de adelantar el movimiento pro-aborto</i>	988
III. DERECHO AL ABORTO: LA AUTOGESTIÓN POLÍTICA COMO VEHÍCULO DE PROGRESO SOCIAL	690

* Estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; Redactora de In Rev del Volumen 91 y Redactora de la Revista Tradicional del Volumen 92 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Posee un B.A. en Ciencias Políticas de Iowa State University. La autora quiere expresar su agradecimiento a su familia por todo el esfuerzo, sacrificio y apoyo. Gladys, José, Sofía y Nereida, gracias por ser y siempre estar. De igual forma, la autora quiere agradecer al Profesor Alvin Padilla Babilonia y a Noelís Guzmán Saez, Jefa de Redactores de la Revista, por su gran ayuda en la redacción y elaboración de este escrito.

A.	<i>Panorama legal en Estados Unidos y Puerto Rico luego de Dobbs v. Jackson: intentos de restringir el aborto</i>	690
i.	<i>Trigger Laws</i> en los Estados Unidos	690
ii.	Proyectos de ley antiaborto en Puerto Rico	691
iii.	Necesidad de la autogestión política para combatir las restricciones al aborto	693
B.	<i>Impacto de la movilización política y necesidad de proteger el derecho al aborto más allá de la rama judicial: el problema de las victorias legales desde la judicatura</i>	694
C.	<i>La autogestión política y el derecho al aborto</i>	696
IV.	DERECHO COMPARADO: EJEMPLOS DE IRLANDA Y ARGENTINA	697
A.	<i>El derecho al aborto en Irlanda</i>	697
B.	<i>Derecho al aborto en Argentina</i>	701
	CONCLUSIÓN.....	702

INTRODUCCIÓN

*“Fight for the things that you care about but do it in a way that will lead others to join you”.*¹

–Ruth Bader Ginsburg

En el 24 junio de 2022, el Tribunal Supremo de Estados Unidos de América revocó el derecho constitucional al aborto en *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*.² Este derecho fue previamente establecido a través de la doctrina del debido proceso de ley sustantivo en el caso *Roe v. Wade*.³ La revocación de *Roe* causó una gran incertidumbre en diversas esferas del país, por lo que ha surgido la necesidad de movilizar las masas para elegir representantes que codifiquen legislativamente el derecho al aborto en cada estado. En ese sentido, la decisión de *Dobbs* creó la necesidad estatal de establecer el marco legal que se implantará sobre el aborto y delinear la manera en la que atenderán los diversos casos.

Estas decisiones legales al aborto limitan la autonomía de las mujeres y las personas gestantes, obstaculizando la toma de decisiones sobre el curso de sus vidas. Como consecuencia, se restringe sus capacidades para disfrutar de su ciudadanía en equidad. Por tal razón, el poder que históricamente tuvo el Tribunal Supremo de Estados Unidos para expandir libertades debe ser ejercido por el poder legislativo. Para abordar este problema,

¹ Alanna Vagianos, *Ruth Bader Ginsburg Tells Young Women: ‘Fight for the Things You Care About’*, HARV. RADCLIFFE I. (2 de junio de 2015), <https://www.radcliffe.harvard.edu/news-and-ideas/ruth-bader-ginsburg-tells-young-women-fight-for-the-things-you-care-about>.

² *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 142 S.Ct. 2228 (2022).

³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

presento un análisis crítico de *Roe* y propongo establecer el derecho al aborto a través de la autogestión política desde la perspectiva de justicia reproductiva. Además, examinaré cómo la revocación de *Roe* debe servirnos de ejemplo en Puerto Rico para promover nuestra participación política como ciudadanos —no sólo para proteger el derecho al aborto, sino también para establecer y proteger derechos que como sociedad consideramos fundamentales.

En la Parte I de este artículo, intento proveer un breve trasfondo histórico del derecho al aborto, tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico. En la Parte II, presento una crítica a la decisión en *Roe* para exponer una mejor comprensión del derecho al aborto al promover la justicia reproductiva, una de sus manifestaciones siendo el movimiento *pro-choice*. En la Parte III, establezco cómo el derecho al aborto debe ser implantado en Puerto Rico a través de la autogestión política, presentado una visión de justicia reproductiva como mecanismo conciliador entre el movimiento provida y proaborto. En vez de movilizar propuestas que lleven a la criminalización del aborto, debemos legislar para mejorar la calidad de vida de las mujeres y personas gestantes que sí deseen procrear.

I. TRASFONDO SOBRE EL DERECHO AL ABORTO

A. Breve historia del derecho al aborto en Estados Unidos

Para comprender la disputa del aborto, es necesario conocer su historia. A principios del siglo XIX, el aborto era legal en Estados Unidos hasta el “*quickenning*” o la vivificación, cuando la madre o persona gestante puede sentir el movimiento fetal.⁴ Ante la ley, el feto era considerado una extensión de la persona gestante y no una entidad separada de esta.⁵ En este escenario, el movimiento antiaborto surge como un mecanismo creado por médicos para regular el campo de la medicina.⁶ Inicialmente, el movimiento antiaborto no estaba dirigido a atender temas morales, ni religiosos como ocurre actualmente, sino que tenía un propósito regulatorio.⁷ Hasta este momento, el aborto era visto como un área delegada completamente a las mujeres, porque las encargadas de proveer estos servicios eran parteras con conocimientos particulares sobre hierbas que usualmente eran compartidos generacionalmente.⁸ La composición racial de estas parteras eran diversas entre mujeres negras, blancas e indígenas.⁹ No obstante, luego de la abolición de la esclavitud en Estados Unidos, las parteras negras comenzaron a considerarse una competencia para los hombres blancos que tenían intención de practicar la obstetricia.¹⁰ Los hombres ginecólogos me-

4 Annalies Winny, *A Brief History of Abortion in the U.S.*, HOPKINS BLOOMBERG PUBLIC HEALTH (26 de octubre de 2022), <https://magazine.jhsph.edu/2022/brief-history-abortion-us> (traducción suplida).

5 *Id.*

6 *Id.*

7 *Id.*

8 *Id.*

9 Michelle Goodwin, *The Racist History of Abortion and Midwifery Bans*, ACLU (1 de julio de 2020), <https://www.aclu.org/news/racial-justice/the-racist-history-of-abortion-and-midwifery-bans>.

10 *Id.*

nospreciaban el trabajo de las parteras por considerarlas carentes del entrenamiento de la profesión médica y por estas no contar con los instrumentos innovadores o el acceso para proveer sus servicios dentro de los hospitales.¹¹

Por lo anterior, se comenzó a propagar campañas racistas y machistas diseñadas para reformar legalmente la profesión de la obstetricia. Estas aludían a la ineffectividad, poca higiene, barbarie y peligrosidad de las parteras negras.¹² Más aun, los ginecólogos de la época no dudaron en revelar que el motivo detrás de esta campaña era la obtención de reconocimiento, ganancia financiera y dominio completo de la profesión.¹³ Para alcanzar estos objetivos, intentaron excluir a las mujeres del campo de salud reproductiva por medio del cabildeo dentro de las legislaturas estatales en aras de promover medidas legislativas que prohibieran la utilización de parteras y del procedimiento de aborto.¹⁴ Así, no solo se afectó el bienestar reproductivo de muchas mujeres al limitarles el acceso al servicio de salud, sino también que apartó a mujeres, muchas de ellas negras, fuera del campo de la medicina.¹⁵ En efecto, la educación ‘formal’ requerida por la profesión era inaccesible para estas parteras y, consecuentemente, quedaron completamente excluidas de proveer sus servicios. Además, en el 1857, la Asociación Americana de Doctores (AMA, por sus siglas en inglés) comenzó una campaña antiaborto la cual sostenía que la vida comenzaba al momento de la concepción y no en el *quickening*.¹⁶ Dicha campaña fue exitosa del 1860 al 1880, pues impulsó múltiples leyes antiaborto a través de Estados Unidos.¹⁷

Sin embargo, para finales del siglo XIX y principios del XX continuaba la práctica de abortos. Durante ese periodo el aborto era ilegal en la mayoría de los estados y territorios, pero los doctores bajo su propia discreción llevaban a cabo el procedimiento “fuera de récord”.¹⁸ Esta libertad dentro de la práctica de la medicina fue restringida al final de la Segunda Guerra Mundial con la imposición del ideal de los roles de género que se promulgó durante los 1940s y 1950s.¹⁹ En ese periodo muchos de los médicos que realizaban procedimientos abortivos fueron procesados criminalmente, aumentando así los abortos caseros.²⁰ Para el 1965, se reportó que 17% de las muertes atribuidas a embarazos o nacimientos eran a causa de la práctica ilegal del aborto.²¹ Sin embargo, en la década del 1960 un brote de rubéola provocó una inicial liberalización en las leyes de aborto.²² Si una mujer se contagiaba con rubéola durante su embarazo, el feto tenía altas probabilidades de nacer

11 *Id.*

12 *Id.*

13 *Id.*

14 Winny, *supra* nota 4.

15 *Id.*

16 *Id.*

17 *Id.*

18 *Id.* (traducción suplida).

19 *Id.*

20 *Id.*

21 Rachel Benson Gold, *Lessons from Before Roe: Will Past Be Prologue?*, GUTTMACHER I. (1 de marzo de 2003), <https://www.guttmacher.org/gpr/2003/03/lessons-roe-will-past-be-prologue>.

22 Leslie J. Reagan, *Rashes, Rights, and Wrongs in the Hospital and in the Courtroom: German Measles, Abortion, and Malpractice Before Roe and Doe*, 27 LAW & HIST. REV. 241 (2009).

con defectos congénitos.²³ Esto causó que las autoridades médicas promovieran abortos terapéuticos.²⁴ No obstante, el acceso a este tipo de aborto era restringido y, como continúa ocurriendo, las mujeres pudientes fueron las que mayormente se beneficiaron de esta liberalización.²⁵ De hecho, las mujeres con recursos económicos instaron acciones legales en la corte para ampliar su acceso a abortos dentro de los hospitales.²⁶ Como consecuencia, muchas mujeres obtuvieron aprobación médica para someterse a un aborto, pues demostraron que el embarazo las colocaba en peligro su salud física o mental.²⁷ Estas disputas legales sentaron base para diversas reformas a favor del aborto y abrieron paso a la decisión de *Roe* en 1973. Durante la época de este pronunciamiento, el aborto era legal en 17 estados, y no solo se consideraba el bienestar físico de la mujer, sino que en muchos estados también se tomaba en consideración el bienestar psicológico de la misma.²⁸

B. El camino a la revocación de Roe v. Wade: Cambios jurisprudenciales en el derecho al aborto en Estados Unidos

Históricamente, el caso de *Roe* era considerado como una de las determinaciones más progresivas y emblemáticas del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Este caso cuestionó una ley del estado de Texas que criminalizaba todo aborto que no se llevara a cabo para salvar la vida de la mujer embarazada.²⁹ El foro supremo declaró inconstitucional la ley y reconoció que el derecho a la intimidad incluía el derecho de la mujer a decidir si terminar su embarazo.³⁰ En la determinación, el Tribunal Supremo concluyó que el Estado no podía interferir con la decisión de una mujer de someterse a un aborto a menos que tuviese un interés apremiante que justificara su reglamentación.³¹ Entre los intereses apremiantes reconocidos por el Tribunal Supremo estaba el proteger al feto luego de la viabilidad.³² A pesar de ello, el derecho al aborto se extendía a las mujeres para preservar la vida o la salud de la mujer embarazada.³³ El esquema de análisis de *Roe* fue dividido en trimestres y se analizó de la siguiente forma: en el primer trimestre, la decisión de terminar el embarazo recaía completamente en la mujer y en el tratamiento que esta hubiese acordado con su médico; en el segundo trimestre, el Estado podía regular el procedimiento para preservar la salud de la mujer; en el tercer trimestre, se podía regular o prohibir, excepto cuando el procedimiento abortivo fuese necesario, conforme al criterio médico, para preservar la vida o la salud de la mujer embarazada.³⁴

23 *Id.* en la pág. 242.

24 *Id.* en la pág. 241.

25 *Id.* en la pág. 262.

26 *Winny, supra* nota 4.

27 *Id.*

28 *Id.*

29 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 116 (1973).

30 *Id.* en la pág. 154.

31 *Id.* en las págs. 154-56.

32 *Id.* en las págs. 163-64.

33 *Id.*

34 *Id.* en las págs. 164-65.

i. *Doe v. Bolton* y el requisito de aprobación de un panel de médicos

Paralelamente con *Roe*, el Tribunal evaluó el caso de *Doe v. Bolton* en el cual declaró inconstitucional una ley del estado de Georgia que prohibía los abortos, excepto (1) cuando fuesen necesarios para preservar la vida o la salud de la mujer; (2) cuando el embarazo fuese producto de agresión sexual, o (3) cuando fuese probable que el feto naciese con defectos.³⁵ Entre otras cosas, esta ley intentó establecer que el aborto se llevaría a cabo en hospitales acreditados y que un comité del hospital, junto con un panel de médicos y el médico primario de la mujer, necesitarían dar su aprobación para iniciar el procedimiento.³⁶ El tribunal federal consideró todas estas restricciones como inconstitucionales por violar la cláusula 4 de la sección II de la Constitución de Estados Unidos al negarle servicios médicos a las personas.³⁷ Aquí podemos ver cómo el estado intenta crear obstáculos adicionales al derecho al aborto, consecuentemente complicando el acceso de la mujer a servicios de salud.

En 1975, el Tribunal Supremo resolvió el caso de *Bigelow v. Virginia*, cual evaluó el derecho de publicidad por medio de anuncios de las clínicas de aborto.³⁸ El Tribunal determinó que los estados no podían prohibir la divulgación de anuncios de las clínicas, pues tal prohibición violaba las garantías provistas por la Primera Enmienda de la Constitución.³⁹ Sin embargo, este caso no atendió el problema de justicia reproductiva ni expuso una teoría relacionada con la igualdad de género. Más bien, Virginia intentó restringir el conocimiento de las mujeres del estado a solo las opciones de cómo poder practicarse dicho procedimiento.

ii. *Bellotti v. Baird* y la necesidad de obtener la aprobación parental o judicial

Cuatro años después de *Bigelow*, el foro federal decidió el caso de *Bellotti v. Baird*.⁴⁰ Allí se declaró como inconstitucional una ley de Massachusetts que requería que mujeres menores de dieciocho años de edad obtuvieran el consentimiento de sus progenitores o del tribunal para poder realizar un procedimiento abortivo.⁴¹ El Tribunal sostuvo que esta inconstitucionalidad provenía de la transferencia de la mencionada decisión a los progenitores de la menor o a un juez, en vez de avalar la decisión de la persona embarazada, independientemente de su madurez o de que el aborto estuviese en su mejor interés.⁴² De esta forma, se intentó obstaculizar el acceso al aborto al requerir que un tercero aprobara la decisión de la persona menor de someterse al procedimiento. En última instancia, esa decisión estaría sujeta a la determinación hecha por un tercero y no por la mujer o persona gestante.

³⁵ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 182-83 (1973).

³⁶ *Id.* en la pág. 184.

³⁷ *Id.* en la pág. 200.

³⁸ *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).

³⁹ *Id.* en las págs. 824-25.

⁴⁰ *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979).

⁴¹ *Id.* en la pág. 351.

⁴² *Id.* en las págs. 649-51.

iii. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* y la noción de “carga indebida”

En 1992, hubo un retroceso en cuanto a la regulación del aborto. A pesar de sostener el precedente de *Roe*, la decisión del Tribunal Supremo en *Planned Parenthood v. Casey* lace-ró grandemente el derecho al aborto al abrir paso a cualquier legislación que lo restringiera siempre y cuando no fuese considerada como *carga indebida*.⁴³ Por primera vez, el Tribunal avaló un nuevo estándar para evaluar la validez de leyes que restringieran los abortos en Estados Unidos.⁴⁴

Casey se contextualiza de la siguiente forma: a principios de la década de los 1980, el estado de Pennsylvania cambió sus leyes abortivas para añadir restricciones a la manera en que se llevaban a cabo estos procedimientos médicos.⁴⁵ Entre los cambios propuestos por las leyes se encontraba un periodo de espera de 24 horas antes de poder recibir el trata-miento abortivo.⁴⁶ En muchas instancias, si una menor deseaba realizarse un aborto, esta requería el consentimiento de uno de sus padres.⁴⁷ En el caso de las mujeres casadas, se re-quería que estas notificaran a sus esposos.⁴⁸ Varios proveedores médicos demandaron y el tribunal de instancia determinó que la ley era inconstitucional.⁴⁹ En apelación, el Tribunal del Tercer Circuito validó todas las restricciones impuestas, excepto la del requerimiento de informar y adquirir el consentimiento de la pareja, previo al procedimiento abortivo.⁵⁰ Al tener que resolver esta controversia, el Tribunal Supremo demostró que el derecho al aborto seguía estando constitucionalmente protegido, pero cambió el marco legal sobre la forma en que se iban a evaluar las leyes que restringían el acceso al aborto.⁵¹

Casey, sin revocar a *Roe*, descartó la evaluación de los trimestres y adoptó el estándar de *carga indebida* para balancear el derecho de las mujeres al aborto con el derecho del Es-tado a proteger la vida potencial del feto.⁵² Siempre y cuando no existiera un obstáculo sus-tancial para la persona que buscaba realizarse un aborto antes de la viabilidad del feto, las restricciones eran permitidas.⁵³ No obstante, en algunas partes de la opinión se menciona el término sin hacer referencia al propósito. Esta vaguedad creó un vacío jurisprudencial al no proveer exactitud sobre los parámetros para determinar las instancias en que una regulación iba a ser considerada como una *carga indebida*. Al atender este asunto, los tri-bunales examinaron los hechos particulares de cada caso y llevaron a cabo una evaluación

⁴³ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁴⁴ Deepa Shivaram, *Roe Established Abortion Rights. 20 Years Later, Casey Paved the Way for Restrictions*, NPR (6 de mayo de 2022), <https://www.npr.org/2022/05/06/1096885897/roe-established-abortion-rights-20-years-later-casey-paved-the-way-for-restricti>.

⁴⁵ *Planned Parenthood*, 505 U.S. en la pág. 833.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.* en las págs. 833-34.

⁵² *Id.* en la pág. 837.

⁵³ *Id.*

exhaustiva para determinar si la ley en cuestión era tolerable o evidentemente gravosa para la persona que solicitaba un procedimiento abortivo.⁵⁴

iv. *González v. Carhart* y el aborto parcial

El criterio de *carga indebida* se diluyó aún más con el caso de *González v. Carhart*,⁵⁵ específicamente al momento de examinar cuánta deferencia se le debe conceder a las legislaturas estatales. En este caso, el Tribunal Supremo evaluó la *Ley de Aborto Parcial* firmada por el presidente George W. Bush en el 2003. Esta ley prohibía la práctica de dilación y evacuación intacta de fetos.⁵⁶ En su razonamiento legal, el Tribunal validó la ley al entender que la regulación solo creaba un mecanismo estructural por el cual el Estado podía expresar “respeto profundo por la vida del no nacido y un deseo de que las mujeres tomaran una decisión informada”, sin entorpecer el derecho de una mujer a obtener un aborto.⁵⁷ De acuerdo con la determinación, el propósito gubernamental era cónsono con el caso de *Casey*. Por otro lado, *Carhart* fue el primer caso relacionado al aborto que validó una ley estatal al declararla constitucional sin conceder una excepción a la salud de la mujer gestante.⁵⁸ No se tomó en consideración cómo esta imposición de ley pudiese afectar el bienestar de la mujer o persona gestante.

v. *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt* y el efecto de la carga indebida

El concepto del *obstáculo sustancial* se evaluó nuevamente en el 2016 con el caso de *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*,⁵⁹ en el cual se examinó el House Bill 2 de Texas cual intentaba restringir el acceso a clínicas de aborto dentro del Estado.⁶⁰ Se evaluaron específicamente dos restricciones: (1) el requisito del privilegio médico en la facilidad hospitalaria, y (2) el requisito de un centro quirúrgico ambulatorio.⁶¹ La primera restricción se justificó como un mecanismo estatal para asegurar que las mujeres tuviesen acceso a un hospital en el caso de que surgieran complicaciones médicas en el procedimiento abortivo.⁶² La segunda restricción se justificó bajo la necesidad de reducir los riesgos médicos del procedimiento abortivo.⁶³

La composición mayoritaria del Tribunal enfatizó que ninguna de las restricciones ofrecía algún beneficio a la salud de las mujeres.⁶⁴ La información médica que se presentó en el caso demostró que las complicaciones médicas en los procedimientos de aborto

54 *Id.*

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

56 *Id.* en la pág. 141; véase *Partial-Birth Abortion Ban Act*, Pub. L. No. 108-105, 117 Stat. 1201 (2003) (codificado en 18 U.S.C. § 1531 (2022)).

57 *Carhart*, 550 U.S. en la pág. 126.

58 *Id.*

59 *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 138 S. Ct. 2292 (2016).

60 *Id.* en la pág. 2296; véase *Act of July 12, 2013, 83d Leg., 2d C.S., ch. 1, 2013 Tex. Gen. Laws 5013*.

61 *Hellerstedt*, 138 S. Ct. en la pág. 2296.

62 *Id.* en la pág. 2298.

63 *Id.* en las págs. 2300-01.

64 *Id.* en las págs. 2318-19.

eran escasas y que en su mayoría ocurrían una vez que el paciente salía de las facilidades médicas.⁶⁵ Por lo tanto, el requerimiento de privilegios médicos y de centros habilitados quirúrgicamente no servían de mucha ayuda en estos casos.⁶⁶ Peor aún, la opinión detalló cómo estos requerimientos obstruían el acceso al aborto al obligar a un 75% de las clínicas en Texas a cerrar por incumplimientos con las regulaciones.⁶⁷ Estos cierres provocaron la necesidad de viajar largas distancias, en algunos casos hasta más de 200 millas para obtener tratamiento abortivo.⁶⁸ Este proceso evidentemente constituyó una *carga indebida* para las mujeres del estado.⁶⁹ Con este caso, el Tribunal Supremo trató de mitigar la posible confusión legal que existía sobre el estándar de la carga indebida. No obstante, el intento de aclarar el marco legal sobre el tema del aborto terminó proveyendo a la rama judicial una amplia discreción, dentro de un marco de costos y beneficios, para restringir el aborto.⁷⁰

Podemos percibir claramente cómo el Tribunal mantiene la incertidumbre sobre el tema del aborto al tratar de mantener el precedente de *Roe* con modificaciones mayores que surgieron con los intentos estatales de restringir este derecho. Esta incertidumbre provocó la necesidad de más intervención por parte de la legislatura para intentar proveer estabilidad y delinear el marco de protección que se le iba a proveer a las mujeres. Cada uno de los casos mencionados previamente ejemplifican como la falta de claridad jurisprudencial en cuanto al tema del aborto terminó limitando cada vez más el derecho al aborto hasta que eventualmente se revoca el derecho federal con *Dobbs*.

C. *Trasfondo del derecho al aborto en Puerto Rico*

i. Antecedentes jurídicos al derecho al aborto

En Puerto Rico, la facultad de establecer derechos sexuales y reproductivos para las mujeres está subordinado a la relación política y jurídica que tenemos con Estados Unidos.⁷¹ Puerto Rico ha sido definido en múltiples ocasiones como un territorio no incorporado que pertenece a la nación estadounidense, pero que no forma parte de la Unión.⁷² Esta doctrina se ha desarrollado y formulado claramente a través de los años en los reconocidos *Casos Insulares*.⁷³ Conforme al esquema constitucional de Estados Unidos, Puerto Rico está sujeto a los poderes plenarios del Congreso por virtud de la cláusula territorial de

65 *Id.* en las págs. 2302, 2315.

66 *Id.*

67 *Id.*

68 *Id.* en la pág. 2313.

69 *Id.* en la pág. 2318.

70 Véase *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 130 HARV. L. REV. 397 (2016).

71 Véase *Harris v. Rosario*, 446 U.S. 651 (1980); *Franklin California Tax Free v. Puerto Rico*, 805 F.3d 322 (1er Circ. 2015); *Pueblo v. Sánchez Valle*, 192 DPR 594 (2015).

72 Véase *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 756-59 (2008); *Torres v. Com. of Puerto Rico*, 442 U.S. 465, 468-71 (1979); *Balzac v. Porto Rico*, 258 U.S. 298, 304-14 (1922).

73 Véase *DeLima v. Bidwell*, 182 U.S. 1 (1901); *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244 (1901).

la Constitución.⁷⁴ El Tribunal Supremo federal ha decidido que las garantías constitucionales que se consideran fundamentales aplicarán a Puerto Rico *ex proprio vigore* por virtud de la Decimocuarta o de la Quinta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos.⁷⁵

A pesar de lo anterior, la judicatura de Puerto Rico cuenta con la facultad de resolver casos y controversias que versen sobre la inconstitucionalidad de una ley, un reglamento o una práctica gubernamental al amparo de la Constitución de Puerto Rico, y sus determinaciones tienen el valor de precedente. El Tribunal Supremo de Puerto Rico es el foro de mayor jerarquía, y tiene discreción para dejar sin efecto legislación contraria a los ideales constitucionales.⁷⁶ A diferencia de la Constitución de Estados Unidos, nuestra constitución contiene disposiciones esenciales que establecen el derecho a la dignidad, igualdad, libertad y protección contra la discriminación por razón de sexo.⁷⁷

Al igual que otros países, las mujeres en Puerto Rico han practicado abortos en respuesta a una necesidad social y en ejercicio de su autonomía personal.⁷⁸ Previo a *Roe*, en Puerto Rico existían clínicas clandestinas o encubiertas en las que comadronas y enfermeras proveían el servicio de terminación de embarazos.⁷⁹ El aborto estaba tipificado en el Código Penal, pero era conocimiento general en la época que pocos de estos casos se tramitaban.⁸⁰ El director médico de uno de los hospitales de la capital hizo un informe en el que estableció que “por lo menos 60% de los casos de pérdida de embarazos atendidos por el hospital eran el resultado de abortos inducidos”.⁸¹

En 1960, luego de la Revolución Cubana, se comenzaron a establecer clínicas por médicos cubanos en Puerto Rico, los servicios provistos por estos médicos anunciadas en las revistas y los periódicos de Estados Unidos.⁸² La información provista por estos médicos influyeron en las decisiones de mujeres norteamericanas de viajar a la Isla para recibir servicios abortivos.⁸³ Nuevamente, este tipo de clínica solo estaba disponible para las mujeres pudientes que podían costear los servicios, mientras que las residentes puertorriqueñas de escasos recursos recurrían a las mencionadas comadronas y enfermeras.⁸⁴ En este periodo se entiende que “el gobierno mostraba una actitud de *mirar para el otro lado*” en cuanto al tema del aborto, “en lugar de intervenir con los proveedores”.⁸⁵ El aborto en Puerto Rico se legalizó luego de la decisión de *Roe* y, en 1980, el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo la oportunidad de expresarse respecto a este derecho en el caso *Pueblo v. Duarte Mendoza*.⁸⁶

74 *Harris*, 446 U.S. en las págs. 651-52; *Franklin California Tax Free*, 805 F.3d en la pág. 337; *Sánchez Valle*, 192 DPR en la pág. 620.

75 *Torres*, 442 U.S. en la pág. 471 (1979).

76 *Tribunal Supremo*, PODER JUDICIAL, <https://poderjudicial.pr/tribunal-supremo/> (última visita 10 de mayo de 2023).

77 CONST. PR art II, §§ 1, 7.

78 PAOLA BERGALLO, ET AL., *EL ABORTO EN AMÉRICA LATINA* 410 (2018).

79 *Id.*

80 *Id.*

81 *Id.*

82 *Id.*

83 *Id.*

84 *Id.*

85 *Id.*

86 *Pueblo v. Duarte Mendoza*, 109 DPR 596 (1980).

- ii. Base del derecho al aborto en Puerto Rico: la factura más ancha de *Pueblo v. Duarte Mendoza*

Duarte Mendoza abordó la ley que penalizaba el aborto en Puerto Rico. El Tribunal Supremo puertorriqueño señaló que el caso de *Roe* era aplicable a la controversia, por lo que reconoció el derecho al aborto en Puerto Rico y estableció que esta práctica no constituía conducta delictiva.⁸⁷ Esta decisión revocó la convicción por el delito de aborto al médico acusado, quien le realizó un aborto a una joven de dieciséis años durante el primer trimestre de su embarazo.⁸⁸ Este caso reconoce el derecho al aborto en Puerto Rico bajo el ordenamiento jurídico puertorriqueño y provee un marco más amplio que el establecido por el foro federal para llevar a cabo el procedimiento. Esta determinación extendió el derecho al aborto a todo el periodo del embarazo, sin restricciones.⁸⁹ Además, reconoció el derecho al aborto a menores de edad con madurez suficiente para tomar la decisión, sin exigir el consentimiento de sus progenitores, y adoptó una definición amplia del concepto de salud, incluyendo la física y la mental de la persona gestante.⁹⁰ El Código Penal de Puerto Rico de 2012, enmendado en el 2014, aún contiene el lenguaje que se impugnó en *Duarte Mendoza*, por lo que la interpretación abarcadora expuesta en este caso sigue vigente.⁹¹ *Duarte Mendoza* visibiliza cómo las restricciones al aborto en Estado Unidos surgen para atender un interés económico de excluir a una población de practicar un procedimiento que por años se había practicado domésticamente. De igual manera, es esencial destacar cómo el esquema de trimestres establecido en *Roe* se adopta sin tomar en consideración el estado socioeconómico de las mujeres y personas gestantes.

La historia del aborto en Puerto Rico demuestra cómo el argumento de tradición social, mencionado en *Dobbs*, no es sostenible, ya que el mayor factor considerado en la regulación del aborto no ha sido de índole moral o tradición social, sino uno económico.⁹² Puerto Rico, por su estatus colonial, ha estado sujeto a las determinaciones jurídicas de Estados Unidos para regular el tema del aborto, pero con la revocación de *Roe*, Puerto Rico, al igual que el resto de los estados, ahora tiene la libertad de decidir cómo desea atender el tema del aborto a nivel local.

El profesor Hiram Meléndez Juarbe señala que, a través de los años, la Asamblea Legislativa aprobó nuevos códigos penales utilizando el mismo lenguaje que fue interpretado en *Duarte Mendoza*.⁹³ El Profesor entiende que la Asamblea Legislativa hizo suya la interpretación del Tribunal Supremo y la codificó en la redacción del Código Penal del 2004, y luego en el 2012.⁹⁴ Esto implica que la decisión legislativa de no hacerle cambios a la regu-

⁸⁷ *Id.* en la pág. 599.

⁸⁸ *Id.* en la pág. 598.

⁸⁹ *Id.* en la pág. 608.

⁹⁰ *Id.* en las págs. 607-10.

⁹¹ CÓD. PEN. PR art. 98, 33 LPRA § 5147 (2021).

⁹² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228 (2022).

⁹³ Daniel Rivera Vargas, *Protegido el aborto en Puerto Rico bajo el caso Pueblo v. Duarte*, MICROJURIS (24 de junio de 2022), <https://aldia.microjuris.com/2022/06/24/protegido-el-aborto-en-puerto-rico-bajo-el-caso-pueblo-v-duarte/>.

⁹⁴ *Id.*

lación del aborto ha sido intencional, logrando proteger este derecho no solo a través de la jurisprudencia, sino también a través de la legislación.⁹⁵ Debo recalcar que esto ha sido solo una de las muchas interpretaciones que se ha hecho sobre el tema luego de la decisión en *Dobbs*.⁹⁶ Es medular aclarar por la vía legislativa cualquier falta o vacío que pueda tener la jurisprudencia en Puerto Rico y el Código Penal actual. Existe mucho debate en cuanto a la vigencia de *Duarte Mendoza*, debido a que en este se menciona su adhesión al caso de *Roe*, a pesar de que opta por implementar el derecho al aborto de una forma distinta. Para disipar cualquier duda sobre este derecho, y para protegerlo adecuadamente, reitero que debemos actuar políticamente para que se crea legislación clara.

II. CRÍTICA A *ROE V. WADE*: DEBIDO PROCESO DE LEY SUSTANTIVO, PELIGROS DEL ACTIVISMO JUDICIAL Y ARGUMENTOS A FAVOR DEL DERECHO AL ABORTO DESDE LA IGUALDAD DE GÉNERO

A. Debido proceso de ley sustantivo como base del derecho al aborto

A la luz de la jurisprudencia, es evidente que, con el transcurrir del tiempo, los estados aprobaron medidas cada vez más restrictivas que debilitaron el derecho al aborto hasta eventualmente eliminarlo. Sin embargo, para explorar este postulado, quiero enfatizar cómo el Tribunal Supremo de Estados Unidos erró al justificar su decisión en *Roe* bajo el ideal del derecho a la intimidad. La ausencia en el texto constitucional del concepto de privacidad (*privacy*) dio paso a la creación jurisprudencial del derecho bajo las siguientes vertientes: la Primera Enmienda, la Cuarta Enmienda, la Decimocuarta Enmienda y las *penumbras* de la Carta de Derechos estadounidense.⁹⁷ Luego de reconocer y hacer referencia a las posibles estipulaciones constitucionales que pudiesen fundamentar el derecho a la privacidad, el Tribunal estableció una conexión entre este derecho a la privacidad y el derecho al aborto de la siguiente forma:

This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Véase Sofia Blasini Frontera, *La vigencia de Pueblo v. Duarte Mendoza: El derecho al aborto en Puerto Rico tras revocarse Roe v. Wade*, IN REV (10 de noviembre de 2022), <https://derecho.uprrp.edu/inrev/2022/11/10/articulo-la-vigencia-de-pueblo-v-duarte-mendoza-el-derecho-al-aborto-en-puerto-rico-tras-revocarse-roe-v-wade/>; R. Sánchez-Rivera, *Coloniality and Reproductive Coercion in Puerto Rico in Light of the End of Roe v. Wade*, SOC'Y FOR CULTURAL ANTHROPOLOGY (3 de octubre de 2022), <https://culanth.org/fieldsights/coloniality-and-reproductive-coercion-in-puerto-rico-in-light-of-the-end-of-roe-v-wade>; Adriana Díaz Tirado & José A. Delgado, "Intacto" el derecho al aborto en Puerto Rico pese a revocación de Roe v. Wade, EL NUEVO DÍA (24 de junio de 2022), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notas/intacto-el-derecho-al-aborto-en-puerto-rico-pese-a-revocacion-de-roe-vs-wade/>.

⁹⁷ Véase CONST. EE. UU. enms. I, IV, XIV; *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484-85 (1965).

*pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by childcare. There is also distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved.*⁹⁸

En esencia, la decisión en *Roe* se centró en: (1) determinar si la cláusula del debido proceso de ley encapsulaba derechos sustantivos que, a pesar de no estar explícitamente enumerados en la Constitución federal, debían ser protegidos, y (2) determinar si la libertad para terminar un embarazo durante los primeros tres meses era considerada un derecho sustantivo y, por lo tanto, ameritaba una protección. Para algunos críticos de *Roe*, la determinación y el proceso de evaluación judicial en este caso revive la noción del debido proceso sustantivo que se estableció en el caso *Lochner v. New York*.⁹⁹ Recordemos que la Era de *Lochner* constituyó una época en la que el Tribunal Supremo de Estados Unidos, utilizando el debido proceso de ley sustantivo, invalidó un sinnúmero de leyes estatales bajo la premisa de que la libertad de contratación era parte de la libertad individual protegida por la Decimocuarta Enmienda.¹⁰⁰ Dicha enmienda prohíbe que los estados priven a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin la garantía de un debido proceso de ley.¹⁰¹ En la actualidad, el pensamiento legal tiende a comparar la protección de la privacidad y la autonomía sexual establecida en *Roe* con la protección de derechos económicos establecida en *Lochner*.¹⁰² Ambos casos constituyen ejemplos, o intentos, de la Rama Judicial para instituir protecciones jurisprudenciales ideales en respuesta a cambios sociales de la época.¹⁰³ El foro federal en *Lochner* propició la promulgación de ideales capitalistas de libre mercado, y en *Roe* favoreció la autonomía y privacidad del cuerpo de las mujeres.¹⁰⁴

Finalmente, y esto tiene mayor relevancia en la palestra legal de Estados Unidos, debemos rechazar la noción de que el debido proceso de ley sustantivo, en sí mismo, es inherentemente malo cuando se establece un derecho judicialmente. El activismo judicial debe ser evaluado minuciosamente, pero decir que debe ser eliminado por completo es un error que pudiese causar la invalidación de derechos ya establecidos, tales como el derecho al matrimonio igualitario, el derecho a contraceptivos y el derecho a la autonomía sexual. Esta jurisprudencia debe mantenerse, a la par que protegemos estos derechos democráticamente para que no se repita lo que ocurrió con el derecho al aborto en *Roe*.

⁹⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973).

⁹⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁰⁰ Para un análisis sobre este tema, véase Barry Cushman, *Teaching the Lochner Era*, 62 ST. LOUIS U. L.J. 537 (2018).

¹⁰¹ CONST. EE. UU. enm. XIV.

¹⁰² Véase Thomas Colby & Peter J. Smith, *The Return of Lochner*, 100 CORNELL L. REV. 527 (2015).

¹⁰³ *Id.* en las págs. 529-30, 555.

¹⁰⁴ *Id.*

B. *Activismo judicial y su rol en el funcionamiento de nuestro sistema democrático de gobierno*

La autoridad del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha sido ejercida de diversas formas a través de los años y ha variado según la composición de los miembros de la judicatura. La tendencia a establecer derechos e interpretar expansivamente la Constitución por medio del activismo judicial, no es más que una manifestación de cómo ejercen su poder.¹⁰⁵ De hecho, tanto los jueces y las juezas liberales como los conservadores han practicado esta tendencia.¹⁰⁶ Dependiendo de la composición del Tribunal, la mayoría en el cuerpo judicial se inclina por argumentos legales y filosóficos para justificar su razonamiento en las diversas adjudicaciones.¹⁰⁷

La Era de *Lochner* se destacó por su visión conservadora y fue el primer periodo de activismo judicial.¹⁰⁸ El segundo periodo resultó ser uno liberal, en el cual se promulgó el pensamiento de restricción judicial.¹⁰⁹ Este periodo se extendió desde el establecimiento de lo que se conoce como “La Corte de Warren” durante la década de los cincuenta hasta el establecimiento de “La Corte de Rehnquist”, en la década de los setenta.¹¹⁰ El caso de *Roe* se decide bajo un Tribunal conservador que fue precedida por un periodo de rechazo rotundo a la jurisprudencia de *Lochner*.¹¹¹ Sin embargo, es importante mencionar que, a pesar de nacer de ideologías opuestas, ambos casos compartieron la misma base jurisprudencial que apoyaba la politización de la revisión judicial. Además, guardan similitud en aspectos de interpretación, pues están anclados al concepto de libertad establecido en la Constitución federal.

Históricamente, hemos visto un cambio en la extensión de la función judicial tanto en liberales como en conservadores. En la Era de *Lochner*, los conservadores apoyaron una mayor intervención judicial para proteger derechos económicos, mientras que los liberales se opusieron promoviendo la restricción judicial.¹¹² En la segunda era de activismo judicial, liderada esta vez por los liberales, el Tribunal utilizó la intervención judicial para proteger los derechos reproductivos, pero los conservadores manifestaron resistencia política y promovieron una visión restrictiva del Poder Judicial.¹¹³ No obstante, los liberales han defendido su activismo judicial, enfatizando una diferenciación entre el derecho a la libre contratación y el derecho de autonomía corporal.¹¹⁴ Por cierto, ha habido un esfuerzo de separar la utilización de la Decimocuarta Enmienda a favor de intereses económicos, como

¹⁰⁵ Noah Feldman, *Conservative Justices Are Walking Into Their Own Trap*, BLOOMBERG (30 de enero de 2022), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-01-30/supreme-court-conservatives-are-walking-into-roe-v-wade-trap?leadSource=uverify%2owall>.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

se hizo en *Lochner*, versus su utilización para proteger derechos individuales de dignidad y privacidad, como se comenzó a hacer bajo el liderazgo del juez presidente Earl Warren.¹¹⁵ Es aquí donde se ejemplifica el problema que existe con la liberalización del Poder Judicial.

En *Lochner* y en *Roe* podemos apreciar cómo, por medio del debido proceso de ley, se expande la cobertura constitucional y se crean derechos para responder a los cambios sociales emergentes y a los intereses económicos. Por un lado, con *Lochner* se trató de proteger a una minoría aventajada económicamente a través de la creación de jurisprudencia, sobreponiendo sus intereses sobre los de la clase trabajadora. Contrario a *Lochner*, en *Roe* el Tribunal Supremo federal responde a los cambios sociales emergentes de la mayoría. Pese a lo anterior, otorgar esta facultad al Poder Judicial puede convertirse en un arma de doble filo, pues podría causar un gran detrimento al balance constitucional de nuestra estructura republicana de gobierno.

El alcance de los derechos debe ser establecido primordialmente de forma democrática. Los tribunales no deben ser el ente principal que establezca derechos fundamentales, puesto que deben ser definidos por la ciudadanía a través de la Rama Legislativa. Sin embargo, debemos ser cuidadosos a la hora de criticar el activismo judicial, ya que pudiese ser una herramienta complementaria al funcionamiento de nuestra democracia. Este activismo puede ser un arma muy valiosa para promover la democracia cuando es utilizada para proveerle a grupos marginados políticamente una oportunidad de comunicarse y participar de nuestra sociedad al exponer sus reclamos en el foro judicial.¹¹⁶

El repudio a la jurisprudencia de *Lochner* intenta promover que la Rama Judicial le otorgue una deferencia a la Rama Legislativa sobre determinaciones económicas y sociales impuestas a través de legislación. Sin embargo, los casos modernos que abordan el debido proceso de ley sustantivo no intervienen en legislación económica o social. Según dos juristas, dicha jurisprudencia aborda temas de igualdad y libertad:

*In modern substantive due process cases, the Court was confronted with the freedom claims of those living under conditions of severe structural inequality. We can see that these conditions mattered to the Court in recognizing the claims to liberty. By showing that in responding to these claims, the Court relied on equality reasoning in its liberty analysis and that many members of the Court were prepared to recognize both liberty and equality claims, we see the ways in which the modern substantive due process cases implicate the kinds of concerns that justify judicial intervention . . . We also see the problem with drawing a strict clausal distinction—between due process and equal protection—in elaborating a theory of judicial review.*¹¹⁷

Debido a la manera en que nuestro sistema democrático está organizado, comunidades que históricamente han sido marginadas, tales como la afroamericana y la LGBTQ+, no siempre han tenido la oportunidad de ser escuchados y protegidos a través del foro

115 *Id.*

116 Véase Douglas NeJaime & Reva Siegel, *Answering the Lochner Objection: Substantive Due Process and the Role of Courts in a Democracy*, 96 N.Y.U. L. REV. 1902 (2021).

117 *Id.* en la pág. 1938.

político. Por lo anterior, el Tribunal ha optado por proteger comunidades desprovistas socialmente a través de la creación de derechos fundamentales. Los casos recientes de debido proceso de ley sustantivo se distancian de los casos de la Era de *Lochner* en que el Tribunal es utilizado como un foro para que los reclamantes puedan exponer problemas socialmente desatendidos por la mayoría de la población. De otra forma, derechos como el matrimonio interracial y el matrimonio del mismo sexo, entre otros, no hubiesen sido posible.¹¹⁸ Estos cambios sociopolíticos demuestran la importancia del activismo judicial, aunque en ciertas ocasiones debamos restringir su alcance.

Para que nuestra democracia funcione correctamente, se necesitan más que procedimientos mayoritarios, por lo que la revisión judicial no debe ser completamente descartada. Aunque la revisión judicial no es inherentemente antidemocrática, puede todavía ser utilizada antidemocráticamente, fomentándose así la necesidad de que los ciudadanos ejerzan presión sobre la Rama Legislativa para que codifique en ley aquel derecho que como sociedad reconocemos en consenso. Cuando se establece un derecho fundamental a través de la jurisprudencia, se crea un rol imaginativo en el subconsciente social que le brinda legitimidad social a este derecho. Esto causa que, como sociedad, avalemos el nuevo derecho y comencemos a verlo como natural o innato a pesar de que se mantenga oposición. Se asume el nuevo derecho y se establece como parte de una nueva realidad social.

Por otro lado, la crítica o comparación hecha entre *Lochner* y *Roe*, a mi juicio, no son acertadas, ya que ambos casos no son comparables más allá de estos invalidar leyes estatales bajo las nociones del debido proceso de ley. *Lochner* invalidó leyes que mejoraban condiciones laborales de los empleados para proteger el interés económico de una minoría, mientras que *Roe* intentó reconocer y proveer cierto grado de igualdad política a las mujeres. Ahora que no contamos con la protección establecida por la jurisprudencia en *Roe*, propongo estudiar el análisis utilizado en el caso, extraer las ideas y propuestas útiles, y reestructurar el argumento para que se justifique este derecho, en vez de meramente compararlo con *Lochner*.

C. *Reconocimiento del derecho al aborto bajo el argumento de la igual protección de las leyes y su poder persuasivo*

Ahora bien, cuando hablamos del derecho al aborto, es necesario adoptar argumentos desde la vertiente constitucional de la igual protección de las leyes. Ciertamente, este enfoque resulta más fructífero y persuasivo que los planteamientos de derecho a la intimidad. La igual protección centra su visión en la autonomía de las mujeres para tomar decisiones sobre su vida en igualdad con el género masculino. Sobre este particular, la fenecida jueza del Tribunal Supremo federal, Ruth Bader Ginsburg, expresó que “[t]he decision whether or not to bear a child is central to a woman’s life, to her well-being and dignity . . . When Government controls that decision for her, she is being treated as less than a fully adult human responsible for her own choices”.¹¹⁹

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Kristina Silja Bennard, *The Confirmation Hearings of Justice Ruth Bader Ginsburg: Answering Questions While Maintaining Judicial Impartiality*, AM. CONST. SOC’Y (2005), <https://www.acslaw.org/wp-content/uploads/2020/10/Bennard-re-Ginsburg-confirmation-hearings.pdf>.

Los argumentos de la igual protección, particularmente aquellos sobre la igualdad de género, tienen un enfoque particular en el derecho de las mujeres a tener autonomía para determinar el curso de sus vidas y, de esta forma, disfrutar en equidad de participación como ciudadanas en nuestra sociedad.¹²⁰ Anteriormente, discutí los casos *Casey* y *Carhart* como ejemplos de la evolución jurisprudencial hacia una concepción más restrictiva del aborto. Las opiniones disidentes de ambos casos proveen argumentos persuasivos que invitan a cambiar el enfoque jurisprudencial del debido proceso de ley sustantivo a uno de igualdad de género y en el bienestar de la persona gestante.¹²¹

La opinión separada del juez Harry Blackmun en *Casey* apeló directamente a la cláusula de igual protección de las leyes. Según el juez, al restringir el derecho de las mujeres a terminar sus embarazos “*the State conscripts women’s bodies into service, forcing women to continue their pregnancies, suffer the pains of childbirth, and in most instances, provide years of maternal care*”.¹²² En estos casos, en vez de compensar a las mujeres por sus servicios, el Estado asume que las mujeres le deben esa labor como parte natural de su existencia.¹²³ Esta suposición que hacemos como sociedad sobre el rol de la mujer, además de imponer la maternidad como un estado natural y un rol del género femenino, activa la protección bajo la cláusula de igual protección.¹²⁴

En *Carhart*, la jueza Ginsburg insistió en el siguiente pensamiento: “[L]egal challenges to undue restrictions on abortion procedures do not seek to vindicate some generalized notion of privacy; rather, they center on a woman’s autonomy to determine her life’s course, and thus enjoy equal citizenship stature”.¹²⁵ A la luz del entendimiento de igual protección informada de *Casey*, cuatro jueces en *Carhart* enfatizaron que la libertad, a no estar sujeto a roles impuestos por el Estado, era fundamental a la igualdad ciudadana.¹²⁶ De hecho, estos jueces siguieron el precedente jurisprudencial que definió el concepto de igual protección reconocido en *United States v. Virginia*.¹²⁷ En este caso, la jueza Ginsburg advirtió que las leyes que hacen diferenciación entre géneros requieren una revisión judicial más estricta, pero esta no debe facilitar o promover que el gobierno tome estas diferencias para crear clasificaciones que perpetúen una noción de inferioridad legal, social y económica de las mujeres.¹²⁸ En *Carhart*, la jueza Ginsburg invocó jurisprudencia de la igual protección de las leyes para rebatir argumentos que intentaban vislumbrar una actitud protectora hacia las mujeres como justificación para restringir el acceso al aborto expresada en la opinión mayoritaria.¹²⁹ Estos argumentos “protectores” de la mujer están mayormente

¹²⁰ *Gonzáles v. Carhart*, 550 U.S. 124, 172 (2007) (Ginsburg, opinión disidente).

¹²¹ Véase Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, *Equality Arguments for Abortion Rights*, 60 UCLA L. REV. DISCOURSE 160 (2012).

¹²² *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 928 (1992) (Blackmun, en parte opinión concurrente, opinión disidente).

¹²³ *Id.* en las págs. 928-29 (Blackmun, en parte opinión concurrente, opinión disidente).

¹²⁴ *Id.* (Blackmun, en parte opinión concurrente, opinión disidente).

¹²⁵ *Carhart*, 550 U.S. en la pág. 172 (1996) (Ginsburg, opinión disidente).

¹²⁶ *Id.* en las págs. 171-72, 181-82.

¹²⁷ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

¹²⁸ *Id.* en las págs. 533-34.

¹²⁹ *Carhart*, 550 U.S. en las págs. 169-91 (1996) (Ginsburg, opinión disidente).

anclados en valoraciones sobre la naturaleza y competencia del género femenino de tomar decisiones.¹³⁰ Sin embargo, los precedentes de la igual protección de la leyes citados por la jueza Ginsburg responden a los argumentos de protección a la mujer y de protección al feto.¹³¹ De acuerdo con el juez Blackmun en *Casey*, los argumentos de igual protección de género centran su preocupación en cómo las asunciones sobre el género moldean las restricciones al aborto, incluso cuando existe una preocupación válida sobre la vida del feto.¹³²

El debate sobre el aborto debe tener como prioridad el bienestar de la mujer. Sin esta consideración, la posible vida del feto y el bienestar de este no será posible, aunque este nazca. La determinación de procrear es una central en la vida de una mujer o persona gestante, ya que es una decisión que afecta por completo la trayectoria de su vida. Si un embarazo no constituye como acto voluntario, esto puede causar un detrimento sustancial a la mujer o persona gestante, y a la criatura, creando así situaciones de maltrato, negligencia, falta de recursos, e incluso falta de amor. Peor aún, no es un secreto que como sociedad no hemos progresado lo suficiente en cuanto a la manera en que percibimos y practicamos las responsabilidades parentales y maternas. En la mayoría de los hogares, el rol maternal sigue asumiendo una mayor carga en la crianza de la niñez. Imponerle esta responsabilidad a una persona por el simple hecho de haber nacido con un género determinado es inhumano y cruel, tomando en consideración el impacto que tendrá en su trayectoria evolutiva.

Con lo anterior en mente, el argumento de la igual protección de género es idóneo para persuadir y movilizar políticamente a la ciudadanía interesada en la protección del derecho al aborto. Sin embargo, propongo la utilización de este argumento legal con miras de poder eventualmente lograr la equidad de géneros en nuestra sociedad. Todos debemos ser tratados por igual ante la ley, pero ante nuestra sociedad debemos considerar las cualidades biológicas, sociales, políticas, históricas y culturales que diferencian a los géneros. Particularmente, se debe cavilar la diferencia que existe en la manera que los géneros asumen las responsabilidades familiares. Al examinar estas diferencias, podremos crear una sociedad más equitativa y justa que responda a las necesidades reproductivas de las personas que en ella habitan.

D. Enfoque en justicia reproductiva como manera de adelantar el movimiento pro-aborto

Robin West, en el artículo *From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights*, trae a colación un gran punto sobre la manera en la que socialmente analizamos el caso de *Roe*.¹³³ En esencia, West explica cómo los promoventes del movi-

¹³⁰ Véase Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, *The Virtue of Judicial Statesmanship*, 86 TEX. L. REV. 959, 1014-30 (2008).

¹³¹ Véase *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New Eng.*, 546 U.S. 320 (2006); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹³² *Casey*, 505 U.S. en las págs. 929-34 (1992) (Blackmun, en parte opinión concurrente, opinión disidente).

¹³³ Robin West, *From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights*, 118 YALE L.J. 1394 (2009).

miento *pro-choice* se mostraban reacios a criticar la decisión de *Roe* por miedo a que emitir cualquier tipo de juicio u opinión provocaría la revocación del caso.¹³⁴ Esto ya sucedió, por lo que ahora se debe hacer una autopsia a *Roe* y estudiar cómo se pueden mejorar los argumentos a favor del movimiento *pro-choice* para que “sobreviva” el escrutinio del tiempo. Como menciona West, el ideal debe promover el acceso a abortos legales y seguros, no preservar el derecho al aborto.¹³⁵

No sería erróneo considerar que la idea detrás del movimiento *pro-choice* no tiene como propósito el aumento de abortos, ni mucho menos destruir el rol de la maternidad en nuestra sociedad. Al contrario, el movimiento *pro-choice* persigue que no solo las mujeres y personas gestantes tengan la opción de no asumir esta responsabilidad, sino que las que sí desean asumirla tengan el apoyo y los recursos necesarios para proveerle una buena calidad de vida y bienestar a sus hijos e hijas.

No obstante, *Roe* reconoció el derecho al aborto desde una perspectiva individualista y relevó de responsabilidad al Estado de brindar servicios esenciales. Al atender el tema del aborto desde la perspectiva de privacidad, se subordina, enajena y promueve la desigualdad social.¹³⁶ En ese sentido, la persona que decide ejercer su derecho constitucional a realizarse un aborto lo debe hacer de forma privada y debe asumir el costo físico, psicológico y económico de esta decisión. Por lo tanto, esto promueve que las personas que ejerzan este derecho estén limitadas por su entorno social y económico. La decisión sobre someterse o no a un procedimiento de terminación de embarazo deja de ser uno personal; se convierte en un ejercicio económico y social de acuerdo con las diversas circunstancias personales. Así, por medio de la otorgación de derechos, el Estado se desliga de cualquier tipo de responsabilidad sobre el bienestar de estas personas. Para evitar este escenario y establecer el derecho al aborto desde una visión de justicia reproductiva, se requiere lo siguiente:

*Reproductive justice requires a state that provides a network of support for the processes of reproduction: protection against rape and access to affordable and effective birth control, healthcare, including but not limited to abortion services, prenatal care, support in childbirth and postpartum, support for breastfeeding mothers, early childcare for infants and toddlers, income support for parents who stay home to care for young babies, and high-quality public education for school age children.*¹³⁷

Gozar de un derecho al aborto no es una noción errónea, pero se debería prestar mucha atención al efecto que este reconocimiento tiene en nuestra estructura social y legal. En virtud de lo anterior, se debe promover y aspirar a que el Estado no solo evite criminalizar el aborto, sino que apoye la decisión de la mujer o persona gestante independientemente de sus condiciones económicas y sociales.

¹³⁴ *Id.* en las págs. 1398-1405.

¹³⁵ *Id.* en las págs. 1402-05.

¹³⁶ Véase también Robin West, *Tragic Rights: The Rights Critique in the Age of Obama*, 53 WM. & MARY L. REV. 713, 746 (2011).

¹³⁷ West, *supra* nota 133, en la pág. 1425.

III. DERECHO AL ABORTO: LA AUTOGESTIÓN POLÍTICA COMO VEHÍCULO DE PROGRESO SOCIAL

A. *Panorama legal en Estados Unidos y Puerto Rico luego de Dobbs v. Jackson: intentos de restringir el aborto*

Para comprender el efecto de la decisión de *Dobbs*, es pertinente conocer el razonamiento y los argumentos utilizados. En esencia, el Tribunal Supremo federal en *Dobbs* estableció como norma jurídica lo siguiente: (1) la Constitución de Estados Unidos no reconoce expresamente un derecho al aborto, y (2) el Tribunal tiene la facultad de anular una decisión de impacto constitucional que entienda errónea.¹³⁸ En el referido caso, se entendió que el derecho al aborto no estaba *profundamente arraigado* en la historia y la tradición estadounidense dado que, previo a *Roe*, existían estatutos que prohibían y criminalizaban el aborto.¹³⁹ Cabe señalar que, contrario al entendido popular, esta decisión no tuvo una justificación moral o cultural. Esencialmente, lo que se persigue es restringir la libertad de las personas gestantes al abrirle la paso a cada estado para decidir sobre cómo atender el tema del aborto. Veremos cómo mujeres quedarán completamente desprovistas de protección corporal en estados conservadores, mientras en estados más liberales las mujeres pudiesen tener las mismas o hasta más protecciones. Asimismo, como suele ocurrir, las mujeres que quedarán desprovistas serán mayormente las de escasos recursos. Por otro lado, el Tribunal decidió romper con la práctica de adherirse a la doctrina de *stare decisis* al concluir que *Roe* fue basado en un análisis impropio para arrebatarle a las mujeres y personas gestantes la potestad de regular los procesos de aborto.¹⁴⁰ No obstante, la opinión aludida reconoció cómo el caso de *Casey* no remedió los errores de fundamentación de *Roe* al imponer un marco de análisis jurídico ambiguo con el razonamiento de carga indebida.¹⁴¹

i. *Trigger Laws* en los Estados Unidos

En última instancia, la decisión de *Dobbs* le devuelve a la ciudadanía, por medio de sus representantes electos, la decisión de regular o no las terminaciones de embarazos.¹⁴² Esta determinación pudiese manifestarse en una mayor protección al acceso al aborto o una mayor restricción del mismo, dependiendo del consenso social acordado en cada estado. Muchos estados no removieron las restricciones que tenían en vigor previo a la decisión de *Roe* en 1973.¹⁴³ Por otro lado, en anticipación a la decisión de *Dobbs*, existían trece estados con *trigger laws*.¹⁴⁴ Un *trigger law* es una legislación que al momento de su creación no

¹³⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228, 2253, 2265 (2022).

¹³⁹ *Id.* en las págs. 2248-56.

¹⁴⁰ *Id.* en la pág. 2243.

¹⁴¹ *Id.* en las págs. 2272-73.

¹⁴² *Id.* en la pág. 2243.

¹⁴³ Jo Adetunji, *What Triggers the 'Trigger Laws' That Could Ban Abortions?*, THE CONVERSATION (7 de junio de 2022), <https://theconversation.com/what-triggers-the-trigger-laws-that-could-ban-abortions-184361>.

¹⁴⁴ *Id.*

tiene efecto hasta que un evento específico posterior le de vigencia de ley.¹⁴⁵ En este caso, estas leyes restringían el acceso al aborto con un efecto automático una vez se revocara la jurisprudencia que protegía constitucionalmente este derecho.¹⁴⁶ Lamentablemente, esto ocurrió el 24 de junio de 2022 a raíz de la decisión de *Dobbs*. De los trece estados que tenían *trigger laws* previo a *Dobbs*, el efecto de las leyes de Dakota del Norte, Utah y Wyoming se vieron paralizados y sujetos a evaluación judicial.¹⁴⁷ El resto de los estados con este tipo de legislación, entre ellos Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, Oklahoma, Dakota del Sur, Tennessee y Texas, permanecen inalteradas y no han sido retadas legalmente, o han sobrevivido interdictos preliminares.¹⁴⁸

ii. Proyectos de ley antiaborto en Puerto Rico

Puerto Rico cuenta con una reglamentación de salud a favor del aborto y codificación de naturaleza penal que permiten el proceso siempre y cuando se consulte con un o una profesional de la medicina. Por lo tanto, a pesar de la determinación del Tribunal federal, no existe razón jurídica para cuestionar la vigencia de *Duarte Mendoza*. Sin embargo, luego de la decisión de *Dobbs*, Puerto Rico tiene dos alternativas. Primero, puede optar por no legislar al entender que en Puerto Rico el aborto se encuentra regulado y no existe un problema legal para atender el tema. Segundo, puede optar por regular el aborto legislativamente de acuerdo con las propuestas de la mayoría de la población. Recientemente, hemos visto cómo la segunda alternativa está siendo considerada por los y las miembros de nuestra legislatura.

No es sorpresa que Puerto Rico está presenciando el surgimiento de un movimiento conservador que aboga por restringir el derecho al aborto en la Isla. Así quedó evidenciado mediante las recientes propuestas legislativas de cinco proyectos relacionados con los derechos reproductivos de las mujeres y personas gestantes. Entre ellos se encuentran los siguientes: (1) el Proyecto del Senado 693, presentado por la senadora Joanne Rodríguez Veve del Partido Proyecto Dignidad; (2) el Proyecto de la Cámara 1084, presentado por la representante Lisie Burgos Muñiz, miembro del partido antes mencionado, para prohibir el aborto desde que se escuche el latido del corazón; (3) el Proyecto de la Cámara 1410, presentado por el representante independiente Luis R. Torres Cruz, que busca que se consulte vía referéndum cuál debe ser el estado de derecho; (4) el Proyecto de la Cámara 715, también presentado por el representante Torres Cruz, para tipificar como doble asesinato la muerte de una mujer embarazada y definir el término “concebido”, y (5) el Proyecto de la Cámara 1403, presentado por los representantes Mariana Nogales Molinelli y José Bernardo Márquez Reyes, ambos del Partido Movimiento Victoria Ciudadana, y Denis Márquez Lebrón, miembro del Partido Independentista Puertorriqueño, el cual establecía la lega-

¹⁴⁵ Tasos C. Paindiris & Jennifer Ellerkamp, *The Aftermath of U.S. Supreme Court's Dobbs: Where Are the States in Fall 2022?*, JACKSON LEWIS (28 de octubre de 2022), <https://www.jacksonlewis.com/publication/aftermath-us-supreme-court-s-dobbs-where-are-states-fall-2022>.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

lidad del aborto y su accesibilidad en la Isla.¹⁴⁹ Entre las medidas indicadas, el Proyecto del Senado 693, que pretendía restringir el aborto a partir de las veintidós semanas de gestación, generó extensa discusión durante la celebración de ocho vistas públicas en la legislatura.¹⁵⁰

Una votación interna en la Comisión de lo Jurídico en la Cámara de Representantes derrotó estos proyectos legislativos.¹⁵¹ No obstante, la intención legislativa de restringir el aborto continúa presente. El 8 de marzo de 2023, hubo un nuevo intento legislativo de restringir el derecho al aborto con el Proyecto de la Cámara 1644, presentado por los representantes del Partido Nuevo Progresista, Wilson J. Román López, José “Memo” González Mercado y Er Yizzer Morales Díaz.¹⁵² Con el proyecto se intentaba enmendar el Código Penal para prohibir el aborto luego de las diez semanas de gestación y aumentar la pena de cárcel de los artículos 98, 99 y 100, que recogen las diferentes modalidades del delito.¹⁵³ Asimismo, el proyecto buscaba aumentar la pena de tres a veinticinco años, tanto para la persona que procura el aborto y el o la profesional de la salud que lo facilite. Luego de gran escrutinio público, el proyecto fue retirado por sus proponentes puesto que, a todas luces, desconocían el contenido de su propio proyecto legislativo.¹⁵⁴

Finalmente, debo añadir el Proyecto del Senado 495. Este ha sido el más reciente intento de la legislatura de restringir el acceso al aborto a menores de edad.¹⁵⁵ Nuevamente, se intenta arrebatar de la persona gestante la potestad de decidir sobre su cuerpo al requerir que tome la decisión de traer una criatura al mundo con el consentimiento de sus padres o custodios. Este proyecto se crea bajo el entendido de que una persona gestante que es menor de edad no tiene la capacidad de decidir sobre su cuerpo y sobre su vida. Sin embargo, la legislatura entiende que la persona gestante menor de edad tiene la capacidad

149 Manuel Guillana Capela, *Organizaciones defensoras de los derechos reproductivos exigen a Joanne Rodríguez Veve que pare de “criminalizar” el aborto*, EL NUEVO DÍA (3 de noviembre de 2022), <https://www.elnuevodia.com/noticias/legislatura/notas/organizaciones-defensoras-de-los-derechos-reproductivos-exigen-a-joanne-rodriguez-veve-que-pare-de-criminalizar-el-aborto/?r=83983>; véase P. del S. 693 de 6 de diciembre de 2021, 2da Ses. Extra., 19na Asam.; P. de la C. 1084 de 8 de noviembre de 2021, 2da Ses. Ord., 19na Asam. Leg.; P. de la C. 1410 de 29 de junio de 2022, 3ra Ses. Ord., 19na Asam. Leg.; P. de la C. 715 de 4 de mayo de 2021, 1ra Ses. Ord., 19na Asam. Leg.; P. de la C. 1403 de 24 de junio de 2022, 3ra Ses. Ord., 19na Asam. Leg.

150 Véase notiseis36opr, *Senado aprueba proyecto que limita el aborto en Puerto Rico*, WIPR (22 de junio de 2022), <https://wipr.pr/senado-aprueba-proyecto-que-limita-el-aborto-en-puerto-rico/>; *Senado aprueba el proyecto que busca restringir el aborto*, MICROJURIS (21 de junio de 2022), <https://aldia.microjuris.com/2022/06/21/senado-bajara-hoy-a-votacion-el-proyecto-que-busca-restringir-el-aborto/>.

151 Nydia Bauzá, *Se cuelgan los proyectos sobre el aborto en la Comisión de lo Jurídico de la Cámara*, EL NUEVO DÍA (15 de noviembre de 2022), <https://www.elnuevodia.com/noticias/legislatura/notas/se-cuelgan-los-proyectos-sobre-el-aborto-en-la-comision-de-lo-juridico-de-la-camara/>.

152 *Bajo consideración de la Cámara nueva medida para limitar el aborto a 10 semanas*, MICROJURIS (8 de marzo de 2023), <https://aldia.microjuris.com/2023/03/08/bajo-consideracion-de-la-camara-nueva-medida-para-limitar-el-aborto-a-10-semanas/>.

153 *Id.*

154 Adriana Díaz Tirado, *Representantes retirarán su firma de proyecto que pretende dar cárcel a mujeres que aborten*, EL NUEVO DÍA (9 de marzo de 2023), <https://www.elnuevodia.com/noticias/legislatura/notas/representantes-retiraran-su-firma-de-proyecto-que-pretende-dar-carcel-a-mujeres-que-aborten/>.

155 P. del S. 495 de 22 de julio de 2021, 2da Ses. Ord., 19na Asam.

de traer una criatura al mundo y cuidar de ella. Esto es una gran incongruencia que abre paso a gestaciones forzadas que solo crearán problemas sociales en un futuro.

Como respuesta a estos proyectos legislativos, ha surgido una movilización de organizaciones a favor de los derechos reproductivos tanto en los medios de comunicación televisivos como en las redes sociales.¹⁵⁶ Varias organizaciones y varios profesionales tuvieron la oportunidad de expresar sus posturas sobre las medidas en las vistas públicas, entre ellos la ginecóloga Yari Vale Moreno.¹⁵⁷ También han unido esfuerzos miembros de la profesión legal y profesionales de la salud para promover el acceso al derecho al aborto.¹⁵⁸

iii. Necesidad de la autogestión política para combatir las restricciones al aborto

Nuestra sociedad necesita una movilización política que resista aquellos que promueven legislación restrictiva del aborto, y que abogue por la creación de leyes que promuevan el bienestar de la persona gestante. Debemos crear presión sobre la Rama Legislativa para que proteja de forma irrestricta el derecho al aborto. Tomando como ejemplo a Estados Unidos, vemos claramente cómo la jurisprudencia puede ser revertida en cualquier momento para responder a los intereses de la mayoría política. Por lo tanto, un derecho tan fundamental como el aborto debe ser protegido a través de todas las vías legales posibles. A pesar de que en Puerto Rico tenemos una cultura judicial distinta, pues nuestra Constitución tiene una visión expansiva del derecho a la intimidad y a la protección de la dignidad humana, no debemos confiarnos en que el precedente de *Duarte Mendoza* será suficiente para proteger el derecho de las mujeres y personas gestantes.

Cuando menos se espere, cambios en la composición del Poder Judicial pudiesen revocar este derecho. Por tanto, más allá de la movilización de resistencia, propongo participar activamente en nuestra democracia, manteniéndonos informados e informadas, así como prestando atención a los cambios que surgen en nuestro entorno. Por otro lado, la movilización política reciente ha sido esencial para proteger el derecho al aborto en estados como California, Michigan y Vermont, donde se codificó el derecho al aborto en las constituciones estatales.¹⁵⁹ Ciertamente, estas iniciativas pudieran provocar consensos sociales sobre el aborto y su regulación.

El caso de *Dobbs* trajo al relieve la importancia de la autogestión. El juez Clarence Thomas enfatizó cómo el debido proceso de ley sustantivo es una ficción legal peligrosa que permitió que los jueces establecieran políticas que perjudicaron negativamente la jurisprudencia constitucional del Tribunal.¹⁶⁰ Por este error jurisprudencial, el Tribunal debe corregir la manera que se utilizó este principio.¹⁶¹ Entre los casos amparados por esta

¹⁵⁶ Bauzá, *supra* nota 151.

¹⁵⁷ Valeria María Torres Nieves & Nicole Hsiao Sánchez, *El aborto es y seguirá siendo legal en Puerto Rico*, TODAS (3 de mayo de 2022), <https://www.todaspr.com/el-aborto-es-y-seguira-siendo-legal-en-puerto-rico/>.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ Tiffany Cusaac-Smith, *Abortion Rights Were on the Ballot in these 5 States. Here's What Voters Decided*, USA TODAY (9 de noviembre de 2022), <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2022/11/09/abortion-election-results-kentucky-california-michigan-montana-vermont/8302538001/>.

¹⁶⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228 (2022) (Thomas, opinión concurrente).

¹⁶¹ *Id.* (Thomas, opinión concurrente).

vertiente, se encuentran las decisiones que reconocen el derecho de las personas casadas a adquirir contraceptivos, y el derecho de personas del mismo sexo a participar de actos sexuales consensuales y de casarse. Esta opinión concurrente del juez Thomas representa una clara amenaza de revocación de casos como *Griswold v. Connecticut*, *Lawrence v. Texas* y *Obergefell v. Hodges*.¹⁶² Para combatir esta realidad, es necesario comenzar a educar a la población sobre sus derechos e invitar a la movilización política para codificar en ley los derechos fundamentales.

B. *Impacto de la movilización política y necesidad de proteger el derecho al aborto más allá de la rama judicial: el problema de las victorias legales desde la judicatura*

La falta de legislación o codificación de derechos fundamentales por la Rama Legislativa de Estados Unidos influyó en la decisión de la Rama Judicial autoimponerse la labor de instituir y proteger aquellos derechos que concebía como esenciales para el bienestar de la ciudadanía. La fijación de estos derechos usualmente surge como respuesta a cambios ideológicos dentro de la composición social de Estados Unidos. Sin embargo, como mencioné previamente, este activismo judicial es influenciado por la tendencia liberal o conservadora que tenga la potestad de nombrar a los miembros que componen la Rama judicial y que, eventualmente, tengan una mayoría en esta. Por esto, debemos desprendernos de la idea de que el poder judicial es el único ente adecuado para establecer y conservar derechos.

La teoría de *la crítica de los derechos* propuesta por Mark Tushnet enfatiza que existe una falsa noción de que los argumentos legales provienen de la judicatura, pues estos existen en un plano separado a los movimientos sociales y políticos.¹⁶³ Esencialmente, surge esta separación cuando se toman en consideración los efectos materiales que tienen las victorias legales comparados con los ideológicos que tienen las victorias políticas.¹⁶⁴ Sin embargo, los triunfos ideológicos tienen un efecto material a largo plazo, mientras que los legales no siempre son capaces de perdurar.¹⁶⁵ La crítica a los derechos pretende mostrar y advertir sobre los posibles peligros de sobrestimar una victoria legal sobre una ideológica.¹⁶⁶

Tomando esto en consideración, propongo unificar ambos conceptos legales e ideológicos para que, al establecer legal e ideológicamente un derecho, sea justificado y aceptado socialmente. Solo mediante los movimientos políticos y sociales, expone Tushnet, es que el derecho se conservará.¹⁶⁷ Por ello, el autor explica que cuando se obtiene una victoria legal, como el establecimiento del derecho al aborto en Estados Unidos mediante doctrina jurisprudencial, se pueden impedir cambios progresivos sobre ese derecho.¹⁶⁸ Una vez

¹⁶² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹⁶³ Mark Tushnet, *The Critique of Rights*, 47 SMU L. REV. 23 (1994) (traducción suplida).

¹⁶⁴ *Id.* en la pág. 24.

¹⁶⁵ *Id.* (citando a *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)).

¹⁶⁶ *Id.* en la pág. 25.

¹⁶⁷ *Id.* en la pág. 26.

¹⁶⁸ *Id.*

ocurre la victoria legal, sus defensores pierden el dominio del argumento y le transfieren a los tribunales el poder de aplicarlo de acuerdo con la interpretación que ellos entiendan.¹⁶⁹ Esta apreciación puede ser hasta más restrictiva que la ideada originalmente por los defensores del argumento.¹⁷⁰ Una vez ocurre la victoria legal, los defensores exitosos ponen su atención sobre otros temas, mientras que los oponentes unen sus fuerzas para revocar este triunfo.¹⁷¹

Así ocurrió con *Roe* y *Casey*, pues las decisiones fueron impuestas bajo la mayoría liberal que ocupaba el foro federal.¹⁷² Una vez la mayoría liberal fue reemplazada por una conservadora, esta última, movilizada políticamente, revocó el precedente legal que reconocía el derecho al aborto.¹⁷³ Contemplado de esta manera, la victoria legal perpetrada por *Roe* causó una falsa concepción de certeza legal que llevó a que los defensores del aborto mermaran en su activismo. Este menoscabo, unido a la falta de codificación legislativa a nivel federal, facilitó la revocación de la doctrina de *Roe*. Los opositores de *Roe* supieron movilizar políticamente a sus masas para lograr la victoria política que otorgó el poder legal para revocar el precedente jurisprudencial.

¿Por qué es esto importante? Porque se deben concebir los argumentos legales como medios para propulsar movimientos sociales e ideológicos. La ciudadanía debe promover los derechos que entienda que son fundamentales a través de la autogestión y movilización política, en vez de permitir que el tribunal establezca una victoria legal para que se promueva una ideología particular. Cuando estos procesos ocurren —y como no existe un consenso social mayoritario— se abre la puerta a que la victoria legal, que impone una cierta ideología, sea menos duradera al movilizar políticamente a los opositores a que la deriven desde el momento que es establecida.¹⁷⁴

Por otra parte, en relación con la crítica de los derechos, se encuentra la teoría de indeterminación.¹⁷⁵ Esta propuesta establece que las victorias legales progresivas ocurren por las circunstancias sociales que las rodean.¹⁷⁶ Si esas circunstancias tienen apoyo sustancial dentro del aparato legal y en el ámbito social, la victoria legal será exitosa y duradera.¹⁷⁷ Sin embargo, si las condiciones sociales cambian, la norma jurídica puede erosionarse con el paso del tiempo, como ocurrió con *Roe*.¹⁷⁸ Por todo esto, no debemos separar la dimensión legal de matices sociales y políticos. Por tanto, al llegar a un consenso social sobre un derecho merecedor de protección legal, debemos comenzar una conversación colectiva sobre el tema e instar un movimiento político que acepte ideológicamente esta idea. Una vez se logre la aceptación social a través del consenso colectivo sobre cómo atender un

169 *Id.*

170 *Id.*

171 *Id.* en la pág. 30.

172 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

173 Véase *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 142 S.Ct. 2228 (2022).

174 Tushnet, *supra* nota 163, en la pág. 30.

175 *Id.* en la pág. 32.

176 *Id.*

177 *Id.* en la pág. 33.

178 *Id.*

tema o proteger un derecho se podrá ejercer presión política sobre la rama legislativa para cementar el ideal en la ley.

C. *La autogestión política y el derecho al aborto*

¿Qué es, verdaderamente, la autogestión? La Real Academia Española define la autogestión como el “[s]istema de organización de una empresa según el cual los trabajadores participan en todas las decisiones”.¹⁷⁹ Sin embargo, a través de los años este concepto ha evolucionado y actualmente se entiende como la asunción colectiva directa para luchar o crear algo que sería de beneficio común en un territorio particular.¹⁸⁰ Esta participación usualmente se lleva a cabo en la esfera legal. En su escrito titulado *Participation: The Rights to Rights*, Jeremy Waldron establece el siguiente supuesto:

*Politics is about principle as well as policy. What happens in the political process determines not only what our social goals are, but also the content and distribution of individuals' rights. Of course, the political process cannot control anyone's critical sense of what rights we have or ought to have, nor can it affect the truth about that issue (if talk of truth is appropriate here). But since people disagree about what rights we have or ought to have, the specification of our legal rights has to be accomplished through some political process.*¹⁸¹

La autogestión o participación política es una alternativa atractiva para llegar a consensos sobre los derechos que como sociedad queremos proteger y exaltar. Como menciona Waldron en su escrito, este mecanismo es el único plausible para lidiar con el eterno dilema entre la consagración de poder dentro de las ramas de gobierno y el poder que deben tener los ciudadanos de ejercer y reevaluar los derechos que quieren proteger.¹⁸² Si como sociedad entendemos que el derecho al aborto es un derecho fundamental que amerita protección, debemos gestionarnos políticamente para cementar este derecho en nuestra conciencia social, en nuestra rama legislativa y en nuestra jurisprudencia. Al hablar de conciencia social, me refiero a que logremos un entendimiento social común de que esta decisión debe ser tomada por la persona gestante y no por el Estado; que la rama legislativa elabore leyes que protejan de forma unánime la decisión de la persona gestante, y que se establezca jurisprudencia actualizada que determine inequívocamente la vigencia del derecho al aborto en Puerto Rico.

La autogestión política crea espacios de deliberación que permiten delinear asuntos que como sociedad valoramos lo suficiente para establecer y proteger de forma estatutaria y jurídica. Sin embargo, debemos delinear los derechos que merecen protección, tal como el acceso al aborto, cual reconoce la autonomía de la mujer y es esencial para su participa-

¹⁷⁹ Autogestión, RAE, <https://dle.rae.es/autogesti%C3%B3n> (última visita 11 de mayo de 2023).

¹⁸⁰ Nidia Albeny Rodríguez Tamayo, *La autogestión como resistencia, dos ejemplos en América Latina*, 11 KAVILANDINO 119, 124 (2019).

¹⁸¹ Jeremy Waldron, *Participation: The Right of Rights*, 98 NEW SERIES 307, 321 (1998).

¹⁸² *Id.* en la pág 337.

ción en la vida social y política. La autogestión política puede lograr esto en beneficio de una variedad de derechos.

Con la autogestión, podemos establecer campañas educativas sobre nuestros derechos y proveer argumentos, tanto políticos como legales, que fundamenten la protección de algún asunto. En este caso, se debe facilitar la información sobre el aborto y sus procedimientos. Segundo, esta información debe ser divulgada a través de medios noticiosos y redes sociales para así comenzar el diálogo colectivo sobre el tema. Tercero, por medio de esta conversación se debe elegir colectivamente cómo proteger este derecho y qué recurso proporcionarles a las mujeres para que estas tengan acceso a este. Finalmente, es necesario fomentar la participación ciudadana dentro de un proceso democrático donde las personas tengan el derecho de elegir mediante votación a los representantes que promuevan sus ideales con respecto al aborto.

Sin embargo, para comenzar la autogestión política a favor del derecho al aborto, es esencial adoptar un enfoque de justicia reproductiva. Este proceso implica internalizar que el debate proaborto no debe girar en torno al aumento sobre la tasa de estos procedimientos. Este diálogo debe surgir para promover el bienestar de la mujer o persona gestante. En este espacio, el movimiento provida y proaborto pudiesen conciliar temáticas con el interés de reducir la incidencia de abortos, minimizando la de embarazos no deseados y disminuyendo el costo de la maternidad.

El ideal que se busca promover es el bienestar de la mujer o persona gestante y de su criatura, si decide tenerla. La decisión tomada debe ser apoyada por el Estado al ejercer su responsabilidad de proveer bienestar a la ciudadanía, sin importar su naturaleza. Para ello, debemos reflexionar sobre el caso de *Roe* y aprender de los errores de este para adoptar un mejor enfoque legal y político para así llegar a un consenso con respecto al tema.

IV. DERECHO COMPARADO: EJEMPLOS DE IRLANDA Y ARGENTINA

A. *El derecho al aborto en Irlanda*

En 2018, Irlanda legalizó el derecho al aborto a través de un referéndum nacional.¹⁸³ El caso de Savita Halappanavar, una mujer de 31 años que falleció de sepsis a las 17 semanas de embarazo, marcó el comienzo del movimiento social.¹⁸⁴ Lo impactante del caso es que Halappanavar solicitó la terminación médica de su embarazo en múltiples ocasiones debido al dolor severo que estuvo padeciendo por un periodo de tres días.¹⁸⁵ Le privaron del procedimiento debido a la presencia del latido fetal; le indicaron también que Irlanda era un “país católico”.¹⁸⁶ El personal médico le extrajo el feto varios días luego de que se

¹⁸³ *The Referendum on the Regulation of Termination of Pregnancy*, REFCOM, <https://www.refcom.ie/previous-referendums/referendum-on-termination-of-pregnancy/> (última visita 22 de marzo de 2023). Véase CONSTITUCIÓN DE IRLANDA 1937 enm. 36.

¹⁸⁴ Ben Quinn, *Scandal in Ireland as Woman Dies in Galway 'After Being Denied Abortion'*, THE GUARDIAN (14 de noviembre de 2012), <https://www.theguardian.com/world/2012/nov/14/ireland-woman-dies-after-abortion-refusal>.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Id.* (traducción suplida).

dejó de sentir el latido; lamentablemente, Halappanavar falleció poco tiempo después.¹⁸⁷ Sin duda alguna, esta muerte fue un gran detonante para iniciar el ferviente movimiento antiaborto en el país que eventualmente provocó la creación del referéndum.¹⁸⁸ Previo a este, el aborto en Irlanda era ilegal excepto para salvar la vida de la mujer.¹⁸⁹ En este país, el debate sobre el derecho al aborto abordaba tres asuntos esenciales: (1) viajar para recibir abortos; (2) proveer información sobre las opciones de aborto, y (3) la determinación de cuándo la vida de la mujer se encontraba en peligro inminente y el aborto era permitido para salvar su vida.

Históricamente, la postura de Irlanda sobre el aborto era una de penalización severa. El aborto fue criminalizado en 1861 con la *Ley de delitos contra la persona*.¹⁹⁰ Esta disposición se convirtió en ley una vez Irlanda obtuvo su independencia de Inglaterra en 1922 con la imposición de la restricción en su Constitución.¹⁹¹ Cuando Inglaterra descriminalizó el aborto en 1967, un gran número de mujeres irlandesas viajaron al país británico.¹⁹² Sin embargo, en respuesta a múltiples reclamos de grupos religiosos y frente a la posibilidad de que un tribunal irlandés llegara a una decisión similar a *Roe*, Irlanda instó un referéndum en 1983 que encapsuló el siguiente principio: “*right to life of the unborn . . . with due regard to the equal right to life of the mother*”.¹⁹³ A simple vista, esta ley trató de igualar el derecho del feto con el de la persona gestante y reconoce que la vida del feto debe ser protegida a menos que la de la mujer se encuentre en peligro.¹⁹⁴ Sin embargo, en realidad, la aplicación de esta ley priorizó la vida del feto, causando así la muerte de muchas mujeres a las cuales se les negó tratamiento por el temor de arriesgar la vida del feto que cargaban.¹⁹⁵ En 1988, el Tribunal Supremo de Irlanda en el caso *Attorney General (S.P.U.C.) v. Open Door Counselling Ltd* reconoció como ilegal el asesoramiento o la asistencia por parte de clínicas médicas a mujeres interesadas en viajar para realizarse un aborto.¹⁹⁶ Contrario a lo dispuesto en *Open Door Counselling*, muchas mujeres eludieron estas restricciones y visitaban a Inglaterra con la excusa de “viajes de compras” o placer; mientras tanto, otras mujeres sin poder adquisitivo para viajar fallecieron como resultado de ser obligadas a continuar con sus embarazos.¹⁹⁷

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ *Id.* Véase CONSTITUCIÓN DE IRLANDA 1937 art. 40.3.3.

¹⁹⁰ Gretchen E. Ely, *What Ireland's history with abortion might teach us about a post-Roe America*, PBS NEWS-HOUR (18 de mayo de 2022), <https://www.pbs.org/newshour/health/what-irelands-history-with-abortion-might-teach-us-about-a-post-roe-america#:~:text=Abortion%20was%20ofirst%20prohibited%20in,from%20the%20U.K.%20in%201922> (citando a *Ley de delitos contra la persona* 1861, c. 100 (Eng.)).

¹⁹¹ *Id.* Véase CONSTITUCIÓN DE IRLANDA 1937 art. 40.3.3.

¹⁹² Ely, *supra* nota 190. Véase *Ley del aborto* 1967, c.87 (Eng.).

¹⁹³ JoAnne Sweeny, *Ireland Changed Its Antiabortion Laws. Can It Offer a Blueprint for the U.S.?*, THE WASHINGTON POST (16 de agosto de 2022), https://www.washingtonpost.com/made-by-history/2022/08/16/ireland-changed-its-antiabortion-laws-can-it-offer-blueprint-us/?nid=top_pb_signin&arcId=YNVD75M5JNDA-LAIG42AK4KVVPU&account_location=ONSITE_HEADER_ARTICLE (citando a CONSTITUCIÓN DE IRLANDA 1937 enm. 8).

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Att'y Gen. (S.P.U.C.) v. Open Door Counselling, Ltd* [1988] IR 593 (Ir.).

¹⁹⁷ Sweeny, *supra* nota 193.

Para tratar de resistir la postura antiaborto del país, las mujeres irlandesas comenzaron a acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Justicia con el fin de persuadir a los tribunales irlandeses a cambiar su postura.¹⁹⁸ Además, por su condición de miembro en el Consejo de Europa y de la Unión Europea, Irlanda está obligada por tratados a seguir los fallos de esos foros.¹⁹⁹ Esto causó que, a principio de la década del 1990, el país se viese adherido a las decisiones emitidas por las cortes europeas que flexibilizaron el acceso a la información para obtener procedimientos de aborto.²⁰⁰

Sin embargo, el acceso al aborto continuaba limitado a las mujeres por razones económicas o etarias. En 1992, los tribunales irlandeses crearon una excepción a la ley anterior que prohibía viajar para obtener un aborto en el caso de mujeres que amenazaban con quitarse la vida.²⁰¹ Esta excepción se reconoció en casos donde adolescentes embarazadas se encontraban recluidas en instituciones médicas estatales o no tenían el consentimiento parental para viajar. Como respuesta, el Tribunal Supremo de Irlanda les concedió el permiso para viajar.²⁰² Esta determinación llamó la atención del público y provocó el inicio de una movilización para ejercer presión sobre el gobierno para que reconsiderara su postura sobre el tema del aborto.²⁰³

Ante este escenario, los irlandeses votaron en tres referéndums con el propósito de expandir el acceso a la información provista a las mujeres sobre la posibilidad de viajar para practicarse un aborto. El primer referéndum, mencionado anteriormente, introdujo la Octava Enmienda a la Constitución Irlandesa en el Artículo 40.3.3: “*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*”.²⁰⁴ El segundo tuvo tres opciones de enmiendas a la Constitución irlandesa, de las cuales solo dos fueron aprobadas: la 13ra y la 14ta. La primera establecía que las restricciones al aborto no limitarían la libertad de las mujeres a viajar a otros países para abortar; la segunda, que los ciudadanos de Irlanda tenían la libertad de aprender y obtener información sobre los servicios abortivos existentes en otros países.²⁰⁵ La enmienda rechazada intentaba implantar que la posibilidad de cometer suicidio no era una amenaza suficiente para justificar el aborto.²⁰⁶ En el 2002 se llevó a cabo otro referéndum donde se le preguntó a la ciudadanía irlandesa la misma pregunta —es decir, si la amenaza de suicidio era justificación suficiente para permitir el aborto— y, nuevamente, el pueblo rechazó el planteamiento.²⁰⁷

198 *Id.*

199 *Id.*

200 *Id.*

201 *Timeline: Ireland and Abortion*, BBC NEWS (26 de mayo de 2018), <https://www.bbc.com/news/world-europe-43962738> (citando a *Att’y Gen v. X* [1992] IR 846 (Ir.)). Véase *Protection of Life During Pregnancy Act 2013* (Act. No. 35/2013) (Ir.).

202 *Timeline: Ireland and Abortion*, *supra* nota 201 (citando a *Att’y Gen v. X* [1992] IR 846 (Ir.)).

203 *Id.*

204 CONSTITUCIÓN DE IRLANDA 1937 enm. 8.

205 Referendum (Amendment) (No. 2) Act, 1992. Véase CONSTITUCIÓN DE IRLANDA 1937 enms. 13 y 14.

206 Referendum (Amendment) (No. 2) Act, 1992.

207 Ciara Nugent, *Ireland May Be About to Repeal One of Europe’s Strictest Abortion Laws. This Is the History Behind the Referendum*, TIME (23 DE MAYO DE 2018), <https://time.com/5286910/ireland-abortion-laws-history/>. Véase *Twenty-fifth Amendment of the Constitution (Protection of Human Life in Pregnancy) Bill*, 2001.

Es importante enfatizar que para el 2002 la sociedad irlandesa reflejaba cambios sobre sus actitudes, conocimiento y análisis sobre el tema del aborto luego de enfrentar una crisis de embarazo.²⁰⁸

Los estudios titulados colectivamente como el *Irish Contraception and Crisis Pregnancy (ICCP) Study* demostraron que más de la mitad de la población estaba de acuerdo con el pensamiento de que una mujer debía tener la libertad de obtener un aborto bajo cualquier circunstancia que esta encontrara pertinente.²⁰⁹ En el 2007, un tribunal irlandés permitió que una menor viajara a hacerse un aborto porque el feto no tenía probabilidad de supervivencia debido a una malformación cerebral.²¹⁰ A pesar de esta decisión, y el cambio social expresado por la opinión pública a favor del aborto, se continuó con la práctica médica que negaba tratamientos médicos para interrumpir embarazos a mujeres sin evaluar adecuadamente las circunstancias particulares de cada caso.²¹¹ En este contexto surge el caso de Halappanavar. En respuesta a este caso y por una determinación de la Corte Europea de Derechos Humanos en 2010, Irlanda aprobó la *Ley de Protección de Vida* en el 2013, que estableció un listado de 25 hospitales públicos en los que las mujeres podían realizarse un aborto si sus vidas estaban en riesgo, incluyendo el suicidio.²¹² No obstante, la Ley proveyó una guía en la que se estipulan múltiples restricciones, entre ellas, el requerimiento de una validación o un análisis por un especialista médico para examinar si la vida de la madre o persona gestante se encuentra en riesgo.²¹³ La Ley obvió atender los casos en los que el feto no tuviese probabilidad de sobrevivir. Por este motivo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se involucró y entendió que Irlanda violó los derechos de privacidad a las mujeres en el 2016 al no proveerles información de cómo obtener un aborto luego de que se enterara que su feto padecía de algún defecto congénito.²¹⁴

Luego de múltiples litigios y desaprobaciones públicas, existen reportes de alrededor de 170,000 mujeres viajando al Reino Unido para obtener procedimientos abortivos.²¹⁵ Para atender este asunto, se creó una Asamblea de Ciudadanos —compuesta por 99 miembros— seleccionados aleatoriamente para que reflejaran la población irlandesa en términos demográficos.²¹⁶ Después de varias reuniones por un término de cinco meses y vistas con especialistas legales, médicos y de ética, la Asamblea sometió un reporte recomendando que el aborto en Irlanda debía ser legal hasta la duodécima semana o en cualquier punto

208 Véase Laury Oaks, "Abortion is Part of the Irish Experience, It is Part of What We Are": *The Transformation of Public Discourses on Irish Abortion Policy*, 25 WOMEN'S STUD. INT'L F. 315 (2002).

209 Véase ORLA McBRIDE, ET AL., IRISH CONTRACEPTION AND CRISIS PREGNANCY (ICCP) STUDY, para acceder a los estudios mencionados.

210 *Id.*

211 *Id.*

212 Véase Protection of Life During Pregnancy Act 2013 (Act No. 35/2013) (Ir.).

213 DEPARTMENT OF HEALTH, IMPLEMENTATION OF THE PROTECTION OF LIFE DURING PREGNANCY ACT 2013: GUIDANCE DOCUMENT FOR HEALTH PROFESSIONALS 11 (2023).

214 *Timeline: Ireland and Abortion*, *supra* nota 201.

215 Sarah Bardon, *Fact Check: Have More Than 170,000 Irish Women Travelled Abroad for an Abortion?*, THE IRISH TIME (2 de mayo de 2018), <https://www.irishtimes.com/news/politics/fact-check-have-more-than-170-000-irish-women-travelled-abroad-for-an-abortion-1.3481581>.

216 Rebecca McKee, *The Citizens' Assembly Behind the Irish Abortion Referendum*, INVOLVE (30 de mayo de 2018), <https://involve.org.uk/resources/blog/opinion/citizens-assembly-behind-irish-abortion-referendum>.

del embarazo donde peligrase la vida de la persona gestante o el feto.²¹⁷ Los resultados de este informe, junto con la presión social causada por la indignación nacional sentida luego del caso de Halappanavar, causaron el debate nacional, dando paso a la creación del referéndum del 2018.²¹⁸

B. Derecho al aborto en Argentina

En diciembre de 2020, el Senado argentino aprobó el proyecto de ley enviado por el presidente, Alberto Fernández, que permitía el aborto en las primeras 14 semanas de gestación.²¹⁹ A su vez, el proyecto obligaba a las entidades de salud a practicar el procedimiento si era necesario, incluso si alguno de sus médicos se declaraba en objeción de conciencia.²²⁰ Previo a esta legislación, el aborto en Argentina era permitido bajo dos causales: violación y riesgo para la salud de la mujer gestante.²²¹ Según un estudio del Ministerio de Salud Argentino en el 2005, se estimó que en Argentina se realizaban entre 350,000 y 500,000 abortos clandestinos al año.²²² En el 2018, el mismo Ministerio mostró que en ese año se registraron 35 muertes de mujeres embarazadas a causa de abortos mal hechos.²²³

La victoria del movimiento proaborto en Argentina ocurrió por tres factores fundamentales: el apoyo del presidente, la influencia de “la marea verde” y el cambio de legisladores. La combinación de estos tres factores dio paso a que Argentina uniera sus esfuerzos al grupo de los países latinoamericanos que permiten este tipo de procedimientos.²²⁴ El presidente promulgó el proyecto de ley y, al someterse, expresó que “la criminalización del aborto de nada ha servido, solo ha permitido que los abortos ocurran clandestinamente en cifras preocupantes”.²²⁵

Por otro lado, el movimiento feminista de “la marea verde” es uno de los más antiguos en Argentina. No solo promueve los derechos reproductivos, también lucha por el derecho al voto femenino, la igualdad de derechos y la protección de la niñez.²²⁶ En los últimos años, la despenalización del aborto se convirtió en el tema principal del movimiento y la bandera o pañuelo verde fue el símbolo principal de la campaña a favor de los derechos reproductivos.²²⁷ Inicialmente, el movimiento realizó manifestaciones masivas en la calle y desarrolló presencia mediática significativa a través de las redes

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ Sweeny, *supra* nota 193.

²¹⁹ Elena Moore, *Argentina Legalizes Abortion in Historic Senate Vote*, NPR (30 de diciembre de 2020) <https://www.npr.org/2020/12/30/951001451/argentina-legalizes-abortion-in-historic-senate-vote>.

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Id.*

²²² Daniel Pardo, *Aborto en Argentina: 3 claves que explican por qué esta vez sí se aprobó la ley de la interrupción del embarazo*, BBC NEWS MUNDO (30 de diciembre de 2020), <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-55483258>.

²²³ *Id.*

²²⁴ Entre estos países se encuentra Uruguay, Cuba, Guyana, Guyana Francesa, Puerto Rico y algunos estados de México.

²²⁵ Pardo, *supra* nota 222.

²²⁶ *Id.*

²²⁷ *Id.*

sociales.²²⁸ El impacto de esta presencia permitió que los líderes del movimiento pudiesen persuadir a la esfera política a considerar seriamente esta legislación.²²⁹

Con estas consideraciones, y luego de las últimas manifestaciones, hubo un cambio de pensamiento en los miembros claves de la legislatura.²³⁰ La diputada Flavia Morales expresó lo siguiente: “[d]esde la votación de 2018 he reflexionado, he analizado. La penalización no logra evitar que muchas mujeres realicen esta práctica y más aún en la clandestinidad. En efecto, la intervención del Estado, en este momento, es fundamental”.²³¹ De igual forma, este cambio de mentalidad sobre el tema del aborto se reflejó en la población general, que con el pasar del tiempo comenzó a participar en mayor proporción en las manifestaciones.²³²

En ambos países vemos cómo en última instancia el factor significativo para implantar el derecho al aborto ha sido la autogestión política del movimiento proaborto. Ambos países constituyen referencias de cómo puede formalizarse el derecho al aborto, más allá de la jurisprudencia, a través de la movilización política y la participación ciudadana.

CONCLUSIÓN

El derecho nos pertenece a todos y todas y, como miembros de esta sociedad, debemos tener la potestad de decidir colectivamente qué derechos y valores deseamos establecer como guías para nuestras interacciones colectivas. Por tanto, haciendo alusión a la cita introductora de este artículo, debemos luchar por estos ideales de una forma que motive a los demás a unirse a nuestra causa e involucrarse en nuestro sistema democrático. El derecho al aborto, más allá de un debate político, envuelve una visión del rol que tiene la mujer y la persona gestante en nuestra sociedad. Restringir este derecho no solo priva a estas personas de tener autonomía sobre su cuerpo, sino que también menoscaba de distintas maneras su posibilidad de participar en igualdad con el género masculino en la vida social, política y legal. Peor aún, las restricciones sobre este derecho atentan contra la salud física y emocional de las mujeres y personas gestantes.

No debe ser delegado a la Rama Judicial el rol de establecer y proteger derechos reconocidos socialmente como fundamentales. En este escenario, el derecho al aborto es un asunto que debe ser ejercido por la ciudadanía a través de la participación política. La lucha para defender este derecho, tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico, corresponde a la autogestión política y el activismo social. En nuestro esquema democrático, el movimiento colectivo ejerce presión en la Rama Legislativa para reconocer y proteger el derecho al aborto. Como antes explicado, Irlanda y Argentina son ejemplos recientes de cómo la autogestión y la participación ciudadana son excelentes herramientas para impulsar cambios sociales, políticos y legales. Esta es la ruta más viable para vindicar el derecho al aborto a través de la justicia reproductiva en Puerto Rico.

²²⁸ *Id.*

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Id.*

²³² *Id.*

Actualmente, en Puerto Rico existen colectivos movilizándose para defender el derecho al aborto, entre ellos el Colectivo Feminista en Construcción, Matria, Grupo de Trabajo y Género, entre otros.²³³ La justicia reproductiva es un tema que afecta a toda la ciudadanía, por lo cual debemos educarnos sobre el tema para impulsar el interés social, de manera que eventualmente promueva la creación de legislación y proteja la salud reproductiva de las mujeres. El enfoque debe estar en fomentar el bienestar de las mujeres y en apoyar su decisión de ser o no ser madres. Consecuentemente, la ciudadanía podrá elegir gobernantes que establezcan leyes y promulguen sus ideales, que puede incluir un gobernador que apoye el derecho al aborto y promueva la política pública de no perseguir a las personas que deseen someterse a este tratamiento. Más aún, se necesita una legislatura que con el consentimiento de su ciudadanía imponga protecciones legislativas a este derecho y rechace fehacientemente propuestas legislativas que intenten restringirlo. Ahora, más que nunca, debemos ser sujetos activos en nuestra democracia para exigir la protección de derechos existentes y la implantación de derechos que como sociedad consideramos fundamentales.

²³³ *Organizaciones en Puerto Rico solidarias con el movimiento argentino por el derecho al aborto*, AMNISTÍA INTERNACIONAL PUERTO RICO (6 de agosto de 2018), <https://www.amnistiapr.org/blog/2018/08/06/organizaciones-en-puerto-rico-solidarias-con-el-movimiento-argentino-por-el-derecho-al-aborto/>.