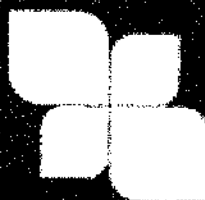


VOLUMEN 13

NÚMERO 1

AÑO 2017



REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

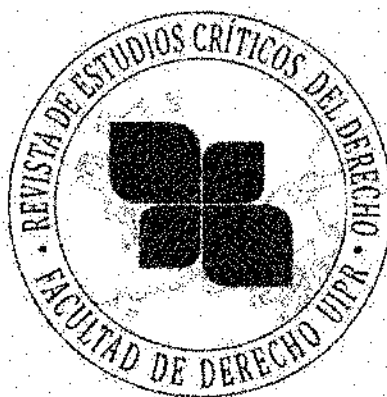
UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO



LAT CRIT



UNIVERSIDAD INTERAMERICANA
DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO



VOLUMEN 13

NÚMERO 1

AÑO 2017

REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO

Revista de Estudios Críticos del Derecho

Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico

ISSN: 2374-6017

(787) 751-1912 ext. 2140

<http://www.derecho.inter.edu/inter/node/191>

<http://latcrit.org/content/publications/clave/>

revista.clave@juris.inter.edu

revcrituipr@gmail.com



REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO
UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO
FACULTAD DE DERECHO

VOLUMEN 13

NÚMERO 1

AÑO 2017

JUNTA EDITORA

Verónica N. Vázquez Santiago
Directora & Editora Jefa

Aliceber Rivera Alfaro
Directora & Editora Asociada

Kenia Ortiz de Jesús
Directora & Editora Asociada

Annelly Hernández Santos
Directora & Editora Asociada

Michael Román Cardona
Directora & Editora Asociada

EDITORES

Zoryleen Llanos Ferrer
Gustavo A. Quiñones Pérez
Juan C. Dávila Olmeda
Geraldine Figueroa Sanabia

Ashley Latorre Navarro
Juan C. Dávila Olmedo
Edda I. Salgado Reyes

CUERPO DE REDACTORES

Kathia Guzmán Rivera
Luis Rivera Villanueva
Jessica Robles Cintrón
Sheily M. Virella Cosme
Katia Figueroa Sanabia
Kenneth Sanabria Domenech

Adamar Marrero Rosario
Giancarlo Betancourt Orozco
Marisol Ramos Collazo
Jerohim Ortiz Menchaca
Daliana Rosario Núñez

CONSEJERO ACADÉMICO

Prof. Pedro Juan Cabán Vales

CONSEJERA ACADÉMICA

Prof. Myrta Morales Cruz

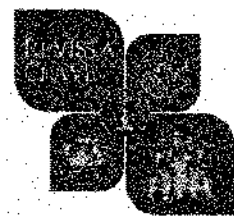
ASISTENTE ADMINISTRATIVO

Jenauny Aybar

BIBLIOTECARIO

José M. Estrada-Bolívar

Publicado en conjunto con *LatCrit Inc.*
Miembro del *National Conference of Law Reviews*



TRASFONDO Y DATOS DE PUBLICACIÓN

Fundada en el año 2003 bajo CLAVE, la Revista de Estudios Críticos del Derecho, es la primera y única revista jurídica crítica en Puerto Rico. Publicada en unión con Latino & Latina Critical Theory Inc. (en adelante LatCrit) y la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico (en adelante Facultad de Derecho UIPR), surgió como uno de los numerosos proyectos de LatCrit, organización académica estadounidense dedicada al desarrollo y la discusión de la teoría crítica de la raza. Actualmente es manejada principalmente por estudiantes de Derecho y busca dar una voz independiente a las revistas jurídicas universitarias tradicionales mediante la publicación de artículos jurídicos desde una perspectiva crítica.

La Revista tomó forma material en una versión impresa patrocinada por la Facultad de Derecho UIPR y una versión digital corta dirigida y coordinada por los miembros de la junta de LatCrit. Desde entonces, la Facultad ha producido sobre una decena de volúmenes independientes que, acoplados a los intereses estudiantiles, capturan el espíritu del proyecto original.

Cada año se publica un volumen de la Revista la cual incluye artículos inter y multidisciplinarios que abordan los estudios críticos del Derecho desde diversas perspectivas disciplinarias como la historia, literatura, la sociología, la antropología, estudios culturales, estudios americanos, estudios de género, entre otros. La Revista de Estudios Críticos del Derecho es una publicación bilingüe, la cual acepta escritos en español y en inglés.

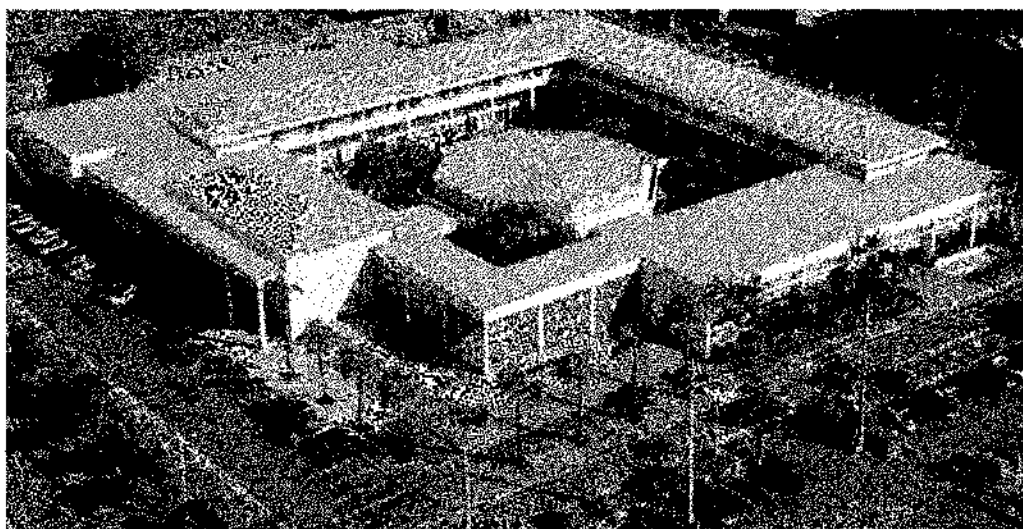
INDEXACIÓN: La Revista forma parte de las bases de datos digitales locales e internacionales más importantes del mundo jurídico y académico entre estas: *Westlaw*, *Lexis Nexis*, *Microjuris*, y *Hein Online*. Además de su publicación impresa, la versión digital puede ser accedida desde la página electrónica de la Facultad de Derecho UIPR y la página oficial de LatCrit.

AFILIACIONES: La Revista es miembro del *National Conference of Law Reviews* y publicada en conjunto con LatCrit.

CITACIÓN: Los artículos se rigen por las reglas establecidas en el manual de citación *The Bluebook: A Uniform System of Citation* (20th ed. 2015).

Cítese esta *Revista* de la siguiente manera:

13 REV. CRIT. UIPR __ (2016).



FACULTAD DE DERECHO UIPR

La Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana se estableció en el año 1961 como una escuela nocturna. En el 1965 amplió los ofrecimientos académicos al establecerse una sesión diurna y contratarse profesores a tarea completa. En ese año se estableció una Clínica de Asistencia Legal en centros ubicados en los arrabales de San Juan, para proveer servicios legales gratuitos a los indigentes de la capital. En la actualidad tiene un total de 734 estudiantes entre las sesiones diurna y nocturna. Cuenta con un claustro de 28 profesores a tiempo completo y 50 a tiempo parcial. La Facultad de Derecho está acreditada por el Consejo de Educación Superior, la *Middle States Association* y la *American Bar Association*. Está, además, afiliada a la Asociación Americana de Escuelas de Derecho. En agosto de 1993, la Facultad de Derecho inauguró su nueva estructura en el sector conocido como el Nuevo Centro de San Juan, cercano al Tribunal de Distrito Federal, la zona bancaria de Hato Rey, la Oficina General del Servicio Postal y a centros comerciales y restaurantes. La construcción de las nuevas instalaciones marcó un momento trascendental en la historia de la institución, ya que su expansión y crecimiento requerían tener una estructura que estuviese en consonancia con las aspiraciones y metas de la Facultad, así como con su compromiso de elevar más aún la calidad de la educación jurídica en el país. En el 2001 la Facultad comenzó un programa de estudios de verano en Madrid, España, el cual luego se expandió a Venecia, Italia, Londres, Inglaterra y Beijing, China, acreditado por la *American Bar Association*. En el 2010 la Facultad obtuvo la autorización del Consejo de Educación para ofrecer el grado de Maestría en Derecho. Actualmente cuenta con un exitoso programa que ofrece el Juris Doctor en inglés dirigido a estudiantes con miras a ejercer la abogacía en Estados Unidos.

REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO

FACULTAD DE DERECHO

Volumen 13	Número 1	Año 2017
------------	----------	----------

CONTENIDO

PRÓLOGO:

<i>Yanira Reyes Gil</i>	xiii
 LA DESEABILIDAD DE LA ERRADICACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA <i>FRENTE AL DERECHO AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA SEGÚN PROMULGADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: UN DELICADO BALANCE DE INTERESES</i> <i>Krenly Cruz Ramírez de Arellano</i>	 1
 MIRADA AL PROCESO DE DESCriminalIZACIÓN DE LA POSESIÓN DE LA MARIHUANA PARA CONSUMO PERSONAL EN PUERTO RICO: LA DOBLE VARA TIENE QUE TERMINAR <i>Juan C. Dávila Olmeda</i>	 49
 ¿SOMOS DUEÑOS DE NUESTRO CUERPO? EL DERECHO PROPIETARIO DENTRO DEL CAMPO DE LA BIOTECNOLOGÍA <i>Kathia Guzmán Rivera</i>	 71
 POBREZA Y CRIMINALIZACIÓN EN LA POBLACIÓN TRANS <i>Christian Rios Vallejo</i>	 87
 LA “JUNTA” PROTEGERÁ LA SALUD FISCAL DE LA ISLA, PERO Y ¿QUIÉN PROTEGERÁ LA SALUD MENTAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS? LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS Y EL ESTADO DE DERECHO EN PUERTO RICO <i>Zoryleen Llanos Ferrer</i>	 113
 ¡MÍRAME!: LA CULTURA DEL CINE COMO INSTRUMENTO DE DENUNCIA Y SENSIBILIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS LGBTQ. <i>Luis “Conti” Rivera Villanueva</i>	 139

**DERECHO Y NACIONALISMO DE ESTADO: EL TRIBUNAL SUPREMO DE
PUERTO RICO Y LA IDENTIDAD NACIONAL**

Gustavo Quiñones Pérez 167

ÍNDICE REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO: VOLÚMENES 1-10

José M. Estrada-Bolívar 199

PRÓLOGO

YANIRA REYES GIL

La *Revista de Estudios Críticos del Derecho*, CLAVE, nació para proveer un espacio de reflexión multidisciplinario de pensamiento libre y crítico al Derecho. CLAVE tenía como propósito expreso explorar las formas en que los estados, las leyes y otras fuerzas y discursos sociales afectan a los sujetos. Estos sujetos vistos como cuerpos nacionalizados, ubicados desde una perspectiva de género, racializados y sexuados. CLAVE entonces se presentaba como un espacio para discutir no solo el poder sino las resistencias. Después de más de una década, puedo felizmente afirmar que la revista continúa siendo este espacio importante de debate y los artículos incluidos en este volumen lo demuestran.

Estos artículos nos obligan no solo a pensar en sus contenidos específicos, que discutiré más adelante, sino también a pensar en nuestra labor como profesoras, profesores, estudiantes, trabajadores y trabajadoras al fin de la academia. Entiendo que estas categorías no son sinónimo y requieren análisis distintos. Las profesoras y profesores, por un lado, tenemos la ardua tarea de transmitir conocimiento. Pero aún en ese ámbito, que a primera instancia podría resultar simple, se requieren compromisos. Me decía uno de mis profesores cuando le comenté que aspiraba a convertirme en profesora algún día, que este trabajo es el más sencillo si se hace de manera mediocre y el más complicado si se asume con responsabilidad. Porque nos enfrentamos todos los días al dilema de cómo asumir la tarea. La profesora o profesor puede dedicarse solo a transmitir conocimiento o puede, por otro lado, crearlo. La creación de conocimientos desde las aulas requiere por un lado, el acercamiento crítico a la materia y por otro lado, la construcción de espacios democráticos y de rupturas jerárquicas dentro del salón de clases. Este de por sí sería, de entrada, una tarea importante para la consecución de un mundo más justo o al menos un mundo algo más divertido.

No obstante, la profesora/or también tiene otras esferas de trabajo. En algunos casos, como el mío, se asumen labores administrativas. En este ámbito en el que me encuentro, siempre recuerdo a Mafalda cuando decía: “Como siempre, lo urgente no deja tiempo para lo importante”. Y es que las urgencias nos persiguen y dificultan la labor, que entiendo, es la realmente académica. Aquí otro de los dilemas: a qué tipo de trabajo académico dedicamos el tiempo y esfuerzo.

Dice bell hooks (importante escritora y feminista) que el trabajo académico que se realiza en el ambiente universitario está confinado por las demandas institucionales y profesionales, que requieren cumplir normas, objetivos, currículos, pronuntarios, assessment, evaluaciones, notas, comités. Requiere aprender un lenguaje compartido y performativo que se aleja en muchas ocasiones del trabajo intelectual¹. Las profesoras y profesores de Derecho estamos particularmente limitados por las exigencias de la especialización de materias (constitucional, administrativo, familia, penal) y además por lo que se considera el trabajo académico “valioso”, tanto en temas como en foros. El trabajo del profesor o profesora de Derecho *suen*a de cierta forma, *se organiza* de cierta forma y *se publica* en ciertos foros (entiéndase el tratado o la revista jurídica). No obstante, cuando ese trabajo sale de los confines universitarios y es pertinente para un mayor número de gentes y grupos, cuando transgrede y afecta, entonces podemos hablar de un trabajo intelectual. Por lo tanto, y como penoso resultado, el trabajo intelectual de la estudiante de Derecho también suele medirse con esa misma vara, el artículo de revista jurídica que logra ser publicado, se ve, se lee, se fundamenta y se organiza de la misma forma.

Aquí entonces nos enfrentamos a otro dilema, de qué tipo de trabajo intelectual hablamos. Porque el trabajo intelectual puede no estar ajeno a complacencias dogmáticas o político-partidistas, lo que recuerda la clasificación Gramsciana del intelectual orgánico/hegemónico, siendo éste aquel que justifica el orden y el poder². Entonces, el reto es convertimos en intelectuales transformativos, en intelectuales comprometidas y comprometidos con el análisis sagaz, valiente y oportuno. Comprometidas con la denuncia de la violencia, no solo aquella que ocurre en otras partes del mundo, o en momentos de guerra o por medio de la fuerza física. Sino también la violencia que ocurre aquí en casa, en la vida cotidiana, en la palabra, en la práctica gubernamental y desde el poder. Este compromiso social no solo debe darse desde nuestra labor profesoral, académica o estudiantil, en nuestros escritos o conferencias, sino que debemos adoptar lo que hooks propone: que nuestras vidas sean un ejemplo vivo de nuestra política. O como propone Robert Westley y Sumi Cho, un constante intento de “performing the theory”³. Porque como dice Mafalda: “Resulta que si uno no se apura a cambiar el mundo, después es el mundo el que lo cambia a uno!”

El compromiso serio con la crítica jurídica o con el análisis comprometido nos aleja en ocasiones de la publicación tradicional. La publicación que lleva prestigio o

¹ bell hooks, *Teaching to Transgress: Education as the Practice of Freedom*, London: Routledge. (1994)

² Antonio Gramsci, *Los Intelectuales y la Organización de la Cultura*, T. II. Juan Pablos Editor. S.A. México, D.F. (1975)

³ Sumi Cho & Robert Westley, *Critical Race Coalitions: Key Movements That Performed The Theory*, 33 U.C. Davis L. Rev. 1377 (2000)

consigue citaciones en la jurisprudencia o en otros tratados. Decía Richard Delgado que los juristas de mayor prestigio suelen citarse a ellos o ellas mismas, un sistema de estrellas que excluye a las minorías. Llamándolo “imperial scholar”⁴, Delgado denuncia la práctica en la academia que excluye al joven, al negro, al latino y más aún a la joven, la negra o la latina. Este mismo análisis se puede hacer también del escrito que cuestiona en vez de describir, que propone en vez de reiterar. En esta coyuntura la Revista de Estudios Críticos del Derecho, Clave, provee un espacio al escritor joven, a la académica crítica, a aquel o aquella que inventa teorías: un espacio, una grieta, un intersticio, un chance, un respiro.

Krenly Cruz Ramírez de Arellano, en su artículo “*La deseabilidad de la erradicación de la práctica de la mutilación genital femenina frente al derecho al ejercicio de la libertad religiosa según promulgado en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo: un delicado balance de intereses*”, aborda el tema de la mutilación genital femenina desde una perspectiva crítica y profunda. El autor no sucumbe a la fácil tentación de asumir una postura intransigente desde el occidentalismo, sino que pondera asuntos de libertad religiosa y cultural versus los mandatos universales de derechos humanos. Reflexiona sobre los peligros de la prohibición absoluta de este fenómeno asumiendo una cautela muy valiente y realista ante la posibilidad de la desregulación y el clandestinaje de la práctica. Propone un método de balance de intereses: “A nuestro juicio este ejercicio de balance de intereses requiere que la MGF sea minuciosamente reglamentada, aunque no prohibida. El derecho de las mujeres adultas a tomar decisiones sobre la transformación de su propio cuerpo, sea que se derive del derecho fundamental al libre ejercicio de la religión o del derecho fundamental a la intimidad, debe ser lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de someterse a una cirugía genital. No obstante, la comunidad internacional tiene la responsabilidad de garantizar su interés de que no se menoscaben otros derechos humanos de igual o mayor jerarquía, en establecer salvaguardas higiénicas y estándares médicos, y en proteger la vida y la libertad individual de las niñas y mujeres.”

Juan C. Dávila Olmeda, en su artículo “*Mirada al proceso de descriminalización de la posesión de la marihuana para consumo personal en Puerto Rico: la doble vara tiene que terminar*” aborda el tema de la descriminalización de la marihuana desde una perspectiva crítica haciendo uso de análisis de raza y clase social. Argumenta que la criminalización del uso y distribución de la marihuana tiene un impacto mayor en sectores pobres y no blancos. Compara tres casos de jóvenes adultos en Puerto Rico que fueron acusados por posesión y uso de marihuana. Resalta en su comparación la manifiesta y clara diferencia en trato y consecuencias legales cuando se trata de jóvenes blancos provenientes de familias acomodadas. Finalmente hace propuestas concretas de legislación y política pública para la descriminalización.

⁴ Richard Delgado, *The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature*, 132 University of Pennsylvania Law Review 561 (1984)

Kathia Guzmán Rivera, nos presenta “*¿Somos dueños de nuestro cuerpo? El derecho propietario dentro del campo de la biotecnología*”. Aquí la autora hace un análisis interdisciplinario en donde la biología y el derecho se entrelazan para estudiar un fenómeno de mucha relevancia actual y digno de cualquier filme de ciencia ficción, la propiedad de los tejidos humanos. Ante la disyuntiva del control sobre nuestro cuerpo y la distancia de partes del mismo que han sido donados para propósitos científicos, la autora visita distintos ordenamientos para explorar la manera en que se han tratado estos asuntos en otras jurisdicciones y aborda también el derecho vigente en Puerto Rico encontrando completa ausencia de base jurídica para resolverla. Concluye “... es menester reconocer que si el cuerpo humano no tiene cabida en la definición de propiedad cuando el sujeto es la persona, tampoco tiene cabida en la definición de propiedad cuando el sujeto es el Estado. La situación amerita la creación de estatutos especializados que sean consonos con la visión de que el cuerpo humano es una extensión de la persona y no un objeto; estatutos que no vayan en contra del libre ejercicio de la voluntad de la persona sobre el único medio que hace la vida posible: su cuerpo.”

Christian Ríos Vallejo, analiza en su artículo, “Pobreza y criminalización en la población trans” una de las comunidades más marginadas en las sociedades actuales, la población trans. En su artículo Ríos Vallejo hace uso de análisis crítico sobre la relación directa entre la pobreza y la criminalidad. Argumenta de manera contundente, que el fenómeno de la criminalización de las comunidades pobres, se agudece cuando tratamos sectores que se encuentran invisibilizados por su propia comunidad y que enfrentan los azotes más severos de la exclusión y marginalidad. Ante la falta de recursos la población trans acude a la prostitución como mecanismo de supervivencia. Por lo que, concluye a favor de la descriminalización de la prostitución como mecanismo para enfrentar la precaria situación de estas poblaciones. Hace una propuesta tripartita para atender este fenómeno: “A todo lo anterior, se le tendría que añadir la creación de un sistema legal apto para atender las necesidades de esta población. Para esto ser viable, propongo: (1) descriminalizar la prostitución, (2) transformar la visión legal para atender controversias de personas trans y (3) adoptar una conciencia queer al interior de la profesión legal.”

Zoryleen Llanos Ferrer, “*La “junta” protegerá la salud fiscal de la isla, pero y ¿quién protegerá la salud mental de los servidores públicos? Los riesgos psicosociales en las agencias administrativas y el estado de derecho en Puerto Rico*” hace un análisis interdisciplinario de mucha pertinencia. Uniendo la psicología industrial y el derecho, la autora aborda el impacto que tienen las nuevas leyes laborales que se han establecido a partir de las medidas de austeridad establecidas por la Junta de Control Fiscal, en la salud mental de los trabajadores y trabajadoras del sector público. La autora señala: “Para que la clase obrera del sector público pueda sobrevivir a este fenómeno, debe ser objetivo del gobierno el transformar el ambiente laboral público en uno más justo y cohesionado, en donde se pueda alcanzar los estándares

de una economía desarrollada, incrementando la productividad y cerrando las brechas entre sectores productivos.”

Continuando con los abordajes multidisciplinarios, Luis Conti Rivera Villanueva acude al cine no solo como texto de análisis sobre la situación de la comunidad LGBTTIQ, sino a la vez como herramienta de denuncia y visibilización. En su artículo, “*¡Mirame!: La cultura del cine como instrumento de denuncia y sensibilización en el ámbito de los Derechos Humanos LGBTIQ*”, el autor denuncia cómo el Derecho ha estado invisibilizando a estos sectores y cómo el cine, en tiempos recientes, ha contribuido con la puesta en escena de temas y vivencias relativos a la comunidad. El autor parece reconocerle pocas posibilidades de cambio al Derecho ajeno a un proceso de sensibilización y educación social. El cine, entonces, se presenta como espacio y herramienta para esos fines. Para ese propósito señala: “Resulta innegable que la educación es la clave y el cine es un vehículo para ello. Sensibilizar a los operadores jurídicos desde las aulas y al entorno, dejándoles ver que más allá del Derecho existen individuos cuya existencia y realidades dependen de la capacidad que tengamos para ser agentes de cambio. Que ya es hora de asumir la equidad desde nuestros espacios de formación y facilitar con ello esa transición que permita la integración de comunidades marginadas a los espacios que le corresponde como iguales ante la ley.”

Finalmente, la revista nos trae un excelente ejemplo de teoría crítica en el artículo de Gustavo Quiñones Pérez, “*Derecho y Nacionalismo de Estado: El Tribunal Supremo de Puerto Rico y la identidad nacional*”. Aunque los estudios críticos del derecho no son un movimiento homogéneo, sí podemos hablar de principios o preocupaciones comunes. Bellioti identifica tres temas principales de lo que se conoce en inglés como *Critical Legal Studies*: la indeterminación o relatividad del derecho, el derecho como herramienta para la legitimación política y el derecho como ideología que reproduce un sistema de ideas que sostienen el orden político, jurídico capitalista⁵. Quiñones Pérez hace un análisis de contenido de decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico que revelan la manera en que esta jurisprudencia ha servido para crear una nación imaginada a la Benedict Anderson. Señala el autor: “El máximo tribunal tiene la capacidad de legitimar y, en consecuencia, institucionalizar un discurso. Dicho discurso desplaza y margina el resto de las concepciones nacionales mediante lo que Foucault llamaría la relación saber-poder que se lleva a cabo a través de las instituciones estatales. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo posee la capacidad de sancionar un discurso y repudiar otros.”

Lo que escribe Derrida: “Toda práctica social pasa por textos y todo texto es en sí mismo una práctica social”⁶; adquiere significado particular en este contexto. La Re-

⁵ Raymond Bellioti, “The Legacy of Marxist Jurisprudence” en *Radical Philosophy of Law. Contemporary Challenges to Mainstream Legal Theory and Practice*. New Jersey: Humanities Press. (1995)

⁶ Derrida, J., “Una filosofía deconstructiva”, https://redaprenderycambiar.com.ar/derrida/textos/filosofia_deconstructiva.htm, última visita 2 de junio de 2017.

vista de Estudios Críticos del Derecho, CLAVE, nos ofrece espacios y también nos reta. Reta las maneras clásicas (por no decir anticuadas) de transmitir ideas, rompe con las estructuras aisladas y que aíslan, incorpora la crítica a la forma misma y nos compromete con el escrito al invitar a la lectora y al lector a incluirse en el mismo. Permite un diálogo que cuestiona y reta las fuentes clásicas del Derecho. Aceptemos el reto y dialoguemos con cada uno de estos artículos.

LA DESEABILIDAD DE LA ERRADICACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA FRENTE AL DERECHO AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA SEGÚN PROMULGADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: UN DELICADO BALANCE DE INTERESES

KRENLY CRUZ RAMÍREZ DE ARELLANO¹

RESUMEN

Este análisis demuestra que en el ordenamiento legal internacional existen disposiciones que inciden sobre el derecho al libre ejercicio de la religión y le imponen límites a la práctica de la mutilación genital femenina. Por otro lado, expone que prohibir de forma absoluta el derecho de las mujeres adultas a tomar decisiones sobre la transformación de su propio cuerpo lacera sus derechos fundamentales al libre ejercicio de la religión y a la intimidad. El artículo propone que la mutilación genital femenina se reglamente minuciosamente en un ejercicio metodológico de balance de intereses, de forma que la comunidad internacional garantice simultáneamente los derechos a la salud y a la vida, así como la libertad individual de las niñas y mujeres.

Palabras clave: *ablación, infibulación, África, antropología, asilo, balance de intereses, circuncisión, cirugía genital, clitoridectomía, Comisión Europea de los Derechos humanos, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre los derechos del niño, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, deportación, Derecho Internacional, derechos absolutos, derechos de la mujer, derechos fundamentales, derechos humanos, imperialismo, imperialismo cultural, libertad religiosa, libre ejercicio de la religión, MGF, mutilación genital femenina, OMS, ONU, Orga-*

¹ B.A. Educación Secundaria en Historia, Universidad de Puerto Rico; M.A. Religión, Seminario Evangélico de Puerto Rico; J.D., Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Aprovecho este espacio para agradecer al profesor Luis Enrique Romero Nieves y a la profesora Agustina Luvís Núñez sus respectivas aportaciones a mi interés y formación en los temas discutidos en este escrito.

nización de Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, persecución, refugiados, relativismo cultural, TEDH, tradición, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, UNICEF

ABSTRACT

This analysis shows that there are international legal provisions that limit the right of religious freedom and impose boundaries on the practice of female genital mutilation. On the other hand, the article exposes that to absolutely prohibit the right of adult women to make decisions on the transformation of their own bodies lacerates their fundamental rights of religious freedom and privacy. The article proposes that female genital mutilation be thoroughly regulated in a methodological exercise of balance of interests, so that the international community can simultaneously guarantee the rights to health and life, as well as the individual freedom of girls and women.

Keywords: *absolute right, Africa, anthropology, asylum, balance of interests, circumcision, clitoridectomy, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Convention on the Rights of the Child, cultural imperialism, cultural relativism, deportation, ECHR, European Commission of Human Rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, female genital mutilation, FGM, freedom of religion, fundamental right, genital surgery, human rights, imperialism, infibulation, International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Law, persecution, refugee, religious freedom, tradition, UN, UNICEF, United Nations, Universal Declaration of Human Rights, WHO, women's rights, World Health Organization*

ARTÍCULO

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN DERECHO LIMITADO

Cualquiera que duerma con una mujer durante su menstruación y descubra su desnudez, su fuente descubrió, y ella descubrió la fuente de su sangre; ambos serán eliminados de su pueblo. ... El hombre o la mujer que consulten espíritus de muertos o se entreguen a la adivinación, han de morir; serán apedreados, y su sangre caerá sobre ellos.

Levítico 20:18, 27

Una persona cuyas convicciones religiosas, éticas e ideológicas se encuentren gobernadas de manera absoluta por las escrituras de la tradición judeocristiana podría incurrir en la conducta descrita en el precepto bíblico citado –ejecutar algún vecino– y luego intentar levantar su derecho constitucional al libre ejercicio de la religión como una defensa eximente de responsabilidad penal. Por desatinada que esta probabilidad pueda parecernos a aquellos y aquellas que nos hemos formado en este tiempo y este lado del planeta, la realidad es que todavía existen comunidades en el globo que se fundamentan en tradiciones religiosas transmitidas desde tiempos antiguos para justificar lo que a nuestro juicio podría considerarse, cuanto menos, una violación a la integridad del cuerpo ajeno, o en el peor de los supuestos, una agresión agravada. Este es el caso de la mutilación genital femenina² practicada en comunidades cristianas, judías y musulmanas en diversas regiones del planeta.³

² En adelante, MGF.

³ José Alberto Escobar Marín, *El derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos*, 83 (Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXIX (2006)). “FGC is most widely associated with Muslims because the African communities in which it is most practiced are “predominantly Islamic.” However, female circumcision has been practiced by Jews, Christians, and other African religious groups as well. ... Female circumcision is prevalent in twenty-eight African, Asian, and Arab countries”. Kathleen Bradshaw, *A Discursive Approach to Female Circumcision: Why the United Nations Should Drop the One-Sided Conversation in Favor of the Vagina Dialogues*, 38 N.C. J. Intl. L. & Com. Reg. 601, 609-10, 616 (2013). C.f. *Abay v. Ashcroft*, 368 F.3d 634, 640 (6th Cir. 2004). “Should Amare be returned to Ethiopia, a country where the practice is “nearly universal” with 90% of females having been subjected to some form of it, it is probable that she would be subjected to that painful practice should she marry.” *Id.* En Sierra Leona el 56% de las mujeres y el 47% de los hombres afirman que la MGF es un requisito de su religión. UNICEF Division of Data, Research and Policy, *Sierra Leone: Statistical Profile on Female Genital Mutilation/Cutting* http://data.unicef.org/corecode/uploads/document6/uploaded_country_profiles/corecode/222/Countries/FGMC_SLE.pdf (accedido el 14 de mayo de 2016).

En el caso del Islam, por ejemplo, la justificación no se fundamenta en el Corán, sino en el hadith, una colección de *dichos y hechos* adscritos al profeta Mahoma. Estos dichos no forma parte del cuerpo canónico de las escrituras sagradas principales del Islam, pero conforme a la tradición, se remontan al periodo fundacional de la religión.⁴ “La circuncisión es ley para los hombres y la preservación de la honra para las mujeres”, apunta la tradición.⁵

La disputa sobre si la MGF es una práctica compulsoria y propia del Islam alcanzó los tribunales oficiales en Egipto cuando en 1994 el Ministerio de Sanidad prohibió la MGF en los hospitales públicos.⁶ Los líderes islámicos ortodoxos, entre ellos Yusef el Badri, reclamaron que esta práctica representaba una seña ineludible de la identidad musulmana.⁷ Argumentaron, además, que ésta se había convertido en un símbolo de reafirmación propio de su interpretación del Islam.⁸ Consecuentemente algunos de estos líderes acudieron ante el Tribunal Administrativo del Cairo y acusaron al gobierno de haber dictado una ley “antimusulmana”.⁹ Aunque inicialmente este tribunal le dio la razón a los líderes religiosos, en 1998 la Corte Suprema Administrativa de Egipto revocó esa determinación y validó la prohibición de la MGF, ésta vez, en todos los hospitales.¹⁰ El Tribunal dictaminó que “la ablación no es una práctica islámica, ya que en el Corán... no existe ningún versículo sobre la necesidad de efectuarla... no es tampoco una sunna... sólo se puede efectuar en los casos en que los médicos la consideren necesaria para la salud”.¹¹ A pesar de que finalmente los tribunales egipcios validaron la prohibición de la MGF, es medular resaltar que los argumentos esbozados por sus promotores fueron estrictamente religiosos. Y que, por tanto, el tribunal los resolvió partiendo de esas premisas y en consideración a postulados y fuentes de autoridad internas al Islam, i.e., el Corán.

Con toda probabilidad en los sistemas constitucionales noroccidentales sería muy cuesta arriba que un individuo utilice su fervor religioso para justificar la MGF, la ejecución *incontinenti* de alguna mujer que sostuvo relaciones sexuales durante su periodo menstrual o el asesinato de un vecino que practicaba el espiritismo. La razón es que en la mayoría de los sistemas constitucionales occidentales el derecho

⁴ Claude Cahen, *El Islam: Desde los orígenes hasta el comienzo del Imperio Otomano*, 7 (José María Palao trd., Siglo Veintiuno 2006).

⁵ Ahmad Ibn Hanbal 5:75; Abu Dawud, Adab 167. Citado por Hamdun Dagher, *The Position of Women in Islam* (Light of Life, Villach 1997). <http://www.light-of-life.com/eng/revcal/r5405cfc.htm>.

⁶ Escobar Marín, *supra* n. 2, págs. 84-85.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

al libre ejercicio de la religión es uno fundamental, pero de ninguna manera absoluto. En los Estados Unidos, por ejemplo, el texto de la Primera Enmienda de la Constitución podría dar la impresión de que el derecho a la libertad religiosa es uno irrestricto. “Congress shall make *no law* respecting an establishment of religion, *or prohibiting the free exercise thereof...*”.¹² No obstante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha resuelto que cuando se evalúa un estatuto penal de aplicación general, cuya intención específica no es imponer una carga al ejercicio de la libertad religiosa ni restringir la libertad de culto, basta que los tribunales sometan esa norma a un análisis deferencial de racionalidad aun cuando la reglamentación adoptada pueda crearle una carga incidental a la libertad religiosa.¹³

Por otra parte, en España la propia Constitución establece expresamente ciertas limitaciones hermenéuticas para interpretar el alcance de la libertad religiosa. Reza el artículo 16: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades *sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”.¹⁴ A pesar de que el Tribunal Supremo de España ha determinado que el derecho al ejercicio de la libertad religiosa debe comprenderse en su acepción más amplia,¹⁵ el Tribunal Constitucional advierte que este derecho guarda relaciones de interdependencia con los demás derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento español, entre ellos, la salvaguardia de la salud pública.

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites ... en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otra el límite deriva

¹² Const. EE. UU. Enm. I. Énfasis suplido.

¹³ *Empl. Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 884-885, 890 (1990). Las decisiones emitidas en *Holt v. Hobbs*, 135 S. Ct. 853 (2015) y *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 2774 (2014) han dejado esta normativa en suspenso. Sin embargo resulta incluídible destacar que las decisiones que modifican esta norma no se amparan en consideraciones de naturaleza constitucional, sino en la interpretación de estatutos aprobados por el Congreso con posterioridad a ella. “Congress enacted RLUIPA and its sister statute, the Religious Freedom Restoration Act of 1993 (RFRA), “in order to provide very broad protection for religious liberty.” RFRA was enacted three years after our decision in *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, which held that neutral, generally applicable laws that incidentally burden the exercise of religion usually do not violate the Free Exercise Clause of the First Amendment”. *Holt*, 135 S. Ct. pág. 859. Citas omitidas.

¹⁴ Constitución Española de 1978, Título I, Capítulo Segundo, artículo 16. Énfasis suplido.

¹⁵ “Si se trata de la propia conducta y sin incidencia sobre los demás, el Tribunal Constitucional parte de una protección plena a la libertad de profesar creencias personales y únicamente podrá ser delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida, caso límite es el suicidio por motivos de creencia o autoinmolación”. Escobar Marín, *supra* n. 2, pág. 46.

de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.¹⁶

[S]ólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto. *No obstante, no se puede ignorar el peligro que para las personas puede derivarse de eventuales actuaciones concretas de determinadas sectas o grupos que, amparándose en la libertad religiosa y de creencias, utilizan métodos de captación que pueden menoscabar el libre desarrollo de la personalidad de sus adeptos, con vulneración del art. 10.1 de la Constitución. Por ello mismo, en este muy singular contexto, no puede considerarse contraria a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos.*¹⁷

En ese ejercicio de balance de derechos el Tribunal Constitucional Español ha identificado algunas instancias específicas en las que otros derechos fundamentales y reglamentaciones generales tienen preeminencia sobre el derecho a la libertad de religión. Entre los derechos que imponen límites al ejercicio de la libertad de culto se encuentra el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.¹⁸

[Ni] la libertad ideológica, ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el artículo 20.4, *no existen derechos ilimitados* y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana,

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1982. Énfasis suplido.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero de 2001. Énfasis suplido, citas omitidas.

¹⁸ Constitución Española de 1978, Título I, Capítulo Segundo, artículo 18.1.

que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución.¹⁹

Este mismo Tribunal ha sentenciado que no puede utilizarse el derecho a la libertad de religión para forzar la modificación de una relación laboral luego de que ésta ha sido pactada mediante contrato.²⁰ Finalmente, entre otros ejemplos, destacan los comentaristas que a pesar de la legitimidad que la poligamia pueda disfrutar entre determinados grupos religiosos, en España esta práctica se encuentra tipificada como delito.²¹

En el Reino Unido el estatuto que codifica el derecho a la libertad de culto para los residentes de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte esencialmente reproduce el lenguaje adoptado en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,²² y en el artículo 9 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.²³ Consecuentemente esta ley instituye las mismas limitaciones a la libertad de religión que proyectan esos instrumentos internacionales. *The Human Rights Act* de 1998 señala en su artículo 9:

Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991 del 11 de noviembre. Énfasis suplido.

²⁰ Se trata de un caso en el que una mujer de religión adventista fue despedida por negarse a trabajar un sábado. “La invocación de estos derechos o libertades no puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”. Sentencia del Tribunal Constitucional 19 de 1985, del 13 de febrero.

²¹ “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”. Artículo 217 del Código penal español. Citado en Escobar Marín, *supra* n. 2, pág. 64. C.f. *Reynolds v. U.S.*, 98 U.S. 145, 164-167 (1878) con relación a la penalización de la poligamia en los Estados Unidos: “Congress was deprived of all legislative power over mere opinion, but was left free to reach actions which were in violation of social duties or subversive of good order. ... In our opinion, the statute immediately under consideration is within the legislative power of Congress. It is constitutional and valid as prescribing a rule of action for all those residing in the Territories, and in places over which the United States have exclusive control. ... Laws are made for the government of actions, and while they cannot interfere with mere religious belief and opinions, they may with practices”. *Id.*

²² *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 18: Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

²³ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 9. Entrado en vigor el 1 de noviembre 1998. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

*Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*²⁴

Evidentemente nos encontramos ante un derecho subordinado a límites de diversas índoles. Se destacan nuevamente la seguridad, la salud pública y los derechos y libertades de terceros como perímetros que lo restringen. A su vez las autoridades locales e internacionales que han manejado el texto confirman que, a pesar de ser un derecho fundamental, el derecho a la libertad de religión reconocido por el Reino Unido no es un derecho es inexpugnable. En *C. v. the United Kingdom*, un caso previo a la incorporación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* como derecho positivo en el Reino Unido, un periodista cuáquero y miembro de la pacifista *Religious Society of Friends*, se amparó en el artículo 9 para oponerse a que el monto que él le pagó al Estado por concepto de contribución sobre ingresos se utilizara para propósitos militares.²⁵ La Comisión Europea de los Derechos humanos rechazó su solicitud. Resolvió que los derechos a la libertad de conciencia y de religión no le imponían al Estado la obligación de ajustarse a las exigencias u objeciones que un contribuyente pudiera tener con relación al manejo del erario público.²⁶ Indicó, además, que el artículo 9 no siempre puede garantizar el derecho de un individuo a conducirse según dicten sus convicciones religiosas con relación a obligaciones legales generales vinculadas exclusivamente a la esfera pública.²⁷

El derecho a la libertad de religión, y su relación con otras obligaciones legales generales, ha sido objeto de interpretaciones similares en Francia. A pesar de que la Constitución Francesa vigente establece como principio rector la obligación del Estado de respetar todas las creencias o confesiones (religiosas) –“France shall be an indivisible, *secular*, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion.

²⁴ Human Rights Act of 1998 (The National Archives: The Official Home of Revised Enacted UK Legislation 1267-present, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1?view=extent>, accedido el 23 de marzo de 2016).

²⁵ *C. v. the United Kingdom*, 15 de diciembre de 1983. Citado por Jim Murdoch, *Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights* (Council of Europe human rights handbooks 2012), págs. 15 y 21. http://www.coc.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb09_rightfreedom_en.pdf.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

It shall respect all beliefs”.²⁸— ese pronunciamiento de la voluntad colectiva del pueblo francés no fue suficiente para impugnar una ley que prohibió el uso de ropa diseñada para ocultar el rostro en espacios públicos.²⁹ La legislación sobrevivió el escrutinio de la última instancia jurídica francesa,³⁰ así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.³¹ Este último Tribunal reconoció que como consecuencia de la adopción de la medida resultaron principalmente afectadas ciertas mujeres de la comunidad islámica en Francia.³² No obstante, el Tribunal adujo al lenguaje religiosamente neutral en que fue redactada la legislación y al interés *superior* de “convivencia democrática” invocado por el Estado.³³

El derecho internacional no se encuentra inmune contra los conflictos que se suscitan cuando el derecho al libre ejercicio de la religión entra en confrontación directa con otros derechos fundamentales. Hay ocasiones, incluso, en que podemos ver cómo ese derecho se coloca en oposición binaria con relación a otros derechos consagrados en un mismo instrumento sin que puedan palparse criterios hermenéuticos internos claros que nos permitan discernir cuál de los dos (o más) derechos tiene mayor jerarquía. Este es el caso de la *Convención sobre los derechos del niño*.³⁴ Esta Convención, por una parte, reconoce en su artículo 24 el derecho de las niñas a conservar su salud y a recibir servicios de salud. Este derecho incluye la responsabilidad que asumen los Estados de adoptar “todas las medidas eficaces y apropiadas posibles *para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños [y niñas]*”.³⁵ Mientras que, por otro lado, el artículo 14 requiere que los Estados respeten el derecho de las niñas a la libertad de religión, así como la facultad de los padres para guiar a las niñas en el ejercicio de este derecho.³⁶ Lo

²⁸ Constitución Francesa de 1958, art. 1. Traducción oficial al idioma inglés: English website of the French National Assembly <http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly#Title1>. Énfasis suplido.

²⁹ *French ban on the wearing in public of clothing designed to conceal one's face does not breach the Convention: Press release issued by the Registrar of the Court* (European Court of Human Rights, ECHR 191 (2014). (Accedido el 29 de marzo de 2016).

³⁰ Noemi Gal-Or, *Let's Debate: State and Religious Freedom in Canadian Democracy*, 7 J. Parliamentary & Pol. L. 201, 204 (2013).

³¹ *French ban on the wearing in public of clothing designed to conceal one's face does not breach the Convention*, *supra* n. 28.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible a través de La Organización de Naciones Unidas: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (accedido el 5 de febrero de 2016).

³⁵ *Id.*, art. 24. Énfasis suplido.

³⁶ *Id.*, art. 14.

que no aclara la Convención de manera expresa es cuál es el deber de los Estados cuando se introduce la práctica de la MGF, según requerida por determinados grupos religiosos, como variable entre estos dos derechos. El artículo 14.3 nos ofrece una forma de subordinar el derecho a la libertad religiosa al derecho a la salud de las niñas en lo que respecta a la MGF –*La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás*³⁷– pero lo hace a manera de atisbo, sin que el asunto quede resuelto de manera contundente.

La intención de este análisis es demostrar que, según ocurre en el derecho local de muchos Estados, en el ordenamiento legal internacional existen disposiciones que inciden sobre el derecho al ejercicio de la libertad religiosa para fijarle límites. Y que estas disposiciones estipuladas en convenciones y pactos interestatales deben desplazar, *al menos parcialmente*, los argumentos de quienes invocan el derecho a practicar una religión determinada para justificar las formas más invasivas de MGF.

II. LA PRÁCTICA DE LA MGF: ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA SEGÚN PROMULGADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO Y SUS ROSES CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. UNA VISIÓN (NO TAN) RELATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS:

En febrero de 1947 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó un comité de redacción especial cuya tarea fue producir el borrador inicial de la Declaración *Universal* de Derechos Humanos.³⁸ Paralelamente la UNESCO estableció un comité compuesto por intelectuales, filósofos y científicos políticos cuya función fue preparar un informe en el que se evaluaron reflexiones sobre los derechos humanos sometidos por políticos y académicos chinos, islámicos, hindús, estadounidenses, europeos, socialistas y especialistas en derecho consuetudinario.³⁹ El llamado *Comité de Filósofos* de la UNESCO sometió su informe al comité que

³⁷ *Id.*, art. 14.3.

³⁸ United Nations, *Drafting of the Universal Declaration of Human Rights* (Dag Hammarskjöld Library: <http://research.un.org/en/undhr/draftingcommittee>) accedido el 2 de abril de 2016. En adelante, *La Declaración*.

³⁹ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *UNESCO and the Declaration* (Social and Human Sciences: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/human-rights-based-approach/60th-anniversary-of-udhr/unesco-and-the-declaration/>) accedido el 2 de abril de 2016. *Cf.* Kevin Avruch, *Culture, Relativism, and Human Rights*, en *Human Rights and Conflict: Exploring the Links between Rights, Law, and Peacebuilding* (Julie Mertus & Jeffrey W. Helsing, eds., United States Institute of Peace Press 2006), pág. 98.

redactaba el borrador. En este concluyó que la existencia de los “derechos humanos” era un hecho ampliamente corroborado a través de todas las tradiciones culturales consultadas, aunque reconoció que el concepto, según presentado, representaba una articulación europea del principio enunciado.⁴⁰ Además sostuvo que, a pesar de las diferencias culturales, los Estados Miembros de la Organización de Naciones Unidas compartían dos principios primordiales e ideales comunes, “the right to live a life free from the haunting fear of poverty and insecurity”.⁴¹

Tanto el trabajo del *Comité de Filósofos* como la forma en que finalmente se adoptó la *La Declaración* han sido ampliamente criticadas. La mayoría de las críticas, destaca Avruch, se concentran en dos aspectos. El primero de ellos es que *todas* las reflexiones y cuestionarios que le sirvieron como fundamento al comité provenían de personas vinculadas a las elites de sus jurisdicciones, la mayoría de las cuales no necesariamente representaban los valores de sus culturas de origen porque habían sido educadas en occidente.⁴² Y, en segundo lugar, en el hecho de que entre los 51 Estados Miembros originales de la ONU sólo había tres países africanos y ocho asiáticos.⁴³ Independientemente de las críticas fundamentadas que legítimamente puedan lanzarse contra el comité que produjo la *Declaración Universal de Derechos Humanos* sobre la falta de diversidad socioeconómica y cultural en la composición y materiales del comité, o la escaza participación directa de los países africanos y asiáticos, la realidad es que en su acepción final *La Declaración* no sólo contempló de manera genérica el derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad,⁴⁴ sino que se reconoció de forma particular la libertad de ejercer uno de los elementos esenciales de la cultura: la religión.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.⁴⁵

Este derecho, admitiendo variaciones lingüísticas y graduales, se ha tornado vinculante para muchos Estados como consecuencia de la adopción de una am-

⁴⁰ Kevin Avruch, *supra* n. 38.

⁴¹ UNESCO and the Declaration, *supra* n. 38.

⁴² Kevin Avruch, *supra* n. 38.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Portal de la Organización de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 27. <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (accedido el 10 de Octubre de 2015).

⁴⁵ *Id.*, art 18.

plia diversidad de instrumentos internacionales.⁴⁶ De particular interés son aquellos acuerdos que reconocen el derecho de los padres a escoger la religión de sus hijos e hijas,⁴⁷ a instruir a su prole conforme a sus propias convicciones religiosas⁴⁸ y a guiar a los niños y niñas en el ejercicio de la libertad religiosa.⁴⁹ Igual pertinencia guardan aquellos que restringen la autoridad de los Estados para menoscabar la libertad que se les reconoce a los individuos de conservar su religión.⁵⁰ No es difícil concebir este derecho como una especie de protección, aunque limitada, contra lo que algunos comentaristas llaman el *imperialismo humanitario occidental*.⁵¹

⁴⁶ Se destacan, en orden cronológico: El *Convenio [Europeo] para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* del 4 de noviembre de 1950, arts. 9 & 14. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (accedido el 1 de Abril de 2016); La *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* del 12 de enero de 1951, art. 2. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm> (accedido el 1 de Abril de 2016); El *Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* del 20 de marzo de 1952, art. 2. <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm> (accedido el 1 de Abril de 2016); La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, arts. 1, 12, 13, 16, 22 & 27. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (accedido el 1 de Abril de 2016); La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* del 21 de diciembre de 1965, art. 5. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (accedido el 1 de Abril de 2016); El *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales* del 3 de enero de 1976, arts. 2 & 13. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (accedido el 1 de Abril de 2016); El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* del 23 de marzo de 1976, arts. 2, 4, 18, 20, 24, 26 & 27. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (accedido el 1 de Abril de 2016); La *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos* (Carta de Banjul) del 21 de octubre de 1986, arts. 2, 8 y 12. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/afrika/CAFDH/1981-CAFDH.htm> (accedido el 1 de Abril de 2016); y La *Convención sobre los Derechos del Niño* del 2 de septiembre de 1990, arts. 2, 14, 20, 29 & 30. *supra* n. 33.

⁴⁷ *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 14, *supra* n. 33; *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*, art. 13, *supra* n. 45.

⁴⁸ *Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, art. 2, *supra* n. 45; *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*, art. 13.3, *supra* n. 45; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 18.4, *supra* n. 45.

⁴⁹ *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 14.2, *supra* n. 33.

⁵⁰ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 12.2, *supra* n. 45; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 18.2, *supra* n. 45. *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, art. 8, *supra* n. 45.

⁵¹ C.f. Gil Scott, *Imperial Humanitarianism: History of an Arrested Dialectic on Moral Imperialism: A Critical Anthology* (Berta Esperanza Hernández-Truyol ed., New York University Press, 2002).

Argumenta Makau Mutua que la Organización de Naciones Unidas, desde su concepción, ha jugado un rol protagónico en la preservación del orden global existente dominado por Occidente.⁵² Señala que el brazo ideológico del que se vale esta organización para ejecutar su agenda es la universalización de principios y normas de naturaleza europea, derivadas esencialmente del liberalismo noroccidental y su jurisprudencia, como lo es la Declaración *Universal* de Derechos Humanos.⁵³ Él sostiene que si Occidente ha logrado imponer su concepción falaz de lo que son derechos humanos *universales*, esto se debe al control hegemónico que sus representantes ejercieron sobre la ONU al momento en que fue engendrada, y al vínculo indisoluble –amén de subordinación– que esos Estados lograron producir entre la frase “derechos humanos” y el liberalismo democrático occidental.⁵⁴

Por extrema que pueda parecer la posición de Mutua, su oposición no es absoluta. Este académico no descarta la noción de que puedan reconocerse ciertos valores o derechos de manera universal, más bien sus observaciones critican la forma en que estos derechos y valores se han concebido, construido e impuesto desde occidente.

A certain degree of human universality is inevitable and desirable. *But what that universality is, what historical and cultural stew it is made of, and how it is accomplished make all the difference.* What the high school or college student ought to realize is that her zeal to save others—even from themselves—is steeped in Western and European history. *If one culture is allowed the prerogative of imperialism, the right to define and impose on others what it deems good for humanity, the very meaning of freedom itself will have been abrogated.* That is why a human rights movement that pivots on the SVS [Savages-Victims-Saviors] metaphor violates the very idea of the sanctity of humanity that purportedly inspires it.⁵⁵

Observemos que aún entre aquellos que abogan por una interpretación *relativa* de los derechos humanos universales que surja (en el mejor de los casos) o sea capaz de ajustarse (cuanto menos) a la cultura de las comunidades postcoloniales, no

⁵² Makau Mutua, *Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights*, 42 Harv. Intl. L.J. 201, 214-15 (2001).

⁵³ *Id.*

⁵⁴ “The fallacy of the UDHR, which refers to itself as the “common standard of achievement for all peoples and all nations,” is now underscored by the identification of human rights norms with political democracy. The principal focus of human rights law has been on those rights that strengthen, legitimize, and export the liberal democratic state to non-Western societies”. *Id.*

⁵⁵ *Id.*, pág. 219. Énfasis suplido.

necesariamente se vislumbra el derecho al libre ejercicio de la religión como una fuente de autoridad irrestricta. Donnelly advierte que el legado del colonialismo exige que los occidentales tengan una sensibilidad y una cautela especial cuando desean promover argumentos a favor del universalismo frente a valores culturales incongruentes.⁵⁶ Añade que la remembranza del imperialismo provoca que cualquier política internacional que parezca tener la intención de imponer valores occidentales levantará suspicacia y resistencia.⁵⁷ Y concluye que la forma en que se adelantan argumentos conducentes a la universalización o relativización de figuras y valores puede ser, en ocasiones, tan importante como la substancia de los argumentos.⁵⁸ Amparándose en un principio de respeto, de reconocimiento de la libertad de esas comunidades, y con la intención de evitar los roles naturales que produce la exportación de una mentalidad imperial intransigente, este autor propone que, siempre y cuando no se incida sobre otros derechos humanos fundamentales, sería legítimo permitir ciertos acomodos o desviaciones en la aplicación de normas internacionales que impliquen la interpretación de los derechos humanos.⁵⁹

Arguments claiming that a particular conception or implementation is, for cultural or historical reasons, deeply imbedded within or of unusually great significance to some significant group in society deserve, on their face, sympathetic consideration. Even if we do not positively value diversity, the autonomous choices of free people should never be lightly dismissed, especially when they reflect well-established practices based on deeply held beliefs.⁶⁰

No obstante el autor advierte, como vector hermenéutico, que la tolerancia hacia esos acomodos o desviaciones debe menguar en la medida en que incrementa el elemento de *coerción* en la ecuación.⁶¹

Nos parece más que apropiado, según intima Donnelly, que el elemento de coerción se adopte como filtro hermenéutico para determinar qué es tolerable dentro de una visión relativizada de los derechos humanos universales y qué prácticas deben repudiarse. De manera que si interesamos evaluar la deseabilidad de que la práctica de la MGF quede protegida por el derecho al libre ejercicio de la religión según promulgado en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, debemos

⁵⁶ Jack Donnelly, *The Relative Universality of Human Rights*, 281-306, Human Rights Quarterly, Vol. 29, Núm. 2 (The Johns Hopkins University Press, 2007).

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*, pág. 302.

⁶⁰ *Id.*, pág. 301.

⁶¹ *Id.*

partir de sus implicaciones y efectos para las mujeres y niñas que la atraviesan. Esto incluye, según destacara Donnelly, evaluar cuán presente se encuentra el elemento de coerción en esta costumbre milenaria. Simultáneamente debemos examinar su interacción con otros derechos fundamentales reconocidos y pactados interestatalmente. Si el derecho colectivo al libre ejercicio de la religión anula la libertad de las niñas para rechazar este procedimiento (si es que en efecto tuvieran capacidad para consentir) dejando inoperante su derecho a proteger la integridad de su cuerpo, la legitimidad de la MGF, cuanto menos, quedaría en entredicho.

B. LA MGF EN TÉRMINOS OBJETIVOS:

Es necesario admitir de antemano que la frase “mutilación genital femenina” implica una visión cargada del fenómeno. El uso de esa frase ha sido rechazado por un amplio sector de las comunidades africanas porque parece sugerir que quienes observan esta práctica desean desfigurar o lastimar intencionalmente a las mujeres de sus familias y comunidades, y porque temen que el uso de esta frase pueda propiciar reacciones inapropiadas entre aquellos y aquellas que malinterpretan sus propósitos.⁶² Consecuentemente algunos comentaristas del Derecho internacional han intentado describir la práctica con un lenguaje culturalmente neutral.⁶³ Ellos y ellas utilizan frases como “cirugía genital femenina” y “operación genital femenina”.⁶⁴ Este lenguaje es, a su vez, objetado por activistas que argumentan que el uso de términos clínicos como “cirugía” y “operación” permite que la audiencia se distancie del trauma físico y mental que experimentan las niñas que atraviesan este ritual, mientras que genera la impresión desacertada de que se trata de un procedimiento que involucra el uso de desinfectantes, anestesia, equipo quirúrgico profesional y técnicas médicas para corregir enfermedades o traumas.⁶⁵

Mientras que el debate entre antropólogas, activistas, comentaristas de Derecho y las propias practicantes del procedimiento no muestra indicios de culminar, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha adoptado las siguientes definiciones para identificar los tres tipos predominantes de MGF: (1) *Circuncisión*, o lo que se conoce en los países islámicos como la *sunna* o “tradición”, se refiere a la remoción del prepucio clitoral exclusivamente.⁶⁶ Ésta es la acepción menos invasiva del pro-

⁶² Hope Lewis, *Between Irua and “Female Genital Mutilation”: Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide*, 8 Harv. Hum. Rights J. 1, 4-7 (1995).

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* “The cultures for which FGS is traditional have their own names for the practices. Jomo Kenyatta, a pan-Africanist leader and anthropologist, introduced Western readers to the Kikuyu term “*irua*,” which refers to the initiation of both boys and girls into adulthood.¹⁴ Irua rituals involved surgery as well as educational and socialization rites aimed at strengthening ethnic and sub-group identity”. *Id.*

⁶⁶ *Id.*

cedimiento y la menos practicada de las tres.⁶⁷ (2) La *escisión* involucra la amputación del clítoris, así como la totalidad (o parte) de los labios menores.⁶⁸ (3) Mientras que la *infibulación*, también conocida como circuncisión faraónica, implica la amputación del clítoris, la totalidad de los labios menores, y la remoción de la parte medial de los labios mayores.⁶⁹ Como parte de este último tipo de MGF luego de la amputación se cosen ambos lados de la vulva con seda, cuerda de tripa o espinas, y se introduce un pedazo de caña o madera del tamaño de un fósforo para preservar una abertura que permita el desecho de orina y fluido menstrual.⁷⁰ Usualmente las piernas de la niña se atan por los tobillos y rodillas hasta que la herida sane, lo que puede tomar hasta cuarenta días.⁷¹ “The girl must then lie on a mat during that time, while her excrement remains in the bandage with her”.⁷²

Se estima que la MGF se ha practicado, según se realiza en la actualidad, a través de los últimos 2,500 años; mientras que otras prácticas relacionadas se remontan a entre 6 mil y 14 mil años.⁷³ La OMS calcula que más de 200 millones de niñas y mujeres que al día de hoy residen a lo largo de treinta países y tres continentes han experimentado la alteración de sus genitales.⁷⁴ A su vez, entre dos y tres millones de niñas al año (6 mil niñas al día) se encuentran en riesgo de ser intervenidas.⁷⁵ La

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.* Cf. Melissa A. Morgan, *Female Genital Mutilation an Issue on the Doorstep of the American Medical Community*, 18 J. Leg. Med. 93, 97 (1997):

⁷¹ Lewis, *supra* n. 61. La OMS reconoce una cuarta categoría de procedimientos no clasificados: “Unclassified, which includes pricking, piercing or incising of the clitoris and/or labia; stretching of the clitoris and/or labia; cauterization by burning of the clitoris and surrounding tissue; scraping of tissue surrounding the opening of the vagina (*angurya* cuts) or cutting of the vagina (*gishiri* cuts); introduction of corrosive substances or herbs into the vagina to cause bleeding or to tighten or narrow the vagina; and any other procedure that can be included in the definition of female genital mutilation noted above. WHO, UNICEF and UNFPA, *Female Genital Mutilation: A joint WHO/UNICEF/UNFPA statement* (World Health Organization 1997) págs. 1–2. En Somalia, una abertura vaginal más pequeña aumenta el valor de la niña y su dote en las negociaciones premaritales. Morgan, *supra* n. 69, pág. 97.

⁷² Morgan, *supra* n. 69, pág. 97. [M]any tightly infibulated women need to undergo a procedure known as deinfibulation in which the wound is reopened prior to giving birth. In some instances, these women must be deinfibulated before sexual intercourse or a vaginal exam can be performed. Deinfibulation is typically part of the marriage ritual. Husbands either have a midwife open the wound on the wedding night, or they perform the procedure themselves by using a sharp instrument or knife, or by tearing the tissue by hand. *Id.*

⁷³ Bradshaw, *supra* n. 2, págs. 609–610.

⁷⁴ La frase utilizada por la OMS para referirse a esta experiencia es “girls and women ... have been cut”. World Health Organization, *Female genital mutilation Fact sheet* (WHO 2016) <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/#>. [Accedido el 9 de abril de 2016].

⁷⁵ Bradshaw, *supra* n. 2, pág. 610.

edad de las niñas que sufren el procedimiento usualmente fluctúa entre los cuatro y los catorce años, aunque en algunas comunidades se practica desde la infancia temprana y, en otras, como antesala al matrimonio.⁷⁶ Frecuentemente el ritual es ejecutado por parteras, barberos o alguna persona de autoridad religiosa que utiliza tijeras, navajas o vidrio roto en un entorno tradicional sin anestesia, antibióticos, desinfectantes ni equipo médico.⁷⁷ El entorno tradicional y poco higiénico en el que se practica la MGF coloca a las niñas y mujeres en riesgo de sufrir infecciones, *shock*, hemorragias, abscesos, quistes, tejido cicatrizado en exceso, esterilidad, retención de orina, úlceras genitales, gangrena, septicemia y la muerte, además del dolor agudo inherente a la intervención.⁷⁸ También aumenta la probabilidad de contagiarse con el Virus de la Inmunodeficiencia Humana, hepatitis B, y tétano.⁷⁹ De hecho, aun cuando se practica bajo las condiciones más higiénicas y profesionales no puede descartarse la probabilidad de que las intervenidas sufran *shock*, hemorragias, tejido cicatrizado en exceso, esterilidad y la eventual obstrucción del parto.⁸⁰

Como si todo esto fuera poco la MGF acarrea, además, efectos psicológicos considerables. “Among girls who live in communities where female circumcision carries high social value, the desire to gain social status, please parents, and comply with peer pressure is in conflict with the fear, trauma, and after-effects of the operation”.⁸¹ Señala Toubia, por ejemplo, que muchas jovencitas sufren de depresión y de ansiedad crónica como producto de una preocupación patológica por sus genitales.⁸²

El daño psicológico asociado con el procedimiento incluye el desarrollo del trastorno de estrés post-traumático, dolencias psicosomáticas, frigidez, conflictos maritales y sentimientos de ansiedad, humillación y traición.⁸³ Ante la realidad descrita, la UNICEF concluye que la MGF *siempre* es traumática.⁸⁴

La asunción de todo el riesgo médico y psicológico adscrito a la MGF sería más fácil de digerir para los estómagos occidentales si esta tradición guardara propor-

⁷⁶ UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A Statistical Exploration* (The United Nations Children's Fund (UNICEF) 2005). pág. 1.

⁷⁷ *Id.* C.f. Bradshaw, *supra* n. 2, pág. 609.

⁷⁸ UNICEF, *supra* n. 75; Bradshaw, *supra* n. 2, pág. 609; Morgan, *supra* n. 69, pág. 98.

⁷⁹ Morgan, *supra* n. 69, pág. 98.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ Nahid Toubia, *Female Circumcision as a Public Health Issue*, 331 NEW ENG. J. MED. 712, 714 (1994).

⁸² *Id.* “Circumcised women living in societies where the procedure is not performed may have serious problems in developing their sexual identity”. *Id.*

⁸³ Natalie J. Friedenthal, *It's Not All Mutilation: Distinguishing Between Female Genital Mutilation and Female Circumcision*, 19 N.Y. Intl. L. Rev. 111, 116 (2006).

⁸⁴ UNICEF, *supra* n. 75.

ción con sus beneficios médicos. Sin embargo, el consenso entre los profesionales de la salud apunta a que la MGF no trae consigo ningún beneficio médico.⁸⁵ Todo lo contrario, “because the specialized sensory tissue of the clitoris is concentrated in a rich neurovascular area of a few centimeters, the removal of a small amount of tissue is dangerous and has serious and irreversible effects”.⁸⁶

A pesar de no tener ningún beneficio biológico, la erradicación de la MGF ha probado ser cuesta arriba. Las razones que se ofrecen para explicar este fenómeno suelen acomodarse a una (o varias) de las siguientes tres: (1) que la MGF guarda vínculos profundos con la religión y la mitología cultural del grupo que la practica, (2) que las mujeres son condicionadas mediante el proceso de socialización para que la deseen y/o se sometan a ella, y (3) que las comunidades que la practican carecen de la educación más elemental en temas de salud pública.⁸⁷

The practice is so prevalent because it signifies a woman's acceptance into society and establishes her eligibility for marriage. Many believe it inspires submissiveness in women and reduces the chance of sex outside of marriage, which is important to guarantee the paternity of a child. *Groups that practice female circumcision “universally [think] that the procedure benefits girls.”* The procedure can serve as a prospective groom's insurance of his bride's virginity, and is often required before any marriage can take place. Many tribal members believe that “ancestors will curse the girls who have not undergone” female circumcision.⁸⁸

En algunas comunidades se promueve la idea de que las mujeres cuyos genitales no han sido cortados son salvajes. Consecuentemente se justifica la MGF bajo la creencia de que este procedimiento mantiene sus emociones y su sexualidad bajo control.⁸⁹ Otros justifican la preservación de la práctica argumentando que ésta es necesaria para incrementar el placer sexual del esposo, lo que redundaría en el enriquecimiento de la relación de pareja.⁹⁰ Éste último argumento es el epítome de la ideología patriarcal que soslaya la MGF.

Cuando se consideran en conjunto la naturaleza privada de estos rituales, la edad de las niñas afectadas, la presión social involucrada, las nociones mitológicas trans-

⁸⁵ Morgan, *supra* n. 69.

⁸⁶ Toubia, *supra* n. 80, pág. 712.

⁸⁷ Friedenthal, *supra* n. 82, págs. 117-118.

⁸⁸ Bradshaw, *supra* n. 2, pág. 610. C.f. U.S. Department of State, *Kenya: Report on Female Genital Mutilation (FGM) or Female Circumcision (FGC)* (2001) <http://2001-2009.state.gov/g/wi/rls/rep/crfgm/10103.htm>. Accedido el 12 de abril de 2016. Énfasis suplido.

⁸⁹ Morgan, *supra* n. 69, págs. 95-96.

⁹⁰ *Id.*

mitidas, la “buena intención” o “fe” de quienes les inculcan a las niñas que la MGF es necesaria y la falta de información confiable sobre los riesgos a la salud que representa la intervención, resulta problemático concebir que las niñas puedan prestar un consentimiento legítimo.⁹¹ En adelante veremos que este *consentimiento problemático* ha provocado la activación de diversos organismos internacionales. Las consideraciones *fácticas* expuestas también requieren que retomemos nuestra pregunta base; si el derecho al libre ejercicio de la religión debe cobijar esta costumbre.

C. LA POSICIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y LOS ROSES DE LA MGF CON OTRAS DISPOSICIONES INTERNACIONALES:

La visión mayoritaria que impera entre los órganos y agencias adscritas a la ONU, así como otras organizaciones internacionales no gubernamentales, identifica la MGF en cualquiera de sus modalidades como una violación patente e injustificable de los derechos humanos de las niñas y mujeres que la experimentan.⁹² Cabe destacar que el elemento de libertad religiosa inherente a la controversia ni siquiera figura en el análisis que ofrecen la inmensa mayoría de estas instituciones.⁹³

La ONU, por ejemplo, observó el más reciente *Día Internacional de Tolerancia Cero con la Mutilación Genital Femenina* el 6 de febrero de 2016 bajo el tema “Realizando los nuevos objetivos mundiales a través de la eliminación de la mutilación genital femenina en 2030”. Éste Día se ha conmemorado anualmente de forma ininterrumpida desde el 2003.⁹⁴ Su conmemoración tiene como fundamento una serie de resoluciones emitidas por la Asamblea General de la ONU en contra de la MGF. En la más reciente de ellas la Asamblea General:

⁹¹ C.f. Bradshaw, *supra* n. 2, pág. 605.

⁹² “Female genital mutilation (FGM) comprises all procedures that involve altering or injuring the female genitalia for non-medical reasons and is recognized internationally as a violation of the human rights of girls and women. It reflects deep-rooted inequality between the sexes, and constitutes an extreme form of discrimination against women and girls. The practice also violates their rights to health, security and physical integrity, their right to be free from torture and cruel, inhuman or degrading treatment, and their right to life when the procedure results in death”. Organización de las Naciones Unidas, *Día Internacional de Tolerancia Cero con la Mutilación Genital Femenina - 6 de febrero* <http://www.un.org/es/events/femalegenitalmutilationday/index.shtml> (accedido el 6 de abril de 2016).

⁹³ “[L]as razones aducidas por numerosas comunidades en favor del mantenimiento de prácticas tradicionales nocivas para la salud de mujeres y niñas *no tienen base científica ni origen o justificación de carácter religioso*”. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de septiembre de 2001, sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035 (INI)), Núm. 5. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0476+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁹⁴ Time and Date, *International Day of Zero Tolerance to Female Genital Mutilation* <http://www.timeanddate.com/holidays/un/zero-tolerance-day-female-genital-mutilation> (accedido el 5 de mayo de 2016).

Insta a los Estados a condenar todas las prácticas nocivas que afecten a las mujeres y las niñas, *en particular la mutilación genital femenina, independientemente de que se realicen dentro o fuera de las instituciones médicas*, y a tomar todas las medidas necesarias, en especial por medio de campañas educativas, incluso promulgando y aplicando leyes, para prohibir la mutilación genital femenina y proteger a las niñas y las mujeres contra esa forma de violencia, y a exigir responsabilidades a los autores de esos actos;

Insta también a los Estados a *complementar las medidas punitivas con actividades de concienciación y educación* que tengan por objeto promover un proceso de consenso en pro de la eliminación de la mutilación genital femenina, e insta además a los Estados a proteger y apoyar a las mujeres y las niñas que hayan sido objeto de mutilación genital femenina y a las que corran el riesgo de serlo, con servicios de atención y apoyo social y psicológico, y a estudiar otros recursos, según proceda, y adoptar medidas para mejorar su salud, incluida la salud sexual y reproductiva, con el fin de prestar asistencia a las mujeres y las niñas que sean objeto de esa práctica[.]⁹⁵

En tiempos más recientes el Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, habría de añadir:

Nunca antes ha sido más urgente, o más posible, poner fin a la práctica de la mutilación genital femenina, evitar un sufrimiento humano incommensurable y aumentar el poder de las mujeres y las niñas de modo que ello repercuta de forma positiva en nuestro mundo. ... Podemos poner fin a la mutilación genital femenina *en una generación* y aproximarnos a un mundo en el que los derechos humanos de todas las mujeres, niñas y adolescentes sean plenamente respetados, su salud esté protegida, y estas puedan contribuir en mayor medida a nuestro futuro común.⁹⁶

⁹⁵ Resolución 69/150 del 18 de diciembre de 2014 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, núms. 4-5. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/150&referer=http://www.un.org/en/events/femalegenitalmutilationday/resources.shtml&Lang=S (accedido el 6 de mayo de 2016). Énfasis suplido.

⁹⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Día Internacional de Tolerancia Cero con la Mutilación Genital Femenina - 6 de febrero: Mensaje del Secretario General* <http://www.un.org/es/events/femalegenitalmutilationday/index.shtml> (accedido el 6 de abril de 2016).

Este enfoque ha permanecido invariable entre las agencias adscritas a la ONU y muchas otras organizaciones internacionales no gubernamentales, principalmente desde 1997 cuando La OMS, el Fondo de Emergencia de las Naciones Unidas para la Niñez (UNICEF) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) emitieron su primera declaración conjunta en la que apoyaron la erradicación de la MGF y detallaron sus implicaciones para la salud pública y los derechos humanos.⁹⁷ La posición de intolerancia absoluta queda predicada en una serie de disposiciones internacionales que, directa o indirectamente, ofrecen bases hermenéuticas para evaluar la legitimidad de la MGF. Algunas de ellas merecen atención particular.

Hay una serie de disposiciones establecidas en la *Convención sobre los Derechos del Niño* cuyo lenguaje, tomado en conjunto, deja poco margen de interpretación. La MGF parece encontrarse en tensión con el espíritu de esta convención. Señala su artículo 24 que “[l]os Estados Partes reconocen el derecho del[a] niño[a] al disfrute del *más alto nivel posible de salud* ... [y] adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles *para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños*”.⁹⁸ A su vez el artículo 6 reconoce el derecho intrínseco de toda niña a la vida y la obligación de los Estados de garantizar el desarrollo de las niñas en la máxima medida posible,⁹⁹ lo que presumiblemente debe incluir su desarrollo sexual, sobre todo si se interpreta en armonía con el artículo 19. Éste insta a los Estados a adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra *toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual*[.]”¹⁰⁰ Si tomamos en consideración que la MGF es una *práctica tradicional* que representa un riesgo significativo sobre la *vida* y la *salud* de quienes la atraviesan (a corto y a largo plazo) sin ningún beneficio médico, que en la mayoría de los casos se celebra en un entorno privado *sin anestesia*, y que

⁹⁷ OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM & WHO, *Eliminating Female genital mutilation: An interagency statement* (World Health Organization, 2008), pág. 3. C.f. UNFPA–UNICEF, *Voices of Change: 2014 ANNUAL REPORT OF THE UNFPA–UNICEF JOINT PROGRAMME ON FEMALE GENITAL MUTILATION/CUTTING: Accelerating Change* (UNFPA–UNICEF, 2014); UNFPA, *Implementation of the International and Regional Human Rights Framework for the Elimination of Female Genital Mutilation* (UNFPA, 2014); Phumzile Mlambo-Ngcuka, *Executive Director urges accelerated action to end Female Genital Mutilation: Keynote address by UN Women Executive Director Phumzile Mlambo-Ngcuka at an event at UN Headquarters on occasion of the International Day of Zero Tolerance for Female Genital Mutilation, 6 February, New York* (UN Women, 6 de febrero de 2015) <http://www.unwomen.org/en/news/stories/2015/02/executive-director-urges-accelerated-action-to-end-female-genital-mutilation>. (Accedido el 7 de mayo de 2016).

⁹⁸ *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 24, *supra* n. 33

⁹⁹ *Id.*, art. 6.

¹⁰⁰ *Id.*, art. 19.

incide en el *desarrollo* psico-sexual natural de las niñas, todo parecería indicar que esta costumbre queda irreconciliablemente proscrita por la *Convención sobre los Derechos del Niño*. No obstante, la Convención reconoce el derecho de los padres a escoger la religión de sus hijos e hijas¹⁰¹ y a guiar a los niños y niñas en el ejercicio de la libertad religiosa.¹⁰² De manera que la confrontación entre los derechos en pugna permanece incólume.

Otras tratadistas han encontrado en la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*¹⁰³ el remedio internacional que buscaban para viabilizar la erradicación de la MGF.¹⁰⁴ La convención define “tortura” como:

*todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.*¹⁰⁵

Desde Puerto Rico no es difícil concebir por qué muchas tratadistas, así como el Sistema Europeo de Derechos Humanos,¹⁰⁶ concluyen que el amarrar a una niña

¹⁰¹ *Id.*, art. 14; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 13, *supra* n. 45.

¹⁰² *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 14.2, *supra* n. 33.

¹⁰³ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987 <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>.

¹⁰⁴ Patricia A. Broussard, *Female Genital Mutilation: Exploring Strategies for Ending Ritualized Torture; Shaming, Blaming, and Utilizing the Convention Against Torture*, 15 *Duke J. Gender L. & Policy* 19 (2008).

¹⁰⁵ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, art. 1, *supra* n. 102. Énfasis suplido.

¹⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Omerredo v. Austria. Sentencia de 20 de septiembre de 2011. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Sow v. Bélgica. Sentencia de 19 enero 2016. Al momento de la redacción de este ensayo el texto de esta opinión sólo se encontraba disponible en francés. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Izyevbekhai & otras v. Irlanda. Sentencia de 17 de mayo de 2011. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Collins & Akaziebie v. Suecia. Sentencia de 8 de marzo de 2007.

preescolar a un mueble para cortarle el clítoris y los labios vaginales con una tijera oxidada, sin anestesia, debe considerarse tortura bajo la definición de esta Convención.¹⁰⁷ Empero esta construcción tampoco carece de cierto grado de ironía.

The Convention against Torture, a United Nations agreement, was ratified on June 26, 1987, for the distinct purpose of protecting human rights. Over 142 countries have thus far signed on to this agreement and thus, have agreed upon this definition of torture. *The irony of this is that many of the signatories are the very countries listed above as major perpetrators of FGM.*¹⁰⁸

¿A qué responde esta dicotomía? Patricia Broussard destaca dos asuntos a considerar. En primer lugar, que existen muchas comunidades entre los Estados Partes donde todavía las mujeres son, en la práctica, relegadas a la categoría de propiedad. De manera que hay Estados que podrían no reconocer la inherencia de los derechos inalienables las mujeres, sin que estos queden matizados por los intereses de un esposo, padre o hermano.¹⁰⁹ “If women are not considered members of human society as contemplated by the Convention, then it becomes easy to rationalize the apparent disconnect of signing an agreement which is violated even as one signs it”.¹¹⁰ En segundo término que, por horripilante que pueda parecernos la MGF, ésta se encuentra tan arraigada en la tradición y la cultura de determinadas comunidades que para una porción significativa de su población es inconcebible visualizarla como tortura.¹¹¹ Independientemente de las razones que puedan esbozarse para explicar por qué algunos Estados se muestran dispuestos a ratificar un pacto internacional contra la tortura, pero no aplican sus disposiciones a un fenómeno como la MGF, es medular enfatizar que el uso de la *Convención contra la tortura* para reprimir la MGF presenta problemas adicionales. Esta convención proyecta un enfoque particularmente punitivo. El artículo 4 de la convención requiere que todos los Estados signatarios tipifiquen como delito todos los actos que constituyan tortura y que los castiguen con penas adecuadas.¹¹² Consecuentemente, a pesar de que las raíces patriarcales de este ritual son evidentes, quienes quedarían principalmente expuestas

¹⁰⁷ Esta propuesta es congruente con el derecho estadounidense según concebido por los tribunales apelativos. *C.f. Abay v. Ashcroft*, 368 F.3d 634, 640 (6th Cir. 2004) & *Oforji v. Ashcroft*, 354 F.3d 609 (7th Cir. 2003).

¹⁰⁸ Broussard, *supra* n. 103, pág. 41. Énfasis suplido.

¹⁰⁹ *Id.*, págs. 41-45.

¹¹⁰ *Id.*, pág. 42.

¹¹¹ *Id.*, págs. 41-45.

¹¹² *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, art. 4, *supra* n. 102.

a ser procesadas criminalmente por estos actos de tortura serían quienes, en su mayoría, practican las “cirugías”; las mujeres.¹¹³ “The question becomes – how does a nation-state punish the perpetrators of torture against babies, girls, and women without victimizing the victims?”¹¹⁴ Esta pregunta hace patente que la *Convención contra la tortura* no atendería de manera eficaz todos los aspectos jurídicos delicados e inherentes a la deseabilidad de la erradicación de la MGF.

Finalmente merece mención especial el manejo que hace la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* de las incongruencias que pueden resultar cuando se confrontan el derecho fundamental a la salud con el derecho fundamental a la libertad religiosa. Por un lado ésta declaración admite que “la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones *debe ser íntegramente respetada y garantizada* [...]”¹¹⁵ Por el otro lado la declaración pronuncia de manera inequívoca que “[l]a práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño *no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral*” [...]”¹¹⁶ Entiéndase que esta declaración representa un intento explícito de subyugar el derecho a la libertad religiosa a las garantías internacionales sobre la salud y la integridad física. Si ésta fuera una regla hermenéutica incuestionable en el marco de las obligaciones internacionales, quedaría resuelta la controversia que nos atañe. Sin embargo, no debemos olvidar que ésta declaración, a pesar de representar una expresión contundente de la mayoría de la comunidad internacional representada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, no se deriva de un instrumento vinculante y oponible a los Estados en los tribunales, excepto por su poder persuasivo.¹¹⁷

A su vez hay otras disposiciones internacionales de carácter general que se han levantado para justificar la política punitiva de *tolerancia cero* hacia la MGF.

¹¹³ Broussard, *supra* n. 103, pág. 45.

¹¹⁴ *Id.*, pág. 45.

¹¹⁵ Preámbulo de la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, Resolución 36/55 proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981. Énfasis suplido.

¹¹⁶ *Id.*, art. 5.5. Énfasis suplido. C.f. *Resolución del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas*: “Pide a la Unión Europea y, por lo tanto, al conjunto de las instituciones y de los Estados miembros que defiendan con energía y firmeza los valores europeos construidos sobre los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia; *considera que ninguna práctica cultural o religiosa puede oponerse a estos principios que constituyen el fundamento de nuestra democracia*” [...] *supra* n. 92. Núm. 28.

¹¹⁷ Para una discusión profunda sobre cómo interpretar las resoluciones de la Asamblea General de la ONU en el marco de las obligaciones internacionales vea Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law*, Vol. 178 (1982) (Chapter VI, Resolutions and Political Texts), págs. 110-132.

Entre ellas se encuentra el artículo 5 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* mediante el cual los Estados Partes se comprometen a tomar

todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;¹¹⁸

y el artículo 12.1 del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* que reconoce “el derecho de toda persona al disfrute *del más alto nivel posible de salud física y mental*”.¹¹⁹ La adopción de expresiones e instrumentos cada vez más rígidos no ha logrado erradicar la MGF.¹²⁰ Y, mientras esta tradición continúa practicándose de manera generalizada e impune en vastas extensiones del planeta, los tribunales no siempre se han mostrado persuadidos a otorgar remedios que garanticen los derechos prescritos. Por su contacto prolongado con el tema de la inmigración vinculada a la MGF, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es particularmente ilustrativa.

D. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la MGF:

1. Collins & Akaziebie v. Suecia¹²¹

La primera solicitante en este caso, Emily Collins, alegó haber huido del estado de Delta en Nigeria a cusa del terror que le infundía la certeza de que sería sometida a una segunda MGF durante el proceso de parto. Detalló que conocía los horrores de esta tradición de primera mano porque su hermana había fallecido durante el trabajo de parto como producto de complicaciones derivadas de la MGF involu-

¹¹⁸ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979; entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. Art. 5(a). http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf.

¹¹⁹ *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 3 de enero de 1976. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. art. 12.1. Énfasis suplido.

¹²⁰ Phumzile Mlambo-Ngcuka, *supra* n. 96.

¹²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Collins & Akaziebie v. Suecia. Sentencia de 8 de marzo de 2007.

crada. Explicó que, por lo arraigado de la tradición en su comunidad, ni su esposo, ni sus familiares, habrían podido evitar la mutilación, y que su terror se acrecentó cuando recibió la noticia de que daría a luz a una niña que seguramente también sería mutilada. Señaló que, con la ayuda económica de su esposo, contactó a un contrabandista que la transportó hasta Europa en avión y luego hasta Suecia en tren a cambio de \$1,000 US. Ella arribó a Suecia sin documentos de identidad, donde tuvo a su primera hija (la segunda solicitante en este caso) transcurridos dos meses.

Una vez ubicada en Suecia con su nueva hija, Collins presentó en el 2002 una solicitud de asilo, estatus de refugiada o permiso de residencia ante la Junta de Inmigración (*Migrationsverket* o Junta) amparándose en el capítulo 3, sección 3, inciso 1 de la Ley de Extranjería de 1989. Esta ley, según interpretada por la Junta en armonía con el artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos*,¹²² ofrecía protección a las mujeres que solicitaran asilo y lograran demostrar un miedo fundamentado en la realidad de que serían sometidas a procedimientos de MGF de ser deportadas a sus países de origen.¹²³ En su solicitud inicial Collins alegó que si ella hubiera intentado viajar a otra región de Nigeria para dar a luz, y de esta forma evadir el procedimiento de MGF, ella y su hija habrían sido ejecutadas en una ceremonia religiosa. En junio del 2003 la Junta de Inmigración rechazó la solicitud de asilo presentada. A pesar de que en Nigeria no existía una ley federal que prohibiera la MGF, la Junta adujo a que la ley local en Nigeria prohíbe este ritual en al menos 6 de sus 36 estados. Estos estados, a su vez, penalizan la ejecución del ritual con \$385 US de multa y/o un año de cárcel, independientemente de que la mujer haya prestado su consentimiento. Concluyó la Junta entonces que, aunque ella en efecto hubiera confrontado un riesgo real de ser mutilada, siempre conservaba la opción de relocalizarse en otro estado nigeriano y solicitar la protección de las autoridades. La Junta además halló que no se demostró efectivamente que la solicitante se exponía a ser ejecutada por la comunidad en un ritual religioso de evadir la jurisdicción.

En adelante Emily Collins presentó cuatro recursos separados ante la Junta Apelativa para Extranjeros. En el primero de estos apeló la decisión emitida por la Junta de Inmigración. Los restantes tres se presentaron a modo de reconsideración luego de que la Junta Apelativa fallara a favor del Estado. Es medular resaltar que en los cuatro recursos presentados ante el foro apelativo Collins expuso cuatro versiones diferentes sobre sus circunstancias. Todas ellas aducían a su temor de verse

¹²² *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3. *supra*, n. 22.

¹²³ “According to the Board, forced female genital mutilation falls under the notion of “inhuman or degrading treatment” in chapter 3, section 3, subsection 1, of the 1989 Aliens Act. The Board stated that such a procedure was in conflict with both the United Nations Universal Declaration of Human Rights and Article 3 of the European Convention on Human Rights. From 1 January 1997 forced female genital mutilation was also covered by chapter 3, section 3, subsection 3, of the 1989 Act, by which a well-founded fear of persecution because of one’s sex constitutes a need for protection”. STEDH, 8 de marzo de 2007, pág. 6.

expuesta a una cirugía genital no consentida, pero los demás detalles variaban significativamente. La Junta Apelativa rechazó la solicitud de Collins en cada una de estas instancias y confirmó los hallazgos del foro inferior. Consecuentemente Collins presentó un recurso ante el TEDH en el que solicitó que se revocara la orden de expulsión emitida en su contra por las autoridades suecas y que se le concediera el asilo solicitado (o estatus de refugiada) al amparo del artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos* que reza: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.¹²⁴ Nuevamente la versión fáctica que Collins presentó en este recurso sobre las circunstancias que la movieron a refugiarse en Suecia varió considerablemente en comparación con las ofrecidas en los foros previos. El TEDH ordenó la paralización de los procesos en la jurisdicción local y les ordenó a las partes que sometieran información adicional.¹²⁵ Emily nunca sometió la información requerida por el Tribunal. En su escrito sólo se limitó a hacer referencia a la información provista previamente.

La decisión del Tribunal da por sentado que el riesgo real de ser sometida a una MGF en contra de su voluntad es base suficiente para conceder asilo al amparo del artículo 3 de la *Convención* en cuestión. Consecuentemente el análisis del TEDH en este caso se centró en evaluar las tendencias estadísticas que registran la incidencia de mutilaciones en Nigeria por región, así como los remedios jurídicos y civiles disponibles a las mujeres en riesgo de sufrirla, para así determinar si Collins, de acuerdo con sus circunstancias, sería inevitablemente sometida a una MGF de ser deportada.

*It is not in dispute that subjecting a woman to female genital mutilation amounts to ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention. Nor is it in dispute that women in Nigeria have traditionally been subjected to FGM and to some extent still are. The crucial issue thus remains whether the applicants in the present case would face a real and concrete risk of being subjected to FGM upon their return to Nigeria.*¹²⁶

¹²⁴ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3, *supra*, n. 22.

¹²⁵ Éstas fueron las preguntas del TEDH para la parte apelante: “Why did she choose to go to Sweden? How did she manage to leave Nigeria and enter Sweden? What was her itinerary? Who bought her tickets? How much did the tickets and the travel expenses amount to? Can the sponsor thereof not assist the applicants financially or practically if they were to return to Nigeria? Have the applicants made any effort to seek help from the various non-governmental organisations in Nigeria who are engaged in matters concerning women’s rights? In the affirmative, the applicants are invited to substantiate this fact. Why did the applicant mother not submit to the domestic authorities from the very beginning the fact that she had already been subjected to FGM? Finally, she is requested to substantiate her allegation before the Court that she had an ultrasound examination made when she was six months pregnant.” STEDH, 8 de marzo de 2007, pág. 4.

¹²⁶ *Id.*, pág. 12. Énfasis suplido.

El TEDH finalmente rechazó la solicitud de asilo presentada por Collins y su niña. Afirma el Tribunal que los estudios realizados en años recientes muestran que la incidencia de mutilaciones en Nigeria se ha reducido consistentemente durante los últimos quince años.¹²⁷ Según las fuentes oficiales citadas por el TEDH, alrededor del diecinueve por ciento de las mujeres nigerianas han sido mutiladas.¹²⁸ Los informes de Amnistía Internacional, también evaluados por el TEDH, colocan ese número en el cincuenta por ciento.¹²⁹ Por otro lado el Tribunal reconoce que en la región de donde proviene la solicitante el número de mujeres mutiladas alcanza el sesenta por ciento.¹³⁰ Quienes conservan la tradición (entre ellos cristianos, musulmanes y animistas) aducen a una serie de supuestos beneficios: (1) que protege la virginidad de las jovencitas, (2) que el ritual les representa mejores prospectos matrimoniales, (3) que la MGF aumenta el placer sexual del hombre y (4) que la alteración de los genitales viabiliza un parto más seguro. Los números fríos sugieren que en este caso el riesgo era real. Entonces, ¿por qué negar el recurso de la apelante?

El TEDH puntualizó que, aunque es cierto que la MGF se practica de forma generalizada en varias regiones del país, la mayoría de las mujeres retienen la opción de mudarse a alguna otra comunidad donde la práctica esté proscrita y puedan solicitar la protección del estado o de alguna organización no gubernamental.¹³¹ Y que una mujer de 30 años como Collins, que ha demostrado tener el ingenio, la fortaleza, la independencia y los recursos para relocarse en Suecia, ciertamente pudo haber hecho una nueva vida en otro estado nigeriano donde la MGF es eludible.¹³² El tribunal destacó además que en el caso ante su consideración la solicitante adolecía de un serio problema de consistencia y credibilidad en sus manifestaciones.¹³³ Y que ante la ausencia de prueba concreta que demostrara la probabilidad de que ella sería, según alegó, ejecutada por la comunidad o sometida por la fuerza a un segundo procedimiento de MGF de ser deportada, el mero hecho de que sus circunstancias de vida serían menos favorables en Nigeria de lo que eran en Suecia no era fundamento suficiente para activar la protección del artículo 3 de la *Convención*.

¹²⁷ *Id.*, pág. 7.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*, pág. 9.

¹³⁰ *Id.*, pág. 10.

¹³¹ *Id.*, pág. 9.

¹³² *Id.*, págs. 13-14.

¹³³ *Id.*, págs. 12-13.

2. Izevbekhai & otras v. Irlanda¹³⁴

Conforme a su propio testimonio, Enitan Pamela Izevbekhai, una mujer cristiana de origen yoruba, vivía una vida cómoda en Nigeria junto a su esposo, su hijo y sus dos hijas. Se encontraba felizmente casada, contaba con los servicios de una empleada doméstica y su caudal incluía una casa de cinco habitaciones y tres vehículos. No obstante sus circunstancias económicas, ella y sus dos hijas utilizaron pasaportes falsos para escapar a Dublín. En este esfuerzo contaron con el apoyo de su esposo, quien permaneció en Nigeria junto al hijo de ambos. Llegaron a Irlanda el 20 de enero de 2005. Ella solicitó asilo para sí misma y para sus hijas al día siguiente. Sostuvo que su primera hija (Elizabeth) murió en Nigeria al año de nacida como consecuencia de complicaciones surgidas durante una MGF ejecutada por la familia de su esposo en contra de su voluntad. Indicó que no le informó lo sucedido a la policía porque los oficiales nigerianos evitan intervenir con asuntos de “tradición familiar”. Alegó que de ser devueltas a Nigeria ella se vería imposibilidad de proteger a sus hijas. Explicó que la familia de su esposo incluso había intentado secuestrar a las niñas para mutilar sus genitales, y que la presión ejercida por estos fue de tal naturaleza que no les quedó más opción que abandonar el país. Se desprende de ciertos documentos sometidos a las autoridades irlandesas que las tres solicitantes en este caso (Izevbekhai y sus dos niñas) recibieron visas para visitar el Reino Unido, pero que estas visas fueron revocadas luego de que Izevbekhai solicitara asilo en Irlanda. Ella explica que decidió permanecer en Irlanda con sus hijas porque temía que la familia de su esposo, una familia influyente y acomodada, pudiera localizarlas en el Reino Unido y mutilar a las niñas.

La solicitud de Izevbekhai fue denegada por el *Comisionado de Solicitudes de Refugiados*¹³⁵ (Comisionado). Opinó el Comisionado que las solicitantes no cumplieron con los requisitos para recibir asilo establecidos en la sección 2 de la Ley de Refugiados de 1996 según enmendada.¹³⁶ Específicamente que no sometieron evidencia creíble que demostrara que experimentaban un miedo fundamentado en la realidad de sufrir persecución en Nigeria; ni evidencia suficiente de que confrontarían persecución en su país de origen o de que el Estado se rehusaría a protegerlas.¹³⁷ El informe le restó a credibilidad a las alegaciones de la solicitante por varias razones. Reseñó que la cámara baja de la legislatura federal nigeriana aprobó un proyecto de ley que *eventualmente* prohibiría la MGF. Notó que al menos un tercio de los estados nigerianos ya habían penalizado la práctica de la MGF. Identificó la tendencia descendente de incidencias de MGF en las áreas urbanas, como la ciudad de donde provenía la solicitante. Cuestionó por qué Izevbekhai no había informado

¹³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Izevbekhai & otras v. Irlanda. Sentencia de 17 de mayo de 2011.

¹³⁵ El organismo se denomina en inglés: “The Refugee Applications Commissioner” (STEDH, 17 mayo 2011), pág. 3.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

la muerte de su primera hija ni los intentos de secuestro de la familia de su esposo. Comentó que, tras considerar la posición social privilegiada en que se encontraba la solicitante, era difícil creer que no tuviera los medios para proteger a sus hijas. Y concluyó que reubicarse en otro estado de Nigeria era una posibilidad al alcance de la familia. El 3 de marzo de 2005 las solicitantes recibieron notificación de que el Comisionado recomendaría que se rechazara su solicitud de asilo, por lo cual éstas presentaron un recurso de apelación al *Tribunal de Apelaciones para Refugiados*.

En este procedimiento las apelantes tuvieron la oportunidad de producir documentos adicionales. Entre estos documentos presentaron un “Certificado médico de causa de muerte” firmado por el doctor (Unokanjo) que atendió a Elizabeth en 1994 cuando se presentó al hospital con una hemorragia profusa en el área genital. El certificado identificaba la hemorragia genital provocada por la MGF como la causa próxima de su muerte. Sometieron, además un certificado de defunción de la Comisión Demográfica Nacional y un certificado de sepultura del Departamento de Salud Pública. Una vez celebrada la vista oral, el foro apelativo declaró sin lugar el recurso. Concluyó que la solicitante no se encontraba desprovista de remedios en Nigeria ya que ella pudo haber acudido a diferentes organismos y foros en busca de ayuda efectiva; entre ellos el propio doctor Unokanjo, su padre (que era un funcionario del Estado que se oponía a la MGF) o a las agencias oficiales del Estado nigeriano. A raíz de la decisión del *Tribunal de Apelaciones para Refugiados* la solicitante presentó una petición de protección subsidiaria ante el Ministerio de Justicia Irlandés. No obstante el Ministro de Justicia ordenó que las solicitantes fueran deportadas. Éste subrayó unas expresiones de BAOBAB¹³⁸ que surgían de un informe preparado por la *Joint British-Danish Fact-finding Mission to Nigeria 2005* donde se afirmaba “that FGM was not a genuine ground for seeking asylum given State and non-State protection for women and the re-location option”.¹³⁹ Izevbekhai fue arrestada tras emitirse la orden de expulsión. Ésta, a su vez, solicitó la revisión judicial de la orden emitida por el Ministro de Justicia. Alegó que el ministro hizo uso indebido de su discreción cuando rechazó su solicitud de protección subsidiaria y solicitó un interdicto que detuviera el proceso de deportación iniciado contra su familia. El tribunal de instancia denegó la solicitud y el caso eventualmente tuvo su día en el Tribunal Supremo de Irlanda.

A causa de la extensa cobertura que tuvo el caso en los medios de comunicación, el Ministerio de Justicia irlandés reabrió las investigaciones realizadas sobre las circunstancias que rodearon el nacimiento y muerte de Elizabeth, la primera hija

¹³⁸ BAOBAB es una organización no gubernamental dedicada a la defensa de los derechos humanos de las mujeres en Nigeria. *BAOBAB for women's human rights* <http://www.wluml.org/contact/wrrc/content/baobab-%E2%80%93women%E2%80%99s-human-rights> (accedido el 10 de mayo de 2016).

¹³⁹ STEDH, 17 mayo 2011, pág. 5.

de la apelante. El Ministerio le presentó sus hallazgos al Tribunal Supremo en un conjunto de affidavits que demostraban que los documentos que la apelante había presentado ante el *Tribunal de Apelaciones para Refugiados* sobre el nacimiento y las circunstancias de muerte de su primera hija eran falsificados. Estos incluían una declaración jurada en la que doctor Unokanjo afirmaba que no había firmado dichos documentos y que él no había asistido el proceso de parto ni atendido a ninguna niña llamada Elizabeth Izevbekhai. El Ministro de Justicia petitionó que el Tribunal desestimara el recurso de apelación por *abuso del derecho*.

En su respuesta la apelante admitió que los documentos presentados previamente eran falsificados, pero mantuvo su posición sobre las circunstancias en las que murió su de su primera hija. Explicó que su intención nunca fue abusar del proceso legal irlandés, que los documentos fueron procurados por su esposo y que éste no le informó que eran falsos. La apelante produjo documentos nuevos para intentar subsanar el error previo. Una investigación realizada en Nigeria por el Ministerio de Justicia irlandés concluyó que los documentos nuevos tampoco eran auténticos. Sin embargo, estos hechos nunca fueron formalmente adjudicados por el Tribunal Supremo Irlandés porque ese foro concluyó que el Ministro de Justicia carecía de jurisdicción para atender la solicitud de protección subsidiaria en controversia y consecuentemente no consideró necesario dirimir los aspectos sustantivos del caso. El efecto neto fue que no se revocó la orden de expulsión.

Tras ese revés Izevbekhai solicitó la intervención del TEDH. Argumentó que existía un riesgo real de que sus dos hijas fueran mutiladas si eran deportadas a Nigeria y se amparó en el artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos* que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes. En este foro reafirmó las circunstancias que produjeron la muerte de su primera hija y expuso que el esposo de la demandante había falsificado los documentos en Nigeria a sus espaldas porque el doctor Unokanjo le había requerido una suma exorbitante de dinero a cambio de los originales.

La decisión del TEDH reitera la soberanía de los Estados en lo que corresponde al control de fronteras y al derecho migratorio. No obstante aclara que un Estado actúa en contravención del *Convenio* si deporta a una persona cuando existe causa para creer que esa persona se enfrentaría a un riesgo real de sufrir el tipo de tratamiento vedado por el artículo 3 en su país de origen.¹⁴⁰ Bajo esas circunstancias el artículo 3 implica la obligación de no deportar al extranjero refugiado.¹⁴¹ El Tribunal además reafirma que, sin lugar a dudas, la MGF debe considerarse un trato inhumano y degradante contrario a la norma establecida en el artículo 3.¹⁴² El TEDH reconoce

¹⁴⁰ *Id.*, pág. 21.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*

que la existencia de esta tradición en Nigeria no está en controversia. Sin embargo, insiste en que el asunto a dirimirse es si las demandantes en este caso confrontan un riesgo real de ser mutiladas de ser deportadas.¹⁴³ El Tribunal concluye que no.¹⁴⁴

En cuanto a los fundamentos para esta conclusión, el TEDH destaca que Nigeria ratificó el Protocolo de Maputo, cuyo artículo 5 les requiere a los Estados que aprueben legislación para prohibir la MGF.¹⁴⁵ Resalta que un tercio de los estados nigerianos han aprobado leyes en esta dirección aunque el gobierno federal no haya hecho lo propio.¹⁴⁶ A pesar de que la MGF no se ha prohibido explícitamente a nivel federal, el TEDH subraya que la Constitución nigeriana sí prohíbe el trato inhumano y degradante.¹⁴⁷ Nos parece peculiar que el Tribunal acoja este planteamiento porque, si la interpretación oficial y generalizada de esta disposición constitucional nigeriana implicara que la MGF está prohibida, entonces no haría falta legislación ulterior. El hecho de que la legislación federal diseñada para prohibir la MGF llevara años *engavetada* al momento de la controversia sugiere que, en la interpretación colectiva de la oficialidad nigeriana, la MGF no se encontraba subsumida bajo el concepto de “trato inhumano y degradante”. O que, por lo menos, su legitimidad estaba en controversia.

Otro fundamento jurídico que resultó de peso para el TEDH es que la Ley federal de Derechos de la Niñez, acogida en 18 estados, tipifica como delito la ejecución de la MGF *en niñas*.¹⁴⁸ En cuanto a la oportunidad de refugiarse en otras áreas del país, el TEDH acentúa que las agencias adscritas a la ONU allí establecidas, así como representantes de organizaciones no gubernamentales, corroboran que la relocalización interna permanece como opción viable.¹⁴⁹ “Moreover, neither the UN nor NGO representatives indicated any material risk of those re-locating being tracked down by families, not least given the size and population of Nigeria”.¹⁵⁰ Luego de evaluada esta información *objetiva*, el Tribunal se movió a analizar las circunstancias particulares de las demandantes.

Afirma el TEDH que la credibilidad de la primera demandante en este caso quedó ampliamente cuestionada en los procedimientos efectuados ante los organismos locales.¹⁵¹ A juicio del TEDH la autenticidad de las dos colecciones de documentos

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*, pág. 24.

¹⁴⁵ *Id.*, pág. 21.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.* El lector o lectora no debe olvidar que nuestro derecho local tipifica como delitos el asesinato, el narcotráfico y el abandono de viejitos, pero estos eventos son noticia todos los días en Puerto Rico.

¹⁴⁹ *Id.*, pág. 22.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*, pág. 23.

que se ofrecieron para sustentar gran parte de su versión sobre qué factores la compeleron a solicitar asilo quedó, cuanto menos, en entredicho sin que ella pudiera ofrecer más que una explicación genérica e inadecuada.¹⁵² A su vez la demandante aceptó que su familia se encontraba en una situación económica y social privilegiada en Nigeria.¹⁵³ Que su esposo era un comerciante que viajaba regularmente a países extranjeros.¹⁵⁴ Que tenía educación post-secundaria y experiencia profesional, así como recursos suficientes para costear una casa cómoda y varios vehículos.¹⁵⁵

El Tribunal no comprende por qué la demandante no le informó la situación que atravesaban a la policía.¹⁵⁶ O por qué ella no acudió a pedir ayuda a alguna organización internacional, o al Ministerio de Salud, o al Ministerio de Asuntos Sociales y de la Mujer, o a sus padres.¹⁵⁷ Tampoco considera racional que una persona con recursos familiares y financieros no haya simplemente intentado mudarse a otra región si habían mecanismos estatales de seguridad disponibles.¹⁵⁸

Accordingly, the Court considers that the first applicant and her husband could protect the second and third applicants from FGM if returned to Nigeria. The Court, therefore, finds that the applicants have failed to substantiate that the second and third applicants would face a real and concrete risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention upon return to Nigeria.¹⁵⁹

En esencia el TEDH concluye que ante la presencia de riquezas materiales y títulos académicos la persecución real e ineludible era poco probable. Ese argumento está lejos de ser inexpugnable. ¿Qué puede motivar a una persona que, no sólo no padece necesidad, sino que tiene mucho más de lo necesario, a separarse de su familia, abandonar sus bienes materiales, moverse a otro país y enfrascarse en una batalla legal larga y tediosa si no es el convencimiento real de que no le queda otra alternativa? Esta interrogante quedó irresuelta.

A pesar de lo contundentes que aparentan ser las conclusiones esbozadas por el TEDH, la realidad es que el cuerpo de la decisión se encuentra plagado de incongruencias estadísticas y observaciones inconsistentes. En su análisis general sobre la MGF en Nigeria el TEDH expone una serie de datos a los que finalmente no les

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.*, pág. 24.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*

adjudica peso en su valoración del caso de Izevbekhai. Entre ellos que, (1) tras evaluar los informes presentados por Nigeria en el 2010, el Comité creado bajo la *Convención sobre los derechos del niño* comentó: “[T]he Committee is concerned about the high percentage of women who have undergone female genital mutilation. The Committee regrets the lack of up-to-date information on measures taken by the State party to prevent and eliminate harmful traditional practices, including progress in the implementation of its earlier recommendations[.]”¹⁶⁰ (2) Que un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre el estado de los derechos humanos en Nigeria verificó que en la región y el grupo étnico de la solitante se refleja la mayor incidencia de MGF en todo el país:

*FGM was most prevalent in the southern region among the Yoruba and Igbo. Infibulation, the most severe form of FGM, was infrequently practiced in northern states but common in the south. The age at which women and girls were subjected to the practice varied from the first week of life until after a woman delivered her first child; however, most women were subjected to FGM before their first birthday.*¹⁶¹

(3) Que ese mismo estudio manifiesta que a pesar de que doce estados nigerianos habían criminalizado la tradición de la MGF, en la mayoría de los distritos de esos estados las organizaciones no gubernamentales se confrontaban con que las autoridades locales interpretaban que esas leyes no les eran aplicables.¹⁶² (4) Que un informe preparado por las autoridades del Reino Unido señaló en el 2010 que “/*any state interference into the practice of FGM is considered as a violation of the rights to privacy. Yet, many girls face several health risks through this, including of HIV infection due to unhygienic methods that accompany the practice*”.¹⁶³ (5) Que conforme a un estudio británico-danés realizado entre el 2007 y el 2008, aunque es verdad que en Nigeria se han instituido estructuras para proteger a las mujeres de peligros como los matrimonios forzados y la MGF, esas estructuras todavía son débiles. Y que las mujeres que desean proteger a sus hijas de este tipo de afrentas podrían no estar al tanto de la existencia de sus derechos o de estas instituciones y programas.¹⁶⁴ Y, (6) que un informe de la Organización Internacional para la Migración confirmó que la corrupción es un fenómeno generalizado en Nigeria y que, como consecuencia de la ausencia de registros adecuados, el proceso de autenticar

¹⁶⁰ *Id.*, pág. 12.

¹⁶¹ *Id.*, pág. 14. Énfasis suplido.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*, pág. 15.

documentos oficiales como certificados de nacimiento o de defunción es un proceso difícil, lento y, en muchas ocasiones, imposible.¹⁶⁵ Todo parece indicar que había buenas bases para, cuanto menos, construir una opinión disidente.

3. Omeredo v. Austria¹⁶⁶

Conforme a la costumbre establecida en su aldea de origen, se suponía que en abril del 2003 Mary Magdalene Omeredo se sometiera al ritual de MGF. Una de sus hermanas había muerto en el ritual que se celebraba cada cinco años, y tras ver frustrado su intento de apelar a la compasión de su madre, huyó hacia Europa a través de una ruta desconocida. Omeredo arribó a Austria en mayo de 2003. Ese mismo mes solicitó asilo. Alegó que huyó de Nigeria porque, de no hacerlo, habría sido forzada a someterse a un ritual de MGF. Explicó que no solicitó la protección del Estado nigeriano porque la policía no intervendría en lo que se percibía en su cultura como un acto más de tradición. Y sostuvo que no tenía más opción que abandonar su comunidad porque los aldeanos podrían matarla si ella se rehusaba a participar del procedimiento.

La Oficina Federal de Asilo (*Bundesasylamt*) rechazó su solicitud. El gobierno local consideró creíbles las circunstancias que la llevaron a huir, pero entendió que la solicitante, debido a la capacitación que había recibido como costurera, conservaba la opción de reubicarse internamente. Resaltó que aunque en Nigeria no existía una ley federal que penalizara la práctica de la MGF, había varios estados que sí la prohibían. Consecuentemente la agencia concluyó que Omeredo no se encontraba en un riesgo ineludible de recibir tratos contrarios al artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos*,¹⁶⁷ y que no podía imputársele al Estado nigeriano incapacidad para proteger su vida e integridad corporal.

La peticionaria impugnó esta decisión en el Tribunal de Asilo (*Asylgerichtshof*). Pero este esfuerzo resultó fútil ya que el Tribunal confirmó la determinación previa por los mismos fundamentos. Advenida esta decisión la solicitante apeló el dictamen del Tribunal de Asilo en el Tribunal Constitucional, donde además solicitó que se le asignara asistencia letrada gratuita. Allí sufrió otro revés. En el Tribunal Constitucional la apelante alegó que el Tribunal de Asilo no consideró sus circunstancias plenamente. En particular que ella era una mujer soltera cuya única familia era su madre, quien vivía en la misma aldea de donde huyó. Y que, como mujer soltera, en Nigeria le sería prácticamente imposible establecerse en un apartamento urbano sin levantar suspicacia. El Tribunal Constitucional se rehusó, tanto a conceder la

¹⁶⁵ *Id.*, pág. 17.

¹⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Omeredo v. Austria. Sentencia de 20 de septiembre de 2011.

¹⁶⁷ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3. *supra*, n. 22.

petición de que se le asignara un representante legal, como a dirimir la solicitud sustantiva en controversia. Este foro halló que el recurso ante su consideración carecía de una controversia de naturaleza constitucional y lo declaró sin lugar. Como último recurso Omeredo presentó una petición ante el TEDH sustentada en el artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos*.¹⁶⁸ En su petición aseveró que de ser devuelta a Nigeria confrontaría el riesgo real de ser sometida a una MGF en contra de su voluntad. Indicó que por ser una mujer soltera y desposeída de ingresos y familia, la alternativa de mudarse a otro estado donde estuviera vedada la MGF la colocaría en una situación degradante y contraria al artículo 3 del *Convenio*. Por último la demandante aseguró que la decisión del Tribunal de Asilo fue arbitraria.

En primer lugar el análisis del TEDH se centró en repasar los hallazgos que ese mismo foro esbozó en el caso *Izevbekhai & otras v. Irlanda*¹⁶⁹ sobre las circunstancias y estadísticas vinculadas a la MGF en Nigeria. En específico, el Tribunal recalca los pasos jurídicos tomados por las autoridades nigerianas para repeler la MGF. Entre ellas: la ratificación del Protocolo de Maputo (en el que los Estados se obligan a adoptar legislación que prohíba la MGF), la prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes, el proyecto de ley aprobado en la Cámara Baja que prohíbe la MGF (que ha permanecido desatendido en la Cámara Alta desde el 2003), la ley federal sobre los derechos de la niñez que penaliza el ejercicio de la MGF en niñas y ha sido acogida por dieciocho de los treinta y seis estados, y el hecho de que doce estados han prohibido y criminalizado la práctica de la MGF.¹⁷⁰ En cuanto al Derecho Europeo, el TEDH detalla que no se encuentra en controversia que someter a una persona, sea adulta o menor, a un procedimiento de MGF equivale a un trato inhumano y degradante bajo el artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos*.¹⁷¹ Éste es el estado de derecho independientemente de que la cirugía se realice en un entorno médico o en una jurisdicción donde sea legal.¹⁷² Habiendo esclarecido el marco legal aplicable, el Tribunal procede a evaluar si las circunstancias particulares de la demandante la hacen acreedora del derecho a permanecer asilada en Austria.

El Tribunal reconoce que para una mujer soltera que no cuenta con apoyo familiar debe ser difícil permanecer en Nigeria. Sin embargo, reitera que, el hecho de que las circunstancias en Nigeria sean menos favorables a la demandante que sus circunstancias en Austria no puede ser el factor determinante para conceder asilo bajo las premisas del artículo 3 del *Convenio*.¹⁷³ Adjudica el Tribunal, además, que

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ STEDH, 17 mayo 2011.

¹⁷⁰ STEDH, 20 septiembre 2011. págs. 3-4.

¹⁷¹ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3, *supra*, n. 22.

¹⁷² STEDH, 20 septiembre 2011. págs. 3-5.

¹⁷³ *Id.*, pág. 5.

debido a su capacitación y experiencia como costurera hay razones suficientes para establecer que la peticionaria debe ser capaz de reconstruir su vida en Nigeria *sin el apoyo de su familia*. Por lo cual el TEDH concluye que su solicitud es inmeritoria bajo el artículo 3 invocado. En cuanto su contención de que la decisión del Tribunal de Asilo fue arbitraria, el Tribunal dictamina que ése es un planteamiento inconsecuente en la medida en que surge del artículo 6 del *Convenio*, inaplicable a controversias sobre asilo según establecido en la doctrina.¹⁷⁴ La petición finalmente se declaró sin lugar.

4. Sow v. Bélgica¹⁷⁵

En abril de 2011 *Affaire Sow* sometió una primera petición de asilo al *Comisionado General para Refugiados y Apátridas* del gobierno belga. Se presentó como una mujer musulmana de etnia Fulani, nacional de Guinea. Relató que tras la muerte de su padre en un accidente automovilístico su madre había contraído nupcias con su tío, y que éste se había hecho cargo de la familia. Sostuvo que su tío les prohibió a ella y a sus hermanas que fueran a la escuela, y ordenó que todas fueran circuncidadas. El acto de mutilación se concretó en el 2009. Del testimonio de la peticionaria se desprende que una de sus hermanas falleció como consecuencia del sangrado que le provocó la MGF. En cuanto al proceso efectuado sobre la solicitante, ella narra que luchó con tanta vehemencia durante el procedimiento que la mutilación se vio interrumpida, por lo cual la ablación quedó incompleta. Como si esto fuera poco, Sow añade que su tío la casó con su primo en contra de su voluntad, y que éste la obligó a tener relaciones sexuales con él. Como cúspide de su tortura, su tío la amenazó con terminarle la ablación si intentaba abandonar a su nuevo esposo. Tres días después de celebrado el matrimonio ella logró escapar. Expone que salió de África junto a traficantes nigerianos y que accedió a territorio belga con un pasaporte falso. Allí afirmó que temía ser asesinada por su tío.

Luego de examinar su petición, el *Comisionado General para Refugiados y Apátridas* denegó la solicitud de asilo. El *Comisionado* aseveró que la solicitante no demostró indicios suficientes de que se exponía a sufrir persecución o grave daño corporal de ser deportada. Consideró que las declaraciones de la solicitante con respecto a las circunstancias de su matrimonio y los eventos desenvueltos el día de la boda carecían de coherencia, por lo cual no merecían credibilidad. Luego de valorar la situación general en Guinea entendió que no existía allí una situación de violencia indiscriminada o de conflictos armados que ameritara otorgarle estatus de

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Sow v. Bélgica. Sentencia de 19 enero 2016. Al momento de la redacción de este ensayo el texto de esta opinión sólo se encontraba disponible en francés.

refugiada a la solicitante. Y por último, en relación al riesgo de sufrir una segunda MGF, el *Comisionado* concluyó que el miedo asociado a la nueva mutilación genital no se estableció. A los efectos citó un informe en el que se afirmaba que, en Guinea, como cuestión de costumbre sólo se ejecuta una nueva escisión inmediatamente después de la primera, durante la convalecencia, y sólo de considerarse necesaria. Si sucediere que el marido pide una segunda escisión, las mujeres adultas pueden oponerse a ella y abandonar la relación. Pues en la medida en que ya han sido circuncidadas, las mujeres disfrutan de reconocimiento social.¹⁷⁶

Denegada su primera solicitud, Sow radicó una segunda petición de asilo que sustentó con documentos nuevos. Incluyó, entre otros documentos, tres citaciones emitidas por la policía de Guinea contra la solicitante y una carta de su tío dirigida a su madre. En la carta el tío de la peticionaria profería amenazas contra su progenitora porque entendía que ella era la responsable de que la solicitante hubiera escapado. El *Comisionado* se negó a revisar. Indicó que la determinación previa tenía la autoridad de cosa juzgada, y que la peticionaria debió ofrecer los documentos oportunamente en su solicitud de asilo anterior.

El *Comisionado* también hizo hincapié en lo fácil que es obtener documentos falsos en Guinea, e interpretó que las declaraciones de la solicitante eran inconsistentes con las cartas y documentos que presentó. En febrero de 2013, el Ministerio de Asuntos Exteriores le ordenó a la demandante que abandonara el territorio. No obstante en abril de 2013 Sow radicó una tercera solicitud de asilo. En esta ocasión la petición se centró en los temores de sufrir una nueva MGF. Incluía información psiquiátrica de la solicitante, sus récords ginecológicos, testimonios de mujeres que sufrieron más de una MGF en Guinea, testimonios de mujeres que sufrieron matrimonios forzados en Guinea, e informes generales sobre la situación de la MGF en Guinea. Ella argumentó que, dada la naturaleza de la mutilación de tipo I que ella había experimentado, se corría el riesgo de sufrir una nueva escisión. Y que en su país de origen esto era un castigo común ejecutado contra las mujeres que no se sometían a la voluntad de sus familias. Ese mismo mes el Ministerio de Asuntos Exteriores desestimó su solicitud y le ordenó abandonar el país nuevamente. Luego de varios trámites apelativos infructuosos la expatriada interpuso un recurso ante el TEDH.

En esta ocasión su reclamo no se limitó a la vertiente sustantiva derivada del artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos*,¹⁷⁷ sino que además incluyó una controversia de corte procedimental amparada en el artículo 13 del mismo pacto que reza: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por

¹⁷⁶ STEDH, 19 enero 2016, pág. 3.

¹⁷⁷ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3, *supra*, n. 22. STEDH, 19 enero 2016, pág. 11.

personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.¹⁷⁸ En cuanto a esta disposición sostuvo que no tuvo a su haber un recurso doméstico que le permitiera presentar efectivamente su solicitud derivada del artículo 3.¹⁷⁹ Una vez instado el recurso, el TEDH procedió a evaluar las circunstancias jurídicas y fácticas relacionadas a la MGF en Guinea.

El Tribunal halló que, conforme a los datos disponibles, la prevalencia de MGF en Guinea es de noventa y seis por ciento. Señaló que el procedimiento se practica principalmente durante las vacaciones escolares, en chicas muy jóvenes que aún no tienen edad suficiente para expresar su voluntad. Expuso además que esta costumbre afecta a niñas y a mujeres de todas las razas y religiones.¹⁸⁰ Algunas fuentes indican que la MGF más común entre la población es la de Tipo II, mientras que otras fuentes establecen que la más popular es la menos invasiva de Tipo I.¹⁸¹ El TEDH destaca que en el país se llevan a cabo campañas de sensibilización y prevención en las que cooperan organizaciones internacionales y locales, así como las agencias oficiales del Estado para salud, educación y asuntos sociales.¹⁸²

En el ámbito legislativo se aprobó en el año 2000 una ley especial que tipifica como delito la MGF. No obstante el Tribunal aclara que, conforme a la información que tuvo a su disposición, es raro que los padres denuncien un acto de escisión.¹⁸³ Por otra parte la decisión explica que, no empuja lo dispuesto en esta ley, el procedimiento todavía es considerado por muchas mujeres como un paso importante en sus vidas. Por lo cual es común que algunas mujeres adultas que no fueron *cortadas* en algún momento durante su niñez lo soliciten después.¹⁸⁴ Un dato interesante es que, con excepción de lo que ocurre en algunos círculos islámicos radicales muy minoritarios, la mayoría de los hombres no requieren que su mujer esté *circuncidada*.¹⁸⁵

En lo que respecta a si existe la costumbre de practicar una segunda MGF en Guinea el TEDH manifestó como hallazgo que una escisión posterior puede practicarse de considerarse necesaria durante el proceso de recuperación o convalecencia de la primera MGF, o en cualquiera de otros dos escenarios: (1) si una anciana de autoridad protesta porque a su juicio no se extirpó el clítoris adecuadamente, o (2) en caso de que un ejecutor aprendiz no haya realizado la operación a satisfacción de su maestra o maestro. De configurarse alguna de estas excepciones quedaría

¹⁷⁸ *Id.*, art. 13.

¹⁷⁹ STEDH, 19 enero 2016, pág. 16.

¹⁸⁰ *Id.*, pág. 8.

¹⁸¹ *Id.*, pág. 9.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Id.*

justificada una segunda intervención conforme a la tradición.¹⁸⁶ Conforme a los documentos sometidos por la organización no gubernamental Tostan Guinea, la ejecución de un segundo procedimiento a petición del esposo, aunque inusual, no es (técnicamente) una sanción o castigo. Más bien representa un esfuerzo por parte del sector más conservador de ajustarse a la tradición cuando su ejecución ha quedado en entredicho.¹⁸⁷

Sostiene el Tribunal que, a pesar de que la medicalización de la MGF permite limitar la gravedad de los efectos nocivos inherentes a este ritual, esa opción ha sido rechazada por las autoridades y asociaciones que luchan por la eliminación total de esta práctica. Y que en el otro extremo del espectro social hay entornos rurales donde las familias rechazan la legitimidad de la *circuncisión médica* y consecuentemente exigen un segundo procedimiento ejecutado con un instrumento ceremonial tradicional.¹⁸⁸ Según encuestas realizadas por el Proyecto Esperanza en el 2011, quienes toman la decisión de mutilar a las niñas en el 51% de los casos son las madres. Los padres toman la decisión en el (14%) de los casos y las tías en el 13%.¹⁸⁹ El secretario general de la Célula de lucha contra las prácticas tradicionales que afectan a la mujer y al niño (o CPTAMN) informó que, aunque las víctimas pueden solicitar la protección de la Oficina de Protección de Género, Infancia y La Moral adscrita al Ministerio de Seguridad, las autoridades de Guinea no proporcionan una protección eficaz a las víctimas potenciales. Por último, reseña el Tribunal que el informe oficial sobre Guinea preparado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos en el 2014 sostiene que a pesar de que la ley local prohíbe la MGF, ésta continúa siendo una práctica habitual.

En cuanto a las normas internacionales aplicables al riesgo de que la solicitante fuera sometida a una segunda MGF en contra de su voluntad de ser deportada, el TEDH reiteró que los Estados europeos retienen el derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros.¹⁹⁰ Sin embargo clarificó que un Estado podría encontrarse en violación del artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos*¹⁹¹ si expulsa de su territorio a una solicitante de asilo cuando hay razones de peso para creer que la interesada, de ser expulsada a su país de origen, se enfrentaría a un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3.¹⁹² En estos casos, el artículo 3 implica la obligación de no deportar a la persona en cuestión.¹⁹³

¹⁸⁶ *Id.*, págs. 9-10.

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ *Id.*, pág. 15.

¹⁹¹ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3, *supra*, n. 22.

¹⁹² STEDH, 19 enero 2016, pág. 15.

¹⁹³ *Id.*

Como hemos visto en decisiones previas, el TEDH dictamina que no hay duda de que la exposición de una mujer, sea adulta o niña, a un procedimiento de MGF constituye un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del *Convenio*.¹⁹⁴ Y advierte que tampoco se encuentra en controversia el hecho de que las niñas y mujeres de Guinea tradicionalmente han sido sometidas a mutilaciones genitales, o que en gran medida siguen estando expuestas a estos rituales.¹⁹⁵ Debido a que en este caso la demandante ya había sido objeto de una MGF Tipo I, el TEDH debía adjudicar si había razones fundamentadas para creer que la solicitante confrontaba un riesgo real de ser mutilada nuevamente en Guinea.¹⁹⁶ Los otros motivos que la peticionaria esbozó para solicitar asilo en sus dos primeras peticiones ante los foros domésticos – entre ellos, el matrimonio forzado– no se repitieron ante el TEDH. Por lo tanto el Tribunal determinó que no los consideraría a los efectos de tomar su decisión en esta etapa del proceso.¹⁹⁷

El Tribunal establece que las autoridades nacionales están en mejores condiciones para evaluar la credibilidad de la solicitante. Partiendo de esa premisa, y tras examinar el expediente, sentencia que en este caso no hubo ninguna razón para desconfiar de las conclusiones alcanzadas por las autoridades belgas, o para adjudicar que dichas autoridades actuaron de forma arbitraria.¹⁹⁸ Específicamente el Tribunal acogió el informe preparado por el *Comisionado General para Refugiados y Apátridas* del gobierno belga en el que se detallan las circunstancias limitadas bajo las cuales se practica una segunda mutilación en Guinea, y a base del cual las autoridades nacionales determinaron que el relato de la demandante no era creíble, y que ella no corría el riesgo de ser sometido a una nueva MGF de ser devuelta.¹⁹⁹

El Tribunal consideró determinante que a la fecha de emitir su decisión la demandante ya tendría veinte y ocho años de edad, que su madre (la única miembro de su familia con quien todavía se encontraba en contacto) repudiaba la práctica de la MGF, y el hecho de que ella ya había sido mutilada, como factores que demostraban que ella no se encontraba en una situación particular de vulnerabilidad.²⁰⁰ Y concluyó que la peticionaria no demostró que existía un riesgo real de volver a ser mutilada si era devuelta a Guinea.²⁰¹ Consecuentemente entendió que el Estado belga no actuaba en violación del artículo 3 de la *Convención* al ordenar su expulsión.²⁰²

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ *Id.*, pág. 16.

²⁰¹ *Id.*

²⁰² *Id.*

En cuanto al reclamo de la peticionaria en el sentido de que no tuvo a su disposición un recurso doméstico que le permitiera presentar efectivamente su solicitud de asilo,²⁰³ el Tribunal hizo hincapié en que dada la importancia del artículo 3, el lenguaje absoluto de esta disposición y la naturaleza irreversibles de los daños que pueden producirse cuando se desatiende esta norma medular, las autoridades nacionales deben ser lo más rigurosas que les sea posible cuando examinen peticiones fundamentadas en ella.²⁰⁴ El TEDH establece además que, aun cuando ese foro concluya que un Estado no violó el artículo 3 al ordenar la expulsión de determinado extranjero, eso no necesariamente implica que no se configuró una violación del artículo 13 del *Convenio*, o que los foros nacionales puedan eludir el ámbito de ese artículo en los procedimientos sobre peticiones de asilo.²⁰⁵ No obstante el Tribunal comprendió que en este caso Bélgica no violó el artículo 13 del *Convenio* porque la peticionaria tuvo la oportunidad de radicar tres solicitudes sucesivas de asilo en un espacio de dos años. Y porque a ella, además de esto, se le concedió acceso a un tribunal especializado donde pudo impugnar la determinación emitida en su contra por los foros administrativos.²⁰⁶ El Tribunal añadió que no es viable requerirle a los Estados que lleven a cabo un examen exhaustivo e individualizado de *cada* solicitud de asilo radicada por la misma persona cuando el riesgo alegado por la solicitante ya haya sido objeto de un análisis riguroso y minucioso como producto de una petición anterior, a menos que se presenten hechos nuevos.²⁰⁷ Finalmente el Tribunal concluyó que no se violarían los artículos 3 y 13 de la *Convención* si Bélgica deportara a la solicitante a Guinea.²⁰⁸

5. Observaciones generales sobre la casuística europea

El TEDH recalca una y otra vez que no hay duda de que la exposición de una mujer, sea adulta o niña, a un procedimiento de MGF constituye un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del *Convenio Europeo de derechos humanos*.²⁰⁹ Sin embargo en el primer caso que examinamos,²¹⁰ frente a una solicitante de recursos económicos limitados, el TEDH sugirió que la causa verdadera por la cual la demandante solicitó asilo era para conservar un estilo de vida más cómodo en Europa y no el riesgo de sufrir una MGF. En el segundo caso, tras evaluar las

²⁰³ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 13, *supra*, n. 22. STEDH, 19 enero 2016. pág. 16.

²⁰⁴ STEDH, 19 enero 2016. pág. 17.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*, pág. 18.

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3, *supra*, n. 22.

²¹⁰ STEDH, 8 de marzo de 2007.

circunstancias de una mujer económicamente acomodada, el Tribunal intimó que la demandante no necesitaba asilo porque provenía de una familia influyente.²¹¹ En el tercer caso ese mismo foro interpretó que una costurera desposeída tenía la oportunidad de reubicarse en otra región de un país meridianamente patriarcal sin ningún tipo de red de apoyo.²¹² Finalmente, en el último caso que reseñamos el TEDH no halló violación al artículo 3 del *Convenio*²¹³ luego de que las autoridades belgas ordenaran la expulsión de una solicitante de asilo hacia un país donde la prevalencia de mutilaciones entre la población femenina es mayor al noventa por ciento. No le dio peso el Tribunal al hecho demostrado de que en Guinea hay una variada gama de circunstancias bajo las cuales los familiares de una mujer que ya ha sido mutilada pueden solicitar un segundo procedimiento. Ni a su propio reconocimiento de que, a pesar de que la ley local prohíbe la MGF, ésta continúa siendo una práctica habitual porque, entre otras razones, las autoridades de Guinea no proporcionan una protección eficaz a las víctimas potenciales.²¹⁴ Nada parece sugerir que emigrar sea la alternativa más viable para aquellas mujeres que desean escapar de la MGF.²¹⁵

III. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIÓN: HACIA UN DELICADO BALANCE DE INTERESES

¿Qué hemos de proponer ante la realidad fáctica y jurídica que hemos descrito? Nuestra concepción occidental de los derechos humanos demanda la erradicación incondicional y absoluta de la MGF. Sin embargo, insistir en la prohibición absoluta y la penalización intransigente de esta práctica tendría el efecto ineludible de convertir en letra muerta el derecho fundamental al libre ejercicio de la religión en lo que corresponde a una costumbre que, para todos los efectos, resulta desvinculable del fervor religioso de miles de comunidades alrededor de la mayor parte del planeta. A su vez reforzar la política de criminalización promulgada por tantos organismos internacionales sin duda podría empujar al clandestinaje, cada vez de forma más profunda, un ritual de naturaleza privada que, de por sí, ya es muy difícil

²¹¹ STEDH, 17 mayo 2011.

²¹² STEDH, 20 septiembre 2011.

²¹³ *Convenio europeo de derechos humanos*, art. 3, *supra*, n. 22.

²¹⁴ STEDH, 19 enero 2016, pág. 9-11.

²¹⁵ Entre los casos sobre MGF que más recientemente se han presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para solicitar asilo al amparo del artículo 3 del *Convenio* todavía resta por resolverse el Caso Bangura v. Bélgica. En los procedimientos preliminares el TEDH manejó estadísticas que apuntaban a que el 90% de las mujeres en República de Sierra Leona han sido mutiladas. Consecuentemente sometió preguntas a las partes para esclarecer el riesgo real al que se exponía la demandante de ser deportada. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Bangura v. Bélgica. Comunicado de 15 de abril 2014. *C.f.* UNICEF Division of Data, Research and Policy, *supra* n. 2.

de detectar.²¹⁶ Esto sería peor para las mujeres que practicarán la MGF independientemente de su penalización porque la consideran un aspecto inherente a su religión. En la medida en que la costumbre se torne clandestina, y desaparezca del ojo público, el efecto contraproducente de la implantación de políticas de prohibición absoluta sería un detrimento mayor de la salud de las niñas y mujeres que se busca proteger porque implicaría la exposición de estas mismas niñas y mujeres a un procedimiento de alto riesgo *sin* medidas de control médico-salubristas, la oportunidad de prestar un consentimiento informado y libre de coacción, o la posibilidad real de rechazarlo.²¹⁷ Las medidas de intolerancia total han logrado reducir la incidencia proporcional de mutilaciones *oficialmente* detectadas en determinadas regiones. Sin embargo, no han logrado erradicar la práctica ni reducir el número total de mutilaciones efectuadas anualmente de todos modos.

Twenty-four African countries have laws against FGM. Twelve industrialized countries with migrant populations from FGM-practising countries also have legislation. ... As a result of these efforts, the prevalence of FGM has decreased in most countries. Overall, the chance that a girl will be cut today is about one-third lower than it was around three decades ago. Clearly, progress is being made. *However, population growth means that without dramatic change, the number of girls and women and girls affected will continue to grow.* If action against FGM is not accelerated, as many as 30 million more girls alive today may be cut in the next decade alone. ... *In half of the countries with available data, the majority of girls were cut before age five*".²¹⁸

²¹⁶ Ésta fue la experiencia con la prohibición del aborto. "[Politicians] appear unaware of the reasons why physicians and clergy led the drive five decades ago to liberalize abortion laws: *American women were suffering and dying in large numbers. They could not countenance the needless carnage.* For example, in 1947, the year that I was born, more than 700 U.S women died from unsafe abortion, and the population of the nation was half that of today. In Texas, 33 women were reported to have died from unsafe abortion in 1947, which is about three times the numbers who die annually in the entire United States today. Clandestine abortion in Texas was common and dangerous". David A. Grimes, *Abortion in Texas: Lessons From Prohibition* Huffington Post, Huffpost Women, 29 de junio de 2015 http://www.huffington-post.com/david-a-grimes/abortion-in-texas-lessons_b_7649860.html (accedido el 6 de mayo de 2016).

²¹⁷ "When a State severely limits access to safe and legal procedures, women in desperate circumstances may resort to unlicensed rogue practitioners, *faute de mieux*, at great risk to their health and safety". *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U. S. __ (2016). (Ginsburg, J., concurrente).

²¹⁸ Phumzile Mlambo-Ngcuka, *supra* n. 96. Entre los países industrializados que han prohibido la MGF se encuentran los Estados Unidos. *C.f.* 18 U.S.C. § 116.

La experiencia en Kenya fue que la prohibición absoluta suscitó insurrección y violencia entre los sectores que la consideraban un aspecto central de su identidad, tanto entre hombres como entre mujeres.²¹⁹ Algunas jovencitas incluso se circuncidaron unas a otras como parte de una manifestación para protestar contra la prohibición.²²⁰ En Francia, donde la MGF se considera una modalidad del delito de agresión, las familias usualmente se rehúsan a identificar al sujeto que ejecutó el ritual. Consecuentemente la mayoría de las personas que han resultado convictas por estos actos han sido las madres de las niñas.²²¹ Maguigan reseña que la política de penalización del gobierno francés ha incrementado los riesgos a la salud que esta práctica supone para niñas y mujeres porque, lejos de suprimir la costumbre entre las inmigrantes, la criminalización ha estimulado su práctica clandestina.²²² Y destaca que, tanto en Francia como en el Reino Unido, el miedo a ser procesados criminalmente desincentiva que los padres soliciten ayuda médica para sus hijas cuando surgen complicaciones como resultado de los procedimientos.²²³ ¿Por qué entonces insistir en la penalización como el acercamiento principal al problema?

Por otro lado una política internacional que promulgue una desreglamentación y despenalización apática de la MGF salvaguardaría el elemento de libertad religiosa involucrado en la tradición, pero abandonaría a su suerte a las mujeres y niñas que la repudian o la temen frente a un proceso de socialización muchas veces coercitivo, capaz de invadir la intimidad de su cuerpo o condenarlas al ostracismo y/o violencia comunitaria si deciden resistirlo vehementemente.

In most cultural contexts, female circumcision is not a take-it-or-leave it procedure like piercing one's ears or dying one's hair. *Refusal of the practice often results in severe, almost unbearable social condemnation.* ... This threatened rejection is coercive because most women who undergo the procedure are not economically independent and have not reached adulthood".²²⁴

Consecuentemente la situación requiere la elaboración de una política cimentada en un ejercicio metodológico sensible de balance de intereses y derechos.

Según expusieramos previamente, algunos teóricos que proponen una evaluación y reconocimiento *relativo* de los derechos humanos han fijado los límites de

²¹⁹ Bradshaw, *supra* n. 2, págs. 606, 626-628.

²²⁰ *Id.*, pág. 628.

²²¹ Holly Maguigan, *U.S. Policy on "Female Genital Mutilation"* en *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, 246-247 (Berta Esperanza Hernández-Trujol ed., New York University Press, 2002).

²²² *Id.*

²²³ *Id.*

²²⁴ Bradshaw, *supra* n. 2, págs. 643-644. Énfasis suplido.

esta relatividad en el elemento de la coacción. A su vez, reconocen las principales estudiosas de la MGF y su entorno social que el asunto de la coerción y el consentimiento es particularmente escabroso en lo que respecta a la costumbre de alterar los genitales femeninos debido a la edad, las expectativas sociales y las justificaciones mitológicas que la rodean. De manera que el consentimiento que pueda prestar una joven, sobre todo si es menor de edad, o sus padres a su nombre, para autorizar una intervención invasiva, sumamente peligrosa y sin ningún beneficio médico conocido, *siempre es problemático*.²²⁵ Si pudiéramos de alguna manera conservar la esencia y los efectos religiosos de esta práctica para aquellas comunidades que genuinamente la consideran indispensable a su construcción de la espiritualidad, pero simultáneamente elimináramos el germen de la coacción, redujéramos significativamente los riesgos a la salud inherentes al ritual y educáramos a las niñas y mujeres de las comunidades practicantes sobre los efectos médicos y psiquiátricos de la MGF sin entrar en consideraciones de naturaleza religiosa (salvo cuando son los propios líderes religiosos los que se oponen a su proliferación), nos encaminaríamos a construir un balance cuyo tufo imperial sea limitado, aunque no eliminado.

A nuestro juicio este ejercicio de balance de intereses requiere que la MGF sea minuciosamente reglamentada, aunque no prohibida. El derecho de las mujeres adultas a tomar decisiones sobre la transformación de su propio cuerpo, sea que se derive del derecho fundamental al libre ejercicio de la religión o del derecho fundamental a la intimidad, debe ser lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de someterse a una cirugía genital. No obstante, la comunidad internacional tiene la responsabilidad de garantizar su interés de que no se menoscaben otros derechos humanos de igual o mayor jerarquía, en establecer salvaguardas higiénicas y estándares médicos, y en proteger la vida y la libertad individual de las niñas y mujeres.²²⁶ La propuesta es que se eduque para la erradicación, pero que se auspicie legislación para la protección de la libertad y la intimidad de las mujeres que consideren que la alteración de sus genitales es un imperativo religioso indispensable.²²⁷

Entre los elementos a reglamentarse deben incluirse los siguientes: (1) la edad mínima para consentir a una cirugía genital (que no debe ser menor a los dieciocho años de edad),²²⁸ (2) la prohibición y penalización de los procedimientos que se efectúen previo a la edad de consentimiento, (3) la prohibición y penalización de la coerción para que alguna mujer o niña se someta a una cirugía, (4) la reglamenta-

²²⁵ *C.f. Id.*, pág. 605.

²²⁶ Paráfrasis y adaptación de la decisión mayoritaria del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153-154 (1973), *holding modified by Planned Parenthood of S.E. Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²²⁷ "Promoting women's empowerment and gender equality means letting women choose for themselves whether or not to get circumcised". Bradshaw, *supra* n. 2, pág. 640.

²²⁸ *C.f. Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 1, *supra* n. 33.

ción sobre qué tipo de cirugías se permitirán (atendiendo en este aspecto la sensibilidad religiosa de cada comunidad por separado), (5) las condiciones de salubridad e higiene en que han de ejecutarse los procedimientos, y (6) la preparación médica mínima que debe tener la persona que realice la intervención (aunque se permita la presencia de alguna líder religiosa autorizada por la paciente).²²⁹

Por supuesto que habrá quienes cataloguen este ejercicio de balance de intereses como una afrenta de la peor calaña a los derechos religiosos de sus comunidades, o como un regateo inaceptable con los derechos humanos de las mujeres. ¿Cómo habremos de evaluar los argumentos de quienes pretenden insistir en que la misoginia y la coacción son valores cobijados por el derecho a la libertad religiosa?

Suppose one believed that human sacrifices were a necessary part of religious worship, would it be seriously contended that the civil government under which he lived could not interfere to prevent a sacrifice? Or if a wife religiously believed it was her duty to burn herself upon the funeral pile of her dead husband, *would it be beyond the power of the civil government to prevent her carrying her belief into practice?*²³⁰

Por su naturaleza, las preguntas retóricas no requieren contestación.

“[C]ircumcision is the only thing that separates us from animals”.²³¹

²²⁹ “[Female] traditional practitioners –as opposed to healthcare providers– still perform most female circumcisions today”. Bradshaw, *supra* n. 2. pág. 636.

²³⁰ *Reynolds v. U.S.*, 98 U.S. 145, 166 (1878). Énfasis suplido.

²³¹ Comentario de una mujer Rendille citado por Bradshaw, *supra* n. 2. pág. 631.

MIRADA AL PROCESO DE DESCRIMINALIZACIÓN DE LA POSESIÓN DE LA MARIHUANA PARA CONSUMO PERSONAL EN PUERTO RICO: LA DOBLE VARA TIENE QUE TERMINAR

JUAN C. DÁVILA OLMEDA¹

RESUMEN

El debate público sobre la descriminalización de la marihuana, para uso personal en Puerto Rico, tomó vigencia a partir de la radicación del Proyecto del Senado 517 del 16 de abril de 2013.² El mismo apoyaba enfoques no punitivos hacia la posesión de marihuana en pequeñas cantidades, para uso personal y/o fines recreativos similares a los adoptados en varios países del mundo y en los EE.UU. Mantener la prohibición de la posesión de la marihuana en pequeñas cantidades para consumo personal y/o fines recreativos perpetúa la posibilidad de privar de la libertad a un ser humano por este simple hecho. Esto no tiene sentido, dado que es una planta natural y posee efectos menos nocivos que otras sustancias legales, tales como el tabaco y el alcohol.³ Además, propende a un castigo desproporcional al delito imputado, provocando que se gasten los pocos recursos del gobierno, los cuales, podrían utilizarse para educación. También estigmatiza los sectores desventajados de nuestra sociedad. En este artículo me propongo abordar el aspecto penal del tema. En la introducción resumo, brevemente, el trasfondo histórico del porqué de esta prohibición. En la sección II expongo el estado de derecho vigente en Puerto Rico. En la sección III expongo el estado de derecho vigente en EE.UU. y otros países. En la sección IV hago un resumen de los eventos más significativos en el campo legal tanto local como internacional que inciden en la discusión local. En la sección V discuto el doble estándar existente en P.R. y como el consumo de marihuana para uso personal se presta para la criminalización de la pobreza. En la sección VI discuto la preminencia que le ha dado el gobierno a avanzar la medicalización la marihuana en Puerto Rico. Finalmente, en la sección VII argumentaré a

¹ El autor es estudiante nocturno de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² P. del S. 517 de 16 de abril de 2013.

³ Gene Taras, *Note: The High Time for Change: How Legalizing Marijuana Could Help Narrow the Racial Divide in the United States*, 24 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 565,581 (2016).

favor de la necesidad de modificar el Estado de derecho actual dando paso al P. del S. 517 y daré mis recomendaciones. De aprobarse el mismo, no solo habremos abandonado una postura que, en mi opinión, es hipócrita y nociva para nuestra sociedad (en particular para los más pobres), sino también por el impacto económico positivo que esta acción podría tener para Puerto Rico.⁴ Pretendo abordar el tema de manera breve y ofrecer recomendaciones a la luz del nuevo marco de derecho local e internacional.

Palabras clave: *marihuana, marihuana medicinal, cannabis y derecho, despenalización de la marihuana, legalización de la marihuana*

ABSTRACT

The public discussion about the decriminalization of marihuana for personal consumption in Puerto Rico became relevant after the Senate Bill 517 was presented on April 16 of 2013. This Senate bill supported a non-criminal approach to the personal consumption of Marihuana like several countries & the United States of America have adopted in recent years. Keeping the current Puerto Rico law that criminalizes the use of Marihuana for personal consumption and/or recreational use perpetuates the potential of incarcerating a citizen for this simple event. It doesn't make sense as it's a plant that grows naturally and is less harmful to the human health than alcohol and tobacco. Also, this public policy fosters a disproportionate punishment when compared to the crime imputed, promotes the misuse of the government funds, when they could be used on education and stigmatizes the poorest sector of our society. This article objective is to focus on the penal component of the topic. In section I I'll provide the historical context of the prohibition. In Section II I share the current state of law in Puerto Rico. In section III I share the state of law in EE.UU. and other countries. In section IV I provide a set of relevant events that have influenced the local discussion. In section V I discuss the double standard that predominates in P.R. and the possibility of using the marihuana consumption as a way to criminalize poverty. In section VI I discuss how the local government is now focused on advancing the medical use of marihuana. Finally, in section VII I argue about the need of changing the current state of law by approving the Senate bill 517 and provide my recommendations. By approving it, Puerto Rico would have abandoned a stance that, in my opinion is hypocrite and impacts mostly the poorest. Also, it could have a positive economic impact on the economy. I pretend to approach this subject briefly and to offer recommendations in alignment with the new local & international legal framework.

Keywords: *marihuana, marihuana's decriminalization, marihuana legalization, medical marihuana, marihuana and law*

⁴ Rosita Marrero, *Marihuana: la yerba más usada*, PRIMERA HORA (Sep. 10, 2013), <http://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/nota/marihuanalayerbamasusada-952685/>.

ARTÍCULO

“Why is marijuana against the law? It grows naturally upon our planet. Doesn’t the idea of making nature against the law seems to you a bit.... unnatural?”

Bill Hicks

I. INTRODUCCIÓN

La planta de *Cannabis* (Marihuana) es una cuyos orígenes pueden ser trazados hasta China hace 12,000 años.⁵ Posee una serie de químicos que tienen la capacidad de alterar la mente del ser humano: los cannabinoides. El tetrahidrocannabinol (de ahora en adelante, THC) es el químico principal y más conocido. Diferente a la mayoría de las drogas, que se consideran que son estimulantes o depresoras del sistema nervioso central, la marihuana no puede ser clasificada dentro de ninguno de estos renglones, porque ésta interacciona en el cerebro humano con nervios receptores diferentes a los que interaccionan los estimulantes o los depresivos⁶.

Por miles de años el uso que se le dio a la marihuana, en el mundo, fue mayormente para fines comerciales y medicinales con algo o muy poco de consumo para fines recreacionales.⁷ Sus primeros usos se remontan a la antigüedad, como adorno en la elaboración de vasijas de cerámica, en el uso de su fibra para la creación de ropa y zapatos, como alternativa de pieles animales, para cuerdas de los arcos utilizados en la guerra y para la invención del papel por los chinos al mezclar fibra de marihuana con fibras de planta de mora. Su uso prosiguió expandiéndose en la cultura asiática hasta convertirse en un remedio medicinal utilizado para los dolores menstruales, gota, reumatismo, malaria, la desnutrición, el estreñimiento y pérdida de memoria. De igual manera, los asiáticos fueron los primeros en experimentar los efectos psicodélicos de la marihuana, con posiciones variadas sobre su aceptación a través de diferentes épocas. Igualmente, se usó ampliamente desde los tiempos antes de Cristo, en Japón, India, Persia, Turquía, Grecia y Roma.⁸

En tiempos modernos, puede trazarse la llegada del *Cannabis* a Norteamérica en el 1611 cuando los ingleses la introducen; y en 1631 comienza a utilizarse como moneda de cambio en las colonias Americanas.⁹ A pesar que los Estados Unidos de

⁵ Ernest L. Abel, *Marijuana- The First Twelve Thousand Year*, DRUG LIBRARY (1980), <http://druglibrary.org/schaffer/hiemp/history/first12000/abel.htm>.

⁶ Caulkins Jonathan P., Hawken Angela, Kilmer Beau, Kleiman Mark A. R., *Marijuana Legalization What Everyone Needs To Know* 4- 7 (2012).

⁷ Abel, *supra* nota 6.

⁸ Abel, *supra* nota 6.

⁹ Compilación de Rob Christopher, *Historia Cronológica del Cannabis*, ANGEL FIRE, (Sep. 17, 2016, 9:23PM), <http://www.angelfire.com/art/inthehood/cronologia.html>).

América ha sido el principal promotor de la prohibición mundial del consumo del Cannabis, la realidad es que su uso fue ampliamente aceptado hasta principios del 1900: 1) los textos escolares estaban impresos en hojas de cáñamo hasta 1830; 2) la constitución americana fue redactada con papel de cáñamo; 3) previo a la introducción del algodón en 1820, el 80 % de las telas estaban basadas en el cáñamo. Por otro lado, Henry Ford fabricó su primer vehículo utilizando cáñamo como materia prima y estaba diseñado para utilizar combustible derivado de ésta planta.¹⁰ También está confirmado que una hectárea cultivada con cáñamo produce cuatro veces más papel que la misma área plantada con árboles, y que el proceso de extracción requiere de entre cuatro y siete veces menor esfuerzo en maquinaria, lo cual se traduce a su vez en menor contaminación.¹¹ El uso del cannabis para diversos quehaceres estuvo ampliamente aceptado por cientos de años hasta que en el siglo 20 algo cambió repentinamente. ¿Por qué entonces el uso del Cannabis ha estado demonizado por tantos años y quiénes se benefician de dicha posición?¹²

El proceso de la criminalización del cannabis en Estados Unidos está relacionado tanto a factores sociales como económicos. Desde el punto de vista económico, se fomentó su prohibición para proteger, inicialmente, a las industrias de los químicos y el papel. Eventualmente ésta se extendió para proteger la industria del tabaco.¹³ Desde el punto de vista social, la demonización del cannabis está relacionada a su uso por los mejicanos que emigraron a los Estados Unidos luego de la Revolución Mexicana del 1910-1911. “Los mexicanos fueron acusados con frecuencia de fumar marihuana, de cometer delitos contra la propiedad y de participar en juergas de asesinos.”¹⁴ El término Marihuana fue acuñado por los mejicanos, por esto fue utilizado por la América anglosajona para demonizar a los latinos.¹⁵ La estrategia de utilizar la marihuana como instrumento de opresión racial se afianzó durante la gran depresión del 1920, dado que los empleos comenzaron a escasear y los mejicanos representaban una alternativa de mano de obra barata. Los políticos que querían complacer a los blancos que protestaban por este hecho comenzaron a atribuirle a los mejicanos la incidencia criminal de la época.¹⁶ De igual manera, el vínculo de la marihuana con los músicos negros de Jazz del norte de Estados Unidos exacerbó

¹⁰ Mac, *¿Por qué la marihuana es ilegal? Historia de la Criminalización de una Planta*, LA MARIHUANA (Sept. 17 2016, 6:10pm) <http://www.lamarihuana.com/%c2%bfpor-que-la-marihuana-es-illegal-historia-de-la-criminalizacion-de-una-planta/#comments>.

¹¹ Mac, *supra* nota 11.

¹² Mac, *supra* nota 11.

¹³ Mac, *supra* nota 11.

¹⁴ Alexandra Hernández Muro, *La Historia de la Planta que Conquistó el Mundo*, SOPHIA (Oct. 22, 2014, 13:47pm), <http://www.sophimania.pe/medio-ambiente/naturaleza-y-animales/marihuana-la-historia-de-la-planta-que-conquisto-el-mundo/>.

¹⁵ *¿Cómo y Por qué se ilegalizó el Cannabis?*, <http://www.tododrogas.net/il/cannabis/historia/historia1.html>. (Oct.31, 2016, 2:20pm).

¹⁶ *Supra*.

su rechazo en la América predominantemente blanca de ese momento. De ahí surgió la Ley Estatal Uniforme sobre Drogas Narcóticas del 1934¹⁷ que exhortaba los estados a promulgar leyes para controlar el uso de la marihuana. En el 1937 se promulgó la Ley de Impuestos sobre la Marihuana,¹⁸ que finalmente catalogó el uso y posesión de la marihuana para fines recreacionales como ilegal; aunque permitía su uso medicinal.¹⁹

A todas luces la prohibición del uso y posesión de la marihuana tiene sus orígenes en motivaciones raciales no fundamentadas, y por el interés de grandes y poderosas corporaciones de proteger sus intereses. Éstas ejercieron su influencia para que se promulgaran leyes que prohibiesen su uso y consumo. Su fin último fue eliminar el potencial de la marihuana en la competencia como sustituto de químicos, papel y del tabaco. En la actualidad, el consumo de marihuana en los Estados Unidos es predominante entre los más pobres y menos educados, aunque no siempre fue así, porque en los 1960's se relacionaba su uso con personas de mayor educación e ingreso.²⁰

La prohibición en EE. UU. se hizo extensiva a Puerto Rico dado que somos un territorio sujeto a las leyes norteamericanas desde 1898. Localmente se incluyó como sustancia ilegal en la Ley de Sustancias Controladas de 1971.²¹ Por haber tenido la experiencia de estudiar tanto en el sistema de educación pública como privada, opino que muchos puertorriqueños hemos tenido exposición, contacto o conocemos a alguien que consume o ha consumido marihuana. Es un secreto a voces entre los jóvenes de las últimas generaciones (nacidos después en o después del 1970) que la marihuana se ha convertido en la droga recreativa de preferencia para éstos.²² En Puerto Rico es una contradicción que el consumo y posesión de marihuana esté todavía criminalizado, pero a través de toda la isla en los conocidos “smoke shops” y los garajes con “mini-market” se puede adquirir todo tipo de parafernalia para consumirla, bajo el pretexto de que son establecimientos que venden productos relacionados al consumo del cigarrillo o el tabaco.

Se estima que medio millón de puertorriqueños consumen marihuana.²³ Aunque hay muy pocas estadísticas, se estima que el 20% de los estudiantes en edad escolar la usan.²⁴ Atisbo un paralelismo entre la lucha para descriminalizar el uso y posesión

¹⁷ Uniform State Narcotic Drug Act, 26 U.S.C. §4751-4753 (1934).

¹⁸ Marihuana Tax Act, 26 U.S.C. §4751-4753 (1937).

¹⁹ Caulkins, *supra* nota 7, en la pág. 19.

²⁰ Caulkins, *supra* nota 7, en la pág. 29.

²¹ Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, según enmendada, 24 LPRR, Secs.2101-2311.

²² Seth Motel, *6 facts about marijuana*, FACTTANK (Apr. 14, 2015), <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/04/14/6-facts-about-marijuana>. Regla 18

²³ Marrero, *supra* nota 4.

²⁴ Lic. Josué González Ortiz, Dra. Hiba Hafiz, Lic. William Ramírez, Ponencia sobre *P. del S. 517 en la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos del Senado de PR, American Civil Liberties Union of Puerto Rico* (2013).

de la marihuana y la lucha por los derechos de los homosexuales: muchos tenemos un amigo, familiar o conocido abiertamente gay (en nuestro caso que usuario de marihuana) que no puede “salir del closet”. El sistema lo acepta calladamente, mientras no haga pública su preferencia, pero lo penaliza si abiertamente expresa esta.

II. EL ESTADO DE DERECHO VIGENTE EN PUERTO RICO

En Puerto Rico la posesión, manufactura y distribución de la marihuana para uso personal está regulada en la actualidad por La Ley de Sustancias Controladas de 1971.

El Artículo 404 tipifica como delito el que una persona “*a sabiendas o intencionalmente, posea alguna sustancia controlada*”, lo cual constituye conducta castigable con una pena de reclusión por un término fijo de 3 años y, sujeto a la discreción del Tribunal, se puede imponer además una pena de multa que no exceda de \$5,000. Por su parte, el inciso (b) del mencionado Artículo 404 de la Ley Núm. 4, *supra*, establece una oportunidad de someterse a libertad a prueba, bajo los términos y las condiciones que el Tribunal requiera y por un término fijo de 3 años, para aquellas personas que no han sido previamente convictas por violar cualquier disposición de la Ley Núm. 4, *supra*, o cualquier ley de los Estados Unidos relacionada con marihuana, drogas narcóticas, sustancias estimulantes o deprimientes y que son halladas culpables de violar el inciso (a) antes aludido. En tales casos, ya sea luego de la celebración del juicio o de hacer una alegación de culpabilidad, el Tribunal podrá suspender el procedimiento y someter a la persona a libertad a prueba, sin hacer pronunciamiento de culpabilidad y con el consentimiento de la persona. Si la persona que se acoge a libertad a prueba no viola las condiciones impuestas, el Tribunal, en el ejercicio de su discreción y tras la celebración de vista, puede exonerar a la persona y sobreseer el caso en su contra. Además, el inciso (c) del Artículo 404 de la Ley Núm. 4, *supra*, provee para que, antes de dictar sentencia a una persona hallada culpable de incurrir en una violación al inciso (a) del propio Artículo 404 de la referida Ley a solicitud de dicha persona, el Tribunal ordenará a un proveedor de servicios autorizado por la Administración de Servicios de Salud Mental y Contra la Adicción, en adelante ASSMCA, a someter a la persona a una evaluación de naturaleza biopsicosocial y rendir un informe al Tribunal dentro de los 30 días siguientes a la orden.²⁵

²⁵ Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 LPRA, Secs.2101-2311.

Esta ley se encuentre en vigor y los intentos recientes para modificarla han fracasado. Para poder entender el debate vigente sobre la descriminalización de la marihuana en Puerto Rico, es importante poder diferenciar los diferentes conceptos. La legalización se refiere a permitir la producción y posesión de marihuana por cualquier ciudadano (dentro de las restricciones de edad aplicables) quien a su vez se adhiere las reglas y regulaciones aplicables.²⁶ La descriminalización se refiere a mantener la prohibición en contra de la producción y venta de la marihuana, pero no al uso y posesión en pequeñas cantidades. La mayoría de las jurisdicciones que han descriminalizado el uso de la marihuana han mantenido sanciones civiles o administrativas por su posesión, quizás en cumplimiento y deferencia con los tratados internacionales.²⁷ Por último, la despenalización se refiere al paso intermedio de reducir, pero no eliminar las penas criminales. Por esta definición, mucho de los estados de Estados Unidos que alegan haber descriminalizado la marihuana en realidad lo que han hecho es despenalizarla. Desafortunadamente, fuera de los círculos académicos, esta distinción es raramente utilizada, y el término descriminalización es con frecuencia el utilizado para describir cualquier situación que permite a los ofensores por primera vez enfrentar un riesgo de sanciones mínimas por la posesión de cantidades de marihuana para uso personal.²⁸

III. EL ESTADO DE DERECHO EN ESTADOS UNIDOS Y OTROS PAÍSES

En los EE.UU. la posesión, producción y distribución de marihuana está prohibida a nivel federal.²⁹ En los últimos 30 años los arrestos por posesión, producción y distribución han aumentado significativamente. Los de posesión aumentaron de 350,000 arrestos en 1980 a 750,000 en el 2010, un incremento de 100% en 30 años.

[i]n 2010 there were more than 1.6 million state and local arrests for drug violations, constituting about an eighth of all arrests. More than half of those drug arrests were for Marijuana offenses: 46% for possession and 6% for marijuana sale/manufacturing. By comparison, there were 2.6 million arrests for public drunkenness, sales to a minor, driving under the influence, and other violation of liquor laws.³⁰

Igualmente, una gran cantidad de los encarcelamientos están relacionados al uso de la marihuana.

²⁶ Caulkins, *supra* nota 7, en la pág. 138.

²⁷ Caulkins, *supra* nota 7, en la pág. 138.

²⁸ Caulkins, *supra* nota 7, en la pág. 138.

²⁹ *Garcia v. Tractor Supply Co.*, 154 F. Supp. 3d 1225 (D. N.M. 2016).

³⁰ Caulkins, *supra* nota 7, en la pág. 138.

[a]bout 40,000 state and Federal prison inmates have a current conviction involving marihuana; perhaps half of them are in prison for offenses related to marihuana alone.... reasonable estimates put total annual incarceration costs for inmates at state and federal facilities serving time on marihuana charge at about \$1.2 billion; about 40,000 prisoners at about \$30,000 per prisoner per year.³¹

A pesar de las estadísticas que demuestran un incremento de los arrestos e inversión del gobierno en procesar los delitos relacionados a la posesión, producción y distribución de marihuana, en los últimos 50 años el apoyo del ciudadano estadounidense a la despenalización de la marihuana ha ido en aumento. Al presente, veintisiete (27) estados han legalizado, descriminalizado y/o aprobado su uso medicinal.³² Al año 2015 la sociedad americana se encontraba prácticamente dividida en sobre si la marihuana debe ser despenalizada o no (53% vs. 44%).³³ La aprobación para que se descriminalice es superior entre los más jóvenes, principalmente la generación de los millenials (nacidos entre 1981 y 1997).³⁴ El proceso de cambio en EE.UU. de América ha estado marcado por varios factores, entre ellos: argumentos científicos que sugieren beneficios para algunas condiciones de salud, la preferencia entre jóvenes como droga recreacional, la opinión generalizada de que el alcohol es más dañino, la determinación del gobierno de enfocar recursos para perseguir la posesión, producción y distribución de otras drogas más fuertes y el interés de lucro, dado que la marihuana ha demostrado ser una fuente confiable de recaudos para los gobiernos estatales³⁵. De igual manera, esta tendencia a cambiar el enfoque del uso y posesión de la marihuana se repite a través del mundo. En Chile en el año 2005 fue formalmente descriminalizada para uso privado y personal.³⁶ Desde el 2014 está autorizado el cultivo para uso medicinal.³⁷ En Argentina está descriminalizada para uso personal en lugares privados y en pequeñas cantidades desde 2009.³⁸ En Uruguay está completamente legalizada en todos sus elementos: posesión, venta, transporte

³¹ Caulkins, *supra* nota 7, en la pág. 138.

³² Motel, *supra* en la nota 23.

³³ Motel, *supra* en la nota 23.

³⁴ Motel, *supra* en la nota 23.

³⁵ Taras, *supra* nota 3.

³⁶ *About drug reform in Chile*, Transnational Institute (Jun 29, 2015), <https://www.tni.org/en/publication/about-drug-law-reform-in-chile#2>.

³⁷ Gideon Long, *Chile Plants Cannabis for Medicinal Use*, BBC (Oct. 29, 2014, 9:00am), <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-29693386>.

³⁸ *Overview of drug laws and legislative trends in Argentina*, TRANSNATIONAL INSTITUTE, DRUG LAW REFORM <http://druglawreform.info/en/country-information/latin-america/argentina/item/199-argentina>. (Oct 31, 2016, 6:40pm).

y cultivo.³⁹ Portugal en el año 2001 fue el primer país del mundo en descriminalizar todas las drogas y adoptar un enfoque completamente salubrista. La marihuana está descriminalizada en la posesión y cultivo, pero la venta es ilegal.⁴⁰ En España su posesión para uso privado y el cultivo es legal. La venta continúa siendo ilegal.⁴¹

IV. LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE DESCriminalIZACIÓN EN PUERTO RICO

En Puerto Rico la discusión sobre la despenalización y/o descriminalización de la marihuana es relativamente joven. Desde la promulgación de la Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico en el 1971, pasaron cuarenta (40) años hasta que por primera vez se sometió un proyecto de envergadura en el Senado de PR para proponer la descriminalización por posesión de pequeñas cantidades de marihuana. Veamos la evolución del Derecho: En el año 1971 el Presidente Nixon inicia la llamada campaña “*Guerra Contra el Narcotráfico*”⁴² y en P.R. se aprueba la Ley núm. 4 de 23 de Junio de 1971 – Ley de Sustancias Controladas de PR.⁴³ En el año 1976 Holanda descriminaliza la posesión de pequeñas cantidades de marihuana.⁴⁴ En el 1993 se da inicio a la iniciativa “*Mano Dura Contra El Crimen*” durante la gobernación del Dr. Pedro Rosselló González⁴⁵, y en el 2004 se revisa el Código penal de Puerto Rico.⁴⁶ En el año 2009 el Departamento de Justicia Federal emite una circular titulada “*Investigations & Prosecutions in States – Authorizing de Medical Use of Marihuana*”.⁴⁷ En el año 2012 se revisa el Código Penal de Puerto

³⁹ John Walsh & Geoff Ramsey, *Uruguay's Drug Policy: Major Innovations, Major Challenges*, WOLA (Apr. 30, 2015, 5:50pm), http://www.wola.org/publications/uruguay_s_drug_policy_major_innovations_major_challenges.

⁴⁰ *Drug Policy Profiles – Portugal*, EMCDDA (Jun 2011, 2016, 1:15pm), <http://www.emcdda.europa.eu/publications/drug-policy-profiles/portugal>.

⁴¹ Damian Corrigan, *Is Cannabis Legal in Spain?* (Jul 9, 2016), http://gospain.about.com/od/drugsinspain/l/is_cannabis_legal_in_spain.htm.

⁴² *A Brief History of the Drug War*, The Drug Policy Alliance, <http://www.drugpolicy.org/facts/new-solutions-drug-policy/brief-history-drug-war-0>, (November 12, 2016).

⁴³ Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 LPRA, Secs.2101-2311

⁴⁴ European Monitoring Centre for Drugs & Drug Addiction, Country Legal Profiles, <http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html?pluginMethod=eIdd.countryprofiles&country=NL>

⁴⁵ Biblioteca Museo – Gobernador Pedro Rosselló, Seguridad Pública, <http://bmgrpr.suagm.edu/seguridad-publica/>.

⁴⁶ Código Penal de Puerto Rico de 2004, Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, 34 LPRA §§4629-4732.

⁴⁷ The United States Department of Justice, *MEMORANDUM FOR SELECTED UNITED STATES ATTORNEYS ON INVESTIGATIONS AND PROSECUTIONS IN STATES* (Oct. 19, 2009), <https://www.justice.gov/opa/blog/memorandum-selected-united-state-attorneys-investigations-and-prosecutions-states>.

Rico nuevamente⁴⁸, mientras que en los estados de Washington y Colorado se legaliza el uso de la marihuana para uso recreacional.⁴⁹ En el año 2013 se somete en el Senado de Puerto Rico el P. del S. 517 para permitir la posesión de hasta 1 oz de marihuana (28.348 gramos)⁵⁰, y el Secretario de Justicia de PR emite opinión oponiéndose al mismo.⁵¹ En ese mismo año se somete de la Cámara de Puerto Rico el P. de la C. 1362 para autorizar y reglamenta el uso medicinal de la marihuana en Puerto Rico⁵², mientras en el ámbito federal el Departamento de Justicia emite el memorando “Guidance Regarding Marihuana Enforcement”.⁵³ En el año 2015 el Gobernador de Puerto Rico emite dos órdenes ejecutivas. La primera ordenando el uso medicinal de la marihuana en PR bajo la supervisión de la Secretaria de Salud⁵⁴; y en la segunda para que el Secretario de Justicia de PR le asignase baja prioridad al procesamiento de casos criminales de personas acusadas de poseer marihuana para uso personal (6 gramos o menos; 21.16% de 1 onza).⁵⁵ En el año 2016 se aprueba el reglamento para regular la medicalización del Cannabis en P.R.⁵⁶ y se emite una orden ejecutiva ordenando a todas las oficinas, departamentos, agencias, corporaciones y dependencias públicas de la Rama Ejecutiva a enmendar sus respectivas reglamentaciones sobre el Programa de Pruebas de Detección de Sustancias Controladas para excluir la marihuana de la lista de sustancias controladas que la prueba busca identificar.⁵⁷

El P. del S. 517 de 2013, del senador Miguel Pereira Castillo, propuso enmendar el Artículo 404 de la Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico para despenalizar la posesión de marihuana en cantidades de menos de una (1) onza:

⁴⁸ Código Penal de Puerto Rico de 2012, Ley Núm. 146 de 30 de Julio de 2012, 33 LPRA §5001

⁴⁹ Aaron Smith, *Marijuana legalization Passes in Colorado, Washington* (Nov. 8, 2012, 11:46AM ET), <http://money.cnn.com/2012/11/07/news/economy/marijuana-legalization-washington-colorado/>.

⁵⁰ P. del S. 517 de 16 de abril de 2013.

⁵¹ Lcdo Luis Sanchez Betances, *Ponencia sobre P. del S. 517 en la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos del Senado de PR (2013)*.

⁵² P. de la C. 1362 de 4 de septiembre de 2013.

⁵³ The United States Department of Justice, *Justice Department Announces Update to Marijuana Enforcement Policy*, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-update-marijuana-enforcement-policy>, (December 2, 2016).

⁵⁴ Boletín Administrativo Núm. OE-2015-010, (mayo 3, 2015).

⁵⁵ Boletín Administrativo Núm. OE-2015-035, (Sep. 15, 2015).

⁵⁶ Reglamento para el uso, posesión, cultivo, manufactura, fabricación, dispensación, distribución e investigación del cannabis medicinal, Reglamento Núm. 8766 del 8 de Julio de 2016 (Departamento de Salud de Puerto Rico).

⁵⁷ Boletín Administrativo Núm. OE-2016-045, (noviembre 19, 2016).

Artículo 1.- Se enmienda el Artículo 404 de la Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 de 23 de junio de 1971, según enmendada, a fines de que lea:

(a) Será ilegal el que cualquier persona, a sabiendas o intencionalmente, posea alguna sustancia controlada, a menos que tal sustancia haya sido obtenida directamente o de conformidad con la receta u orden de un profesional actuando dentro del marco de su práctica profesional, o excepto como se autorice en esta Ley. Sin menoscabo a lo establecido en el Artículo 411a de esta ley, esta prohibición no será aplicable a la posesión de hasta una onza de marihuana por una persona mayor de veintiún años.

Artículo 2.- Esta Ley comenzará a regir inmediatamente a partir de su aprobación.⁵⁸

Este proyecto puede considerarse el punto de inflexión en la discusión pública sobre la descriminalización de la marihuana en Puerto Rico para uso personal o fines recreativos. Aunque no fue aprobado, generó una amplia discusión en la sociedad puertorriqueña en la cual favorecedores y detractores del mismo tuvieron la oportunidad de establecer sus argumentos. El hecho de que un senador electo quien anteriormente fue fiscal federal y Secretario del Departamento de Corrección de Puerto Rico propusiera esta medida, representó un hito en la historia del debate público puertorriqueño sobre la posesión de marihuana para uso personal o fines recreativos. El proyecto del senador Pereira abrió el camino para otros proyectos de las Cámara de Representantes que propulsaban la medicalización de la marihuana y para las eventuales órdenes ejecutivas emitidas por el Gobernador García Padilla durante el pasado año 2015. También, facilitaron el proceso de aprobación del Reglamento para autorizar la medicalización de la marihuana⁵⁹. Veamos las posiciones de algunos de las figuras que presentaron ponencias durante el debate legislativo del P. del S. 517:

⁵⁸ Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 LPRR, Secs.2101-2311 (1971).

⁵⁹ Reglamento para el uso, posesión, cultivo, manufactura, fabricación, dispensación, distribución e investigación del cannabis medicinal, Reglamento Núm. 8766 del 8 de Julio de 2016 (Departamento de Salud de Puerto Rico).

Exponente	Posición	Argumento
Departamento de Justicia de PR. ⁶⁰	En contra	Vaguedad y conflictos con marco jurídico actual.
Lcdo. Julio E. Fontanet Maldonado ⁶¹	A favor	Apoya el concepto, pero sugiere cambios.
ACTU ⁶²	A favor	Estado de Derecho actual es discriminatorio y propende al derecho de fondos público.
Dr. José A. Vargas Vidot -Iniciativa Comunitaria ⁶³	A favor	Sabio acto de humanismo. Fracaso de la Guerra contra las Drogas y tendencias en USA.

Aun cuando el P. del S. 517 no fue aprobado, sirvió de agente catalítico para acelerar y adelantar el necesitado re-enfoque del aparato gubernamental en su política hacia el uso y posesión de la marihuana en pequeñas cantidades.

El 15 de septiembre de 2015 el Gobernador de Puerto Rico, Alejandro García Padilla, emitió la orden ejecutiva OE-2015-35. Por primera vez en la historia de Puerto Rico el poder ejecutivo tomó pasos concretos con miras a despenalizar la posesión de marihuana en pequeñas cantidades. Esta orden ejecutiva en sus artículos segundo, tercero y cuarto provee para que el Departamento de Justicia local otorgue el último nivel de prioridad en el enjuiciamiento de casos de personas arrestadas con seis (6) gramos o menos de marihuana. También fomenta programas de desvío y trabajo comunitario siempre que sea posible. Ésta es la punta de lanza de la nueva política pública del Gobierno de Puerto Rico:

Segundo: Promover la imposición de pena de cárcel para personas cuya conducta se limita a poseer seis (6) gramos o menos de marihuana o sus derivados para uso personal, o parafernalia relacionada con el uso de esta sustancia que sea consistente con dicha cantidad y uso, se ubicara en el nivel de prioridad más bajo por el (la) Secretario(a) de Justicia durante el procesamiento criminal de dichos casos.⁶⁴

⁶⁰ Lcdo. Luis Sánchez Betances, *Ponencia sobre P. del S. 517 en la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos del Senado de PR (2013)*.

⁶¹ Dr. Julio Fontanet Maldonado, *Ponencia sobre P. del S. 517 en la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos del Senado de PR (2013)*.

⁶² Lic. Josué González Ortiz, Dra. Hiba Hafiz, Lic. William Ramírez, *Ponencia sobre P. del S. 517 en la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos del Senado de PR, American Civil Liberties Union of Puerto Rico (2013)*.

⁶³ Dr. José Vargas Vidot, *Ponencia sobre P. del S. 517 en la Comisión de lo Jurídico, Seguridad y Veteranos del Senado de PR (2013)*.

⁶⁴ *Boletín Administrativo Núm. OE-2015-035, (Sep. 15, 2015)*.

Habiendo fallado los intentos del legislativo para tomar pasos afirmativos y modificar las leyes que penalizan y criminalizan la posesión de marihuana en pequeñas cantidades, la orden ejecutiva del Gobernador representa el paso y acción gubernamental más significativa en Puerto Rico en más de cuarenta (40) años. Independientemente de la efectividad y continuidad que ésta pueda tener en el futuro, representa una fuente persuasiva y es el primer paso en este proceso que comenzó en el año 2013.

V. EL DOBLE ESTÁNDAR EN PUERTO RICO Y LA NECESIDAD DE CAMBIAR EL ESTADO DE DERECHO

Estudios sociológicos en los Estados Unidos indican que existe una relación directa entre la clase social y económica a la que se pertenece, y la probabilidad de ir preso cuando se es imputado de un crimen.⁶⁵ En pocas palabras, la cárcel, en nuestro sistema, es para los pobres la mayor parte del tiempo. Los ricos se hacen más ricos y los pobres van la cárcel. Esto sucede porque el sistema de justicia criminal está diseñado de manera tal que se enfoca en perseguir los crímenes que son cometidos por los sectores más pobres, mientras que los ricos con su dinero y poder cabildero pueden ser tratados fuera del sistema en todas las etapas del proceso.⁶⁶ Las estadísticas demuestran que en Puerto Rico la población penal es predominantemente pobre y que un 22% de las personas encarceladas lo están por algún delito relacionado a la Ley de Sustancias Controladas.⁶⁷ La criminalización de la posesión del uso de marihuana para consumo personal es una de las muchas instancias en Puerto Rico donde una persona pobre tiene más probabilidad de ir preso al ser imputado de este delito por el estado. Incluso, es más probable que un pobre pueda ir preso cuando consume marihuana para uso personal que otras personas que no solo la consumen, pero que también la venden y/o distribuyen. La diferencia estriba en la clase social y económica a la cual se pertenece y los recursos disponibles para defenderse en las cortes. Ésta situación ha quedado plasmada en casos recientes que han alcanzado la opinión pública. Una de las conclusiones que podemos extrapolar de estos eventos es que ser acomodado económicamente y reconocido mediáticamente ayuda en procesos criminales cuando se es imputado de delitos relacionados a la posesión de marihuana.

⁶⁵ *Why Inequality Matters for Criminology and Criminal Justice*, PAUL'S JUSTICE BLOG (Aug 2, 2014), http://www.paulsjusticeblog.com/2014/08/why_inequality_matters_for_criminology_and_criminal_justice.php.

⁶⁶ *Supra*, nota

⁶⁷ Instituto de Estadísticas de P.R., *Perfil de la Población Correccional Total Sentenciada al 30 de junio (Anual)*, http://www.estadisticas.pr/iepr/Estadisticas/InventariodeEstadisticas/tabid/186/ctl/view_detail/mid/775/report_id/e92f9db2-87b1-4549-838a-b5eb9d215f15/Default.aspx. (última visita Sep. 17, 2016).

A. *EL CASO DEL HIJO DE MARILYN TOMASSINI Y ALFREDO RUIZ.*

Cuando el hijo de Marilyn Tomassini y Alfredo Ruiz fue arrestado por posesión de marihuana para su uso personal y posteriormente encausado y encarcelado⁶⁸, como dice la afamada canción Pedro Navaja del compositor panameño Rubén Blades en unas de sus estrofas ante la muerte de este personaje:

[y] créanme gente que, aunque hubo ruido nadie salió, no hubo curiosos, no hubo preguntas nadie lloró, solo un borracho con los dos cuerpos se tropezó, cogió el revólver, el puñal, los pesos y se marchó, y tropezando se fue cantando desafinao', el coro que aquí les traje y da el mensaje de mi canción," La vida te da sorpresas, sorpresas te da la vida ¡Ay Dios!...

En realidad, pocos se preocuparon y ni nos importó como sociedad porque sus padres y el mismo imputado son personas de extracción humilde. Pocos periódicos reseñaron el evento. Lo olvidamos rápidamente. Total, el hijo de una ama de casa y un padre hojalatero no es lo suficientemente importante como para que un medio noticioso o los periódicos se interesaran. Se trata de otro caso más de un "marihuanero" que la policía agarró en el punto comprando marihuana o fumándose un pitillo. Bien merecido lo tendría pensarían otros. Este personaje es Jeremy Ruiz Tomassini. Un joven de veintitrés (23) años que fue arrestado mientras fumaba un pitillo de marihuana junto a un amigo cerca de una escuela. En ese momento fumaba debajo de un árbol. Jeremy poseía el equivalente a veinte dólares (\$20) en valor en la calle de marihuana. Fue ingresado en prisión en octubre de 2014 e indultado el 25 de enero de 2016 por el gobernador Alejandro García Padilla, luego de éste recibir por más de un año la presión de defensores de la descriminalización de la marihuana y organizaciones sin fines de lucro y de base comunitaria para que se le otorgara un indulto.⁶⁹ Jeremy fue procesado bajo el artículo 411(a) de la Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico.⁷⁰ Bajo este artículo no se cualifica para programas de desvío, y ante esa realidad Jeremy se vio obligado a declararse culpable negociando una pena de 4 años versus los 6 años, 9 años o 12 años en prisión a los que se exponía de haber sido encontrado culpable en un juicio.⁷¹ Jeremy no se pudo acoger a un programa de

⁶⁸ Marilyn Tomassini, *Larga y dolorosa la espera*, EL NUEVO DÍA, (Dic. 13, 2016), <http://www.clnuevodia.com/opinion/columnas/largaydolorosalacspira-columna-2157028/>.

⁶⁹ *Gobernador Otorga Indulto Condicional a Jeremy Ruiz*, EL NUEVO DÍA, (Ene. 24, 2016, 7:56 PM), <http://www.clnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/gobernadorotorgaindultocondicionalajeremyruiz-2154726/>.

⁷⁰ Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 L.P.R.A. Secs.2101-2311 (1971).

⁷¹ *Id.*

desvío porque, aunque fue referido por el juez para que se le entrevistara, la fiscal a cargo no quiso. Según la fiscal, el joven era “una mala influencia” que no merecía esa oportunidad en la vida.⁷² Como parte del indulto condicional concedido por el Gobernador a Jeremy se le impusieron nueve (9) condiciones que de ser violadas lo devolverían a la cárcel: 1) no cometer delitos de ninguna clase; 2) someterse a pruebas toxicológicas frecuentemente; 3) matricularse en una institución educativa; 4) someter evidencia de aprovechamiento académico; 5) no relacionarse con usuarios o traficantes de drogas; 6) someterse a evaluaciones médicas; 7) someter evidencia de cumplimiento de las recomendaciones médicas; 8) someterse a reclusión domiciliaria en horas de la noche; 9) hacer una aportación al Fondo para Hijos de Policías caídos.⁷³ Estuvo preso un (1) año y tres (3) meses.

B. EL CASO DEL HIJO DE DAVID CHAFEY

El 14 de marzo de 2014 el entonces presidente del Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico (de ahora en adelante BGF), el Sr. David Chafey, reconocido y respetado banquero de la isla, se personaba al cuartel de la policía de Caimito. En esta ocasión el Sr. Chafey no se encontraba en gestiones oficiales. Su presencia en el cuartel se debía a que en horas de la madrugada de ese día su hijo menor, Jaime Chafey González, de veinticuatro (24) años, había sido arrestado luego de haber rebasado una luz roja y ser detenido por posesión de marihuana.⁷⁴ En ese momento los oficiales de la policía percibieron un fuerte olor que provenía del interior del auto y procedieron a preguntarle a Chafey González si poseía alguna sustancia ilegal en su posesión. Éste de manera voluntaria entregó inmediatamente marihuana en una bolsa plástica que guardaba en la gaveta delantera del auto que conducía. A raíz del incidente se le radicaron cargos por violación al artículo 404 de La Ley de Sustancias Controladas.⁷⁵

[e]l joven estuvo detenido por varias horas en el cuartel de Caimito hasta donde llegó su padre. El presidente de la Junta del BGF se limitó en sus comentarios y se mostró reacio a la presencia de la

⁷² “Cuatro años de cárcel por prender un cigarrillo de marihuana”, DESCRIMINALIZACION.ORG (nov. 9, 2014, 3:00pm), <http://descriminalizacion.org/cuatro-anos-de-carcel-por-prender-un-cigarrillo-de-marihuana/>.

⁷³ *Indulto Condicionado para Jeremy Ruiz, preso por posesión de Marihuana*, NOTICEL (Enc. 24, 2016, 7:31 PM), <http://www.noticel.com/noticia/185849/indulto-condicionado-para-jeremy-ruiz-presos-por-posesion-de-marihuana.html>.

⁷⁴ *Arrestan a Hijo de David Chafey*, WAPA (oct. 13, 2016), http://m.wapa.tv/detalle/noticias/locales/arrestan-a-hijo-de-david-chaffey_20131122237112.html.

⁷⁵ Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 del 23 de junio de 1971, 24 LPRA, Secs.2101-2311 (año).

prensa en el lugar. Incluso, en ocasiones intentó intimidar a los fotoperiodistas para que no grabaran o tomaran fotos a su hijo y trató de persuadir a los agentes de la Uniformada para que dieran instrucciones a la prensa para no grabar.⁷⁶

Se le encontró causa para arresto y quedó en libertad con una fianza de cinco mil dólares (\$5,000) hasta la vista preliminar. Luego del correspondiente trámite se le encontró no causa para juicio y quedó en libertad inmediatamente.⁷⁷ Nunca pisó la cárcel.

C. EL CASO DEL HIJO DE MELINA LEÓN

El 29 de abril de 2015, la famosa y querida merenguera puertorriqueña se personaba al Cuartel General de la Policía de Hato Rey. En esta ocasión su presencia no estaba relacionada a unos de sus populares conciertos de merengue. Su hijo de veintidós (22) años, Manuel A. Felípez Aponte, había sido arrestado más temprano e imputado de delito por la venta de marihuana a un agente encubierto. Manuel le había vendido al agente la cantidad una libra de marihuana “cripy” con valor en el mercado de dos mil doscientos dólares (\$2,200). Esta transacción fue grabada en video. Se le radicarón cargos por violar el artículo 401 de la Ley de Sustancias Controladas.⁷⁸ En este caso Manuel Felípez negoció con la fiscalía la reclasificación del delito imputado a posesión simple, se declaró culpable y se acogió a un programa de desvío “Drug Court” que, de cumplir con las condiciones estipuladas, le permitiría mantener un record limpio de antecedentes penales. Además, el juez le impuso varias multas, trabajo voluntario por seis meses y participar en un curso de adicción a sustancias controladas.⁷⁹ Nunca piso la cárcel.

Los casos anteriores son una muestra reciente con diferentes desenlaces cuando se le ha imputado a un joven adulto puertorriqueño la posesión de marihuana. Todos entre los veintidós y veinticuatro años de edad, defendidos por sus padres como buenos hijos sin record criminal previo, pero procesados por un sistema que

⁷⁶ Manuel Ernesto Rivera y Ariel Bigio, *Causa para Arresto contra Hijo de David Chafey*, NOTICEL (Mar. 14, 2014, 5:09 AM), <http://www.noticel.com/noticia/157270/causa-para-arresto-contra-hijo-de-david-chafey-presidente-de-la-junta-del-bgf.html>.

⁷⁷ *No Causa para Juicio Contra el Hijo de David Chafey*, EL NUEVO DÍA (Mar. 27, 2014, 12:40 PM), <http://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/nocausa para juicio contra el hijo de david chafey-1740543/>.

⁷⁸ Michelle Estrada Torres y Maribel Hernández Pérez, *Arrestan a Hijo de Melina León en Operativo Antidrogas*, PRIMERA HORA (abr. 29, 2015, 5:00 PM) <http://m.primerahora.com/noticias/policiatribunales/nota/arrestanahijodemclinalconenoperativoantidrogas-1080232/>.

⁷⁹ Francisco Rodríguez Burns, *Hijo de Melina León se Declara Culpable*, EL NUEVO DÍA (ago. 31, 2015, 8:38 PM), <http://www.elnuevodia.com/noticias/tribunales/nota/hijode mclinalconse declaraculpable-2093386/>.

criminaliza el uso y posesión de la marihuana. La única diferencia es que los hijos de David Chafey y Melina León provienen de familias social y económicamente acomodadas. Estos nunca pisaron la cárcel, ni tan siquiera un día. Además, las condiciones para la libertad del hijo de Melina León, aun ante la gravedad de su delito reclasificado, fueron relativamente laxas. En el caso del hijo de David Chafey, aun cuando el delito imputado ocurrió mientras manejaba un vehículo de motor, los cargos nunca progresaron. Caso distinto fue el de Jeremy. Perteneciente a una familia pobre, nunca tuvo la oportunidad de negociar ni de que se le reclasificara el delito que se le imputó. ¿Su crimen? El haberse fumado un pitillo de marihuana junto a un amigo a la sombra de un árbol ¿Su vehículo? Una patineta. Estuvo 15 meses preso, y no solo fue víctima de la desigualdad del sistema una vez, si no que cual pobre en un sistema injusto fue penalizado doblemente y estigmatizado de por vida. Nueve (9) estrictas condiciones le fueron impuestas como condición para su indulto... su pase a la libertad... una libertad que nunca debió ser tronchada y que nunca retomará plenamente. ¡Jeremy me duele! El pudo haber sido hermano, mi hijo, mi vecino, mi padre, mi madre, mi amigo... ¿Quién sabe? Pudiste haber sido tú y quién sabe... tal vez yo. Ni a Lydia Echevarría que tramó y ordenó una muerte viciosa para Luis Vigoreaux se le impusieron semejantes condiciones en su indulto.⁸⁰ Un indulto que de por sí, era cuestionable. El pasado se repite, una vez más pagan los pobres, los desprotegidos.

VI. LA PREEMINENCIA EN LOS ESFUERZOS DEL GOBIERNO POR ADELANTAR LA APROBACIÓN DE LA MEDICALIZACIÓN DE LA MARIHUANA.

En septiembre de 2013 el P. de la C. 1362 autorizando el uso de la marihuana para fines medicinales fue sometido en la Cámara de Representantes, pero no se aprobó.⁸¹ Cuando se derrotó el P. del S. 517, el Gobernador Alejandro García promulgó una orden ejecutiva.⁸² Le ordenó a la Secretaria de Salud autorizar el uso medicinal de algunas o todas las sustancias controladas o componentes derivados de la planta de Cannabis. El 8 de Julio de 2016 se sometió el reglamento núm. 8766 estableciendo los parámetros para la medicalización del cannabis en Puerto Rico.⁸³ Haciendo uso de sus prerrogativas al amparo de la Ley de Procedimiento Uniforme de Puerto Rico, el Gobernador Alejandro García Padilla lo aprobó de manera expédita el 8 de

⁸⁰ *Casos que ha marcado el País*, El NUEVO Día (Sept. 5, 2012; 5:09 PM), <http://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/casosquehanmarcadoalpais-1337795/>.

⁸¹ P. de la C. 1362 de 4 de septiembre de 2013.

⁸² Boletín Administrativo Núm. OE-2015-010, (*mayo 3, 2015*).

⁸³ Reglamento para el uso, posesión, cultivo, manufactura, fabricación, dispensación, distribución e investigación del cannabis medicinal, Reglamento Núm. 8766 del 8 de Julio de 2016 (Departamento de Salud de Puerto Rico).

Julio de 2016.⁸⁴ Éste declaró un estado emergencia fundamentado en la necesidad de los pacientes de tener acceso al Cannabis lo antes posible. “La emergencia se decreta el 8 de julio, que es que se certifica, y se hace porque, en la medida que no haya reglamento, se posterga el acceso a tratamiento médico a pacientes que usan el cannabis como parte de su tratamiento”.⁸⁵ Además, se esgrimió el argumento del potencial económico del cannabis medicinal al aprobar el reglamento de manera expedita: “El nuevo Reglamento de Cannabis Medicinal fomentará la inversión local, atraerá inversión extranjera y creará empleos en investigación, manufactura y despacho de medicamentos. Asimismo, impulsará el sector agrícola, el turismo médico y la captación de una buena suma de impuestos”.⁸⁶

A partir de la promulgación la orden ejecutiva ordenando el uso del cannabis medicinal en mayo de 2015,⁸⁷ la discusión pública en Puerto Rico sobre la descriminalización de la Marihuana para usos recreativos pasó a un segundo plano. Esto se debe a diversos factores, entre estos se encuentra la oportunidad para expandir las investigaciones científicas y la industria farmacéutica:

La principal Oficial Ejecutiva del Fideicomiso, Lucy Crespo, apoyó los esfuerzos por el desarrollo de esta industria en el País como parte de la agenda de innovación científica. Nosotros entendemos que el cannabis medicinal abre una puerta para los investigadores. Una de las áreas importantes es que podamos asegurarnos que fomentemos estudios de investigación clínica que validen precisamente lo que en muchos sitios ya se ha empezado a hacer, que es el uso efectivo del cannabis como tratamiento alternativo para algunas enfermedades”, dijo Crespo en la conferencia de prensa en la que se discutió el tema y que tuvo como sede esta entidad. Entendemos que Puerto Rico está en una buena posición. Puerto Rico es un sitio donde se hace investigación clínica para medicamentos que son aprobados por FDA y tenemos una oportunidad única de insertarnos en ese proceso y comenzar a hacer investigaciones que puedan validar la eficacia de los diferentes compuestos que pueda tener el cannabis para los tratamientos de una manera sumamente científica.⁸⁸

⁸⁴ Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme del ELA, Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1980, según enmendada, 3 LPRA sec. 2.13.

⁸⁵ *Decretan “emergencia” por cannabis medicinal*, EL NUEVO DÍA (jul. 21, 2016, 12:00 AM). <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/decretanemergenciaporcannabismedicinal-2222763/>.

⁸⁶ *Supra*.

⁸⁷ Boletín Administrativo Núm. OE-2015-010, (mayo 3, 2015).

⁸⁸ Antonio R. Gómez, *Realzan el potencial económico del cannabis medicinal en la isla*, EL NUEVO DÍA (junio 24, 2016, 8:00 AM) <http://www.elnuevodia.com/negocios/consumo/nota/realzanelpotencialeconomicodelcannabismedicinalenlaisla-2214063>.

Otros, basan sus expectativas en la buena experiencia que han tenido otras jurisdicciones, como Oregon, donde ya desde el año 2004 existe un programa de cannabis medicinal.⁸⁹ Sin embargo, todo indica a que la industria del cannabis medicinal en Puerto Rico será una altamente regulada y donde solo actores de alto poder económico podrán insertarse en el negocio de cultivo, distribución y venta.⁹⁰

Aunque beneficioso para el país dado que atiende las necesidades de personas enfermas que lo necesitan, la preeminencia de la discusión de la medicalización del cannabis por encima de la discusión de su descriminalización representa un reto inmediato para aquellos que defendemos y pretendemos avanzar la causa de permitir el uso de la marihuana para uso personal o fines recreativos. La medicalización del cannabis solo provee inmunidad parcial ante la preeminencia de las leyes federales de sustancias controladas.⁹¹ Tampoco atiende el problema de fondo aquí planteado: de que un ciudadano pueda perder su libertad por poseer y/o consumir marihuana para fines personales y/o recreativos.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

El ex presidente de los Estados Unidos de América, Barack Obama, confesó que utilizó marihuana durante su juventud y opina que es menos peligrosa que el alcohol y el tabaco. Aunque no considera que su legalización sea una panacea para resolver los problemas asociados al consumo de drogas, entiende que es un mecanismo efectivo para acabar con el mayor problema derivado del consumo de la marihuana en los Estados Unidos: las desproporcionadas penas que se adjudican, las cuales afectan mayormente a negros, hispanos y ciudadanos de bajos recursos.⁹² En los Estados Unidos estudios indican que, aunque las personas de raza negra representan un 30% de la población total, estos constituyen un 60% de la población penal.⁹³ Aunque no se ha encontrado diferencia en la razón de uso de marihuana entre los diferentes grupos étnicos, los negros tienen una probabilidad tres veces más alta de ser arres-

⁸⁹ Carlos Rivera Giusti, *Buena experiencia con medicalización impulsa la legalización del cannabis en Oregon*, EL NUEVO DÍA (Sep. 7, 2014, 7:02 AM), <http://www.noticel.com/noticia/165604/buena-experiencia-con-medicalizacion-impulsa-la-legalizacion-del-cannabis-en-oregon-video-y-galeria.html>.

⁹⁰ Agustín Criollo Oquero, *Cuesta arriba incursionar en el negocio del cannabis medicinal*, NOTICEL (Sep. 4, 2016, 5:15 AM), <http://www.noticel.com/noticia/193369/cuesta-arriba-incursionar-en-el-negocio-del-cannabis-medicinal-documento.html>.

⁹¹ *García v. Tractor Supply Co.*, 154 F. Supp. 3d 1225, (D. N.M. 2016).

⁹² Obama: “La marihuana no es más peligrosa que el alcohol o el tabaco”, PÚBLICO (*Ene. 20, 2014, 7:39 AM*), <http://www.publico.es/internacional/obama-marihuana-no-mas-peligrosa.html>.

⁹³ Gene Taras, *Note: The High Time for Change: How Legalizing Marijuana Could Help Narrow the Racial Divide in the United States*, 24 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 565, 572 (2016).

tados por posesión de marihuana que los blancos.⁹⁴ También, en Colorado, antes de que la marihuana fuese legalizada, los negros representaban el 22% de los arrestos relacionados a violaciones a las leyes de marihuana, aunque estos representan solo el 4% de la población total.

En Puerto Rico varios sectores entienden que el enfoque salubrista sería uno más efectivo por varias razones:

1) La evidencia científica actual descarta la “*teoría del Puente*”, o sea, que la marihuana sea el primer paso para el uso de otras drogas; 2) La Organización de las Naciones Unidas estableció desde los años 60 que aun usuario de drogas no se le debe aplicar una sentencia que le cause más daño que la sustancia misma; 3) la evidencia científica actual establece que el potencial adictivo de la marihuana es menor al del alcohol y el tabaco; 4) Puerto Rico es el quinto país a nivel internacional con la mayor tasa de arrestos por drogas y está entre los diez primeros con la mayor tasa de encarcelamiento. El 88% de confinados son sentenciados por casos de drogas y el 77% de la población carcelaria se considera usuario de sustancias, según datos del Departamento de Corrección; 5) La política pública de Guerra Contra las Drogas y contra los usuarios de drogas según el informe de la Comisión Global de Políticas de Drogas de junio de 2011, concluye que: “*La guerra global a las drogas ha fracasado, con consecuencias devastadoras para individuos y sociedades alrededor del mundo*”.⁹⁵

A pesar de que en Puerto Rico la posesión y consumo de marihuana es todavía ilegal, ya hace más de 25 años el Tribunal Supremo determinó que el referirse al uso de la marihuana como argumento, con el fin de desacreditar o implicar que es una imputado es violento, en un caso en donde se alega defensa propia, constituye prueba de carácter que nos es admisible ni pertinente “...se excluyó correctamente puesto que el efecto hubiera sido causar perjuicio indebido en el jurado bajo la teoría de que una persona que usa drogas no merece que se le trate como un ser humano y merece que se le prive de su vida sin mayores consecuencias”. El tribunal amparó su decisión es estudios que demuestran que, como norma general, la marihuana no causa agresividad en sus usuarios.⁹⁶

⁹⁴ *Supra*.

⁹⁵ *Salubristas firman resolución en apoyo a la descriminalización de la marihuana*, MICROJURIS (Mar. 21, 2014), <https://aldia.microjuris.com/2014/03/21/salubristas-firman-resolucion-en-apoyo-a-la-descriminalizacion-de-la-marihuana/>.

⁹⁶ *El Pueblo de Puerto Rico v. Modesto Martínez Solís*, 128 D.P.R. 35 (1991).

El negocio de la marihuana legal en Estados Unidos de América se calcula actualmente en unos cinco (5) billones de dólares. Se estima que podría crecer hasta los treinta y siete (37) billones si todos los estados la legalizaran.⁹⁷

En Puerto Rico los consumidores de marihuana se distribuyen a través de varios grupos sociales. También, es bastante común su uso entre profesionales y estudiantes. No se asocia el uso de marihuana con el típico drogadicto. Por su popularidad, su impacto económico es mayor al de otras drogas...⁹⁸

Se estima que en Puerto Rico hay cerca de medio millón de usuarios de marihuana, generando un consumo anual valorado en \$409 millones en el mercado ilegal, que de imponérsele un arbitrio de 15 por ciento representaría un ingreso al fisco de \$61 millones.⁹⁹

Aunque debemos reconocer que el Derecho puertorriqueño comienza a tomar pasos afirmativos para lograr un cambio en el enfoque del uso y posesión de la marihuana en pequeñas cantidades, existe una realidad ineludible: los pasos son mínimos, y Puerto Rico queda relegado cuando se compara con los modelos y nuevos enfoques ya implantados en Estados Unidos y otros países. A mi entender, el mayor reto para nuestro país en este tema es la descriminalización de la marihuana desde una perspectiva científica donde se sopesen las ventajas y desventajas, versus atender la discusión desde una perspectiva subjetiva.

En una sociedad donde gastamos \$40,000/año¹⁰⁰ para mantener un preso y una ínfima porción de esa cantidad para educar nuestros niños, no es muy difícil concluir que tenemos nuestras prioridades invertidas. Nuestro enfoque hacia el tema de las drogas debe cambiar de uno puramente punitivo a uno salubrista. Debemos entender que existe evidencia científica que confirma que la marihuana no es necesariamente más dañina que otras drogas o el alcohol. Aunque esto solo de por sí no debe ser la única justificación para despenalizar la marihuana, se sabe que el riesgo de dependencia severa a la marihuana es reducido.¹⁰¹

Por eso propongo que:

⁹⁷ Brian Louis, *Some Wall Street Vets are Betting On a Weed Exchange*, BLOOMBERG (Mar. 9, 2016, 12:35 PM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-03-07/america-s-marijuana-exchange-and-the-wall-street-vets-behind-it>.

⁹⁸ Marrero, *supra* nota 4.

⁹⁹ *Supra*.

¹⁰⁰ Descriminalizacion.org, *supra* nota 95.

¹⁰¹ Marijuana Report Research Series, National Institute on Drug Abuse, *Is marijuana addictive?* (August 5, 2016), <https://www.drugabuse.gov/publications/research-reports/marijuana/marijuana-addictive>.

- 1) Que se expanda el alcance de la orden ejecutiva 2015-035 y se cree un programa piloto para descriminalizar la posesión de pequeñas cantidades de Marihuana para uso personal y/o fines recreativos en algunas áreas geográficas, utilizando como modelo al estado de Colorado.
- 2) Que de resultar favorables dichos programas pilotos se someta legislación que retome y apruebe el P. del S. 517 para descriminalizar vía mandato de ley la posesión de marihuana en pequeñas cantidades para uso personal y/o fines recreativos.
- 3) Que realice un análisis del impacto económico que tendría la regularización del cultivo, posesión, manufactura y distribución de la marihuana para propósitos medicinales, para el incluir el ámbito del consumo personal y recreacional.
- 4) Que se redirijan los recursos actualmente utilizados para procesar a los usuarios de marihuana para fines personales o recreativos para desarrollar un programa nacional de educación en las escuelas primarias sobre el uso y abuso de drogas, dónde orientemos a nuestros niños desde temprana edad sobre este tema.
- 5) Que se desarrolle un programa de “*benchmarking*” donde estudiemos los diferentes modelos y estados de Derecho en este tema alrededor del mundo, y emular aquellos programas exitosos para hacer del modelo puertorriqueño hacia la descriminalización de la marihuana uno único en el mundo.

La descriminalización de la marihuana para consumo personal toma relevancia hoy más que nunca. Ante una crisis social y económica que nos agobia, cambiar el rumbo del país en diversos frentes es curso de acción obligado. La descriminalización de la marihuana para consumo personal mejorará la calidad de vida de muchos ciudadanos y creará una sociedad más justa en Puerto Rico. Además, representa una fuente potencial de ingresos considerablemente sustancial para el fisco. No debe haber más dilación. El proyecto del Senado 517 o un equivalente, deben ser aprobados. Del nombre de los hijos de David Chafey y Melina León ya nadie se acuerda. El de Jeremy jamás será olvidado. La doble vara en Puerto Rico sobre la penalización y criminalización por posesión de marihuana para uso personal tiene que terminar, para que no haya otro Pedro Navaja, para que no haya otro Jeremy.

¿SOMOS DUEÑOS DE NUESTRO CUERPO?

EL DERECHO PROPIETARIO DENTRO DEL CAMPO DE LA BIOTECNOLOGÍA

KATHIA GUZMÁN RIVERA¹

RESUMEN

Es un axioma que los avances tecnológicos en el campo de las ciencias biomédicas ocurren a una tasa tan apresurada, que a nuestro ordenamiento jurídico le cuesta estar a la vanguardia de las nuevas exigencias científicas. Los estatutos se mantienen parcos en cuanto a si deben o no otorgarles derechos propietarios a las personas sobre sus tejidos. La complejidad del asunto comienza en el origen del término "propiedad". Por un lado, la postura naturalista establece que los derechos de propiedad surgen como consecuencia de una justicia fundamental, independiente del Estado. Por otro lado, teorías contrastantes plantean que el Estado es la única autoridad competente con la facultad de otorgar, delimitar y revocar los derechos propietarios. Aunque pareciera irrefutable que el sentido de propiedad sobre el cuerpo humano surge por virtud natural, la contrastante realidad es que el Estado ha creado un patrón de control sobre el cuerpo de los individuos. Y es que son mayores las permisibilidades sobre la propiedad como objeto que sobre el cuerpo. En el ordenamiento jurídico puertorriqueño, el cuerpo humano no tiene cabida en la definición expresa sobre lo que es "propiedad". Sin embargo, esto no está lejos de la tendencia global evita equiparar el cuerpo humano a un objeto comercializable. En Estados Unidos, los estatutos salvaguardan principalmente la autonomía de las personas, sin abordar el tema de los derechos propietarios. Tanto Inglaterra como Australia reconocen que el derecho de propiedad solo se confiere a tejidos que han adquirido atributos distintos por virtud de destrezas científicas. En España, por su parte, el único poder que le concede el Estado a las personas sobre el tejido extirpado se limita a permitir obtener una muestra para propósitos de segundas opiniones o simplemente descartarlo. Es menester reconocer que si el cuerpo humano no tiene cabida en la definición de propiedad cuando el sujeto es la persona, tampoco

¹ Estudiante de segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico con un Bachillerato en Ciencias Biomédicas.

tiene cabida en la definición de propiedad cuando el sujeto es el Estado. La situación amerita la creación de estatutos especializados y dirigidos que sean cónsonos con la visión de que el cuerpo humano es una extensión de la persona y no un objeto; estatutos que no vayan en contra del libre ejercicio de la voluntad de la persona sobre el único medio que hace la vida posible: su cuerpo. De lo contrario, el ordenamiento jurídico perpetuaría que la persona se reduzca a un mero poseedor y el cuerpo humano, a una propiedad cuyo dueño real es el Estado.

ABSTRACT

It is an axiom that the technological advances in the field of biomedical science occur at such a quick rate, that it has been difficult for our legal system to be at the forefront of new scientific demands. The statutes remain meager as whether to grant people proprietary rights over their tissues. The complexity of the subject begins at the origin of the term "property". On the one hand, the naturalist view establishes that property rights arise because of the existence of a fundamental justice, independently of the State. But contrasting theories propose that the State is the only competent authority with the power to grant, delimit, and revoke proprietary rights. Although it seems irrefutable that the sense of property over the human body arises by a natural virtue. The contrasting reality is that the State has created a pattern of control over the body of individuals, for the things that one can do with one's property are greater than those allowed with one's body. The human body has no place in the definition of "property" in the Puerto Rican legal system. However, this stance is not far from the global trend that avoids equating the human body as a marketable object. In the United States, the legal system mainly safeguards the autonomy of individuals without addressing the issue of proprietary rights. Both England and Australia recognize that the right of ownership is conferred only on tissues which have acquired distinct attributes by scientific means. In Spain, the only power that the State grants to the people on the extirpated tissue is to limit a person's decision to either obtain a sample for secondary opinions purposes or to simply discard it. It is imperative to recognize that if the human body has no place in the definition of property when the subject is the person, it also has no place in the definition of property when the subject is the State. The situation demands new statutes that are consistent with the view that the human body is an extension of the person and not an object; statutes that do not compromise the free exercise of the will of the person on the only means that makes life possible: his body. Otherwise, the legal system perpetuates that the person is reduced to a mere possessor and the human body, a property that the real owner is the State.

ARTÍCULO

I. INTRODUCCIÓN

Es un axioma que los avances tecnológicos en el campo de las ciencias biomédicas ocurren a una tasa tan apresurada, que a nuestro ordenamiento jurídico le cuesta estar a la vanguardia de las nuevas exigencias científicas. A pesar de que existen disposiciones federales que regulan las investigaciones biomédicas, particularmente aquellas que involucran sujetos humanos, los estatutos se mantienen parcos en cuanto a si deben o no otorgarles derechos propietarios a los donantes de tejidos.

No obstante, la jurisprudencia estadounidense ha sido nutrida, paulatinamente, por casos en los que los donantes de tejidos han reclamado derechos propietarios sobre el material biológico donado para propósitos investigativos. Estas nuevas controversias demuestran: (1) que la utilidad de un tejido biológico extirpado del cuerpo humano no necesariamente cesa una vez haya sido removido y (2) que esta utilidad no se reduce a propósitos educativos o de trasplantes. Existe un potencial económico en ese tejido que amerita dilucidar si los derechos propietarios pudieran tener cabida en estas circunstancias.

El propósito de este artículo es discutir los posibles derechos propietarios sobre el tejido humano dentro del contexto biotecnológico. Revisaremos las leyes y la jurisprudencia de Puerto Rico considerando las nuevas tendencias de pensamiento, tanto en Estados Unidos como en Europa. Sin embargo, lo medular de la aportación del artículo es el análisis integrativo de la perspectiva científica y cómo ésta repercute en el ordenamiento jurídico.

II. DERECHOS PROPIETARIOS SOBRE EL TEJIDO HUMANO

A. EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO “PROPIEDAD”

La complejidad del concepto “propiedad” es tan abrumadora como lo es la tendencia a simplificar su definición. Por lo general, el término es reducido a una cosa.² No obstante, basta con adentrarnos en el campo del derecho para ser partícipe del debate imperante entre los tratadistas sobre el tema. Algunos, incluso, han concluido que la incógnita sobre cuál es la definición de “propiedad” es una sin respuesta.³

El punto de partida de esta discusión es la controversia sobre el origen del término. Por un lado, se dice que la propiedad es un término naturalista. Según esta postura, los derechos de propiedad surgen como consecuencia de una justicia

² JOHN G. SPRANKLING, *UNDERSTANDING PROPERTY LAW*, 2 (3rd Edition, 2012).

³ *Id.*

fundamental, independiente del Estado.⁴ Por lo tanto, la función del Estado es hacer valer la ley natural, no crear leyes nuevas al respecto.⁵ Sin embargo, esta teoría presenta complicaciones en la implantación de límites entre la propiedad de un ente privado y otro. Y es que la presunción naturalista de la propiedad plantea que la propiedad privada nace a partir del reclamo de dominio de una persona sobre un bien.⁶ En respuesta a este reclamo, es prerrogativa de la comunidad aceptarlo y actuar en común acuerdo para respetarlo.⁷ Para ello, es imperativa la existencia de un sistema de creencias compartidas por la sociedad.⁸ De lo contrario, la comunidad rechazaría el reclamo y crearía un conflicto que podría repercutir en violencia.⁹

Al otro extremo de la disyuntiva se plantea que el concepto “propiedad” tiene raíces estatutarias.¹⁰ Según esta perspectiva teórica, es el Estado la única autoridad competente con la facultad de otorgar, delimitar y revocar los derechos propietarios.¹¹ Ahora bien, este planteamiento confronta resistencia cuando la historia comprueba que la propiedad ha existido aún sin estatutos que definan el concepto. Ello así, pues, las sociedades primitivas gozaban de propiedades sin necesitar ningún reconocimiento jurídico que validara lo que se daba por hecho.¹² Independientemente del origen del concepto, la definición de “propiedad” se puede sintetizar como un conjunto exhaustivo de derechos que tiene una persona sobre una cosa, sea la cosa mueble o inmueble, sea tangible o intangible.¹³ Tal conjunto de derechos incluye la facultad de transferir, destruir, excluir, usar y poseer.¹⁴

Este breve trasfondo basta para entender lo difícil que sería amoldar el material biológico humano a los parámetros de la propiedad. ¿El material biológico humano nos pertenece por virtud natural o es el Estado quien define y delimita la pertenencia sobre nuestros cuerpos? Sin importar la respuesta preliminar a dicho cuestionamiento, es necesario tener este marco teórico presente a la hora de evaluar si el cuerpo humano y sus componentes ameritan ser tratados como propiedad. Como el fin de este análisis no es estudiar lo que es, sino lo que debería ser, debemos

⁴ *Id.* en 3.

⁵ *Id.*

⁶ PETER M. GERHART, *PROPERTY LAW AND SOCIAL MORALITY*, 92 (2014).

⁷ *Id.*

⁸ *Id.* en 107.

⁹ *Id.* en 92.

¹⁰ *Id.* en 48.

¹¹ *Id.*

¹² James E. Krier, *Evolutionary Theory and the Origin of Property Rights*, 143-144 (Vol. 95:159, 2009). <http://cornell.lawreviewnetwork.com/files/2013/02/JamesE.KrierEvolutionaryTheoryandtheOriginofPropertyRights.pdf>.

¹³ JOHN G. SPRANKLING, *THE INTERNATIONAL LAW OF PROPERTY*, 28 (2014).

¹⁴ SPRANKLING, *supra* nota 2, en 6.

preguntarnos cuál ha de ser la visión imperante sobre la que se fundamente nuestro ordenamiento jurídico ante la posibilidad de otorgar derechos propietarios sobre el tejido biológico humano.

En primera instancia, pareciera irrefutable que el sentido de propiedad sobre el cuerpo humano surge por virtud natural. Sin embargo, este planteamiento es, aunque inteligible, idealista. La contrastante realidad es que el Estado ha creado un patrón de control sobre el cuerpo de los individuos. Ello así, pues, lo que el Estado permite que el individuo haga con su cuerpo es mucho más restrictivo de lo permitido con aquello en estricto cumplimiento de lo que constituye “propiedad”. Si bien el Estado nos permite ser los únicos poseedores de nuestro cuerpo a partir del momento en que tipificó como delito la esclavitud y la trata humana, las facultades de usarlo, transferirlo e incluso destruirlo están altamente reguladas.¹⁵ Por lo tanto, aunque la pertenencia sobre nuestro cuerpo surge por virtud naturalista, la realidad es que existe una influencia estatutaria sobre nosotros contundente e innegable. Ante ello, podemos concluir que la noción de libertad que tenemos sobre nuestros cuerpos es una mera ilusión si definimos como absoluta esa libertad de transferir, destruir, excluir, usar, disfrutar y poseer.¹⁶

B. VISIÓN VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PUERTORRIQUEÑO

El Código Civil de Puerto Rico define la propiedad como aquello: (1) que le pertenece a una persona con exclusión del resto; (2) que concede el derecho de gozar y disponer de la cosa dentro de las limitaciones conferidas por ley; y (3) sobre lo que el propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor para reivindicar.¹⁷ El Código también dispone que una autoridad competente podrá privar a alguien de su propiedad por causa justificada de utilidad pública o beneficio social y mediante el pago de justa compensación.¹⁸ Además, establece que el derecho de propiedad

¹⁵ Como norma general, el Estado prohíbe de manera explícita que un individuo use o transfiera su cuerpo o componentes del mismo para fines lucrativos. De igual manera, el Estado no permite destruir terminantemente el cuerpo humano mediante suicidio médicamente asistido. A pesar de esto, para mantener viva la noción de pertenencia en el individuo sin trastocar visiones religiosas fundamentalistas, el Estado se ha cobijado bajo el principio de autonomía. En el campo de la bioética, el principio de autonomía está cimentado en el derecho fundamental de la libertad de la persona, “en el respeto absoluto de la decisión individual.” Véase Fernando J. Peliche, Federación Argentina de Cardiología, *Bioética. Los principios y después*, (2005). <http://www.fac.org.ar/ccvc/llave/c065/peliche.php?iframe=true&width=90%&height=90%>. No obstante, “el discurso bioético resulta insuficiente para proteger los derechos fundamentales al aplicar los avances científicos a los seres humanos.” Véase María Dolores Vila-Colo, *El marco jurídico en la bioética*, 313 (3ra Edición Cuad. Biét. XVI, 2005). <http://aebioetica.org/revistas/2005/16/3/58/313.pdf>.

¹⁶ WOLFGANG HUBER, *ETHICS: THE FUNDAMENTAL QUESTIONS OF OUR LIVES* (2015).

¹⁷ Art. 280 Cód. Civ. PR, 31 LPRA § 1111.

¹⁸ Art. 282 Cód. Civ. PR, 31 LPRA § 1113.

sobre las cosas permite el uso, disfrute o su enajenación,¹⁹ así como el uso y disfrute de cosas ajenas.²⁰

Fundamentándonos únicamente en las disposiciones generales del Código Civil, es evidente que el cuerpo humano no tiene cabida en la definición expresa sobre lo que es “propiedad”. Es cierto que el cuerpo humano le pertenece a cada persona con exclusión del resto. Tampoco se puede negar que los individuos tienen el derecho de gozar del cuerpo dentro de las limitaciones conferidas por ley. Sin embargo, las definiciones del término que concede el Código Civil menguan ante la complejidad del contexto de las ciencias biomédicas. En primer lugar, la ley solo permite disponer del cuerpo humano mediante donaciones. En cuanto a la acción de reivindicación, el “propietario” y el tenedor se tratarían de la misma persona cuando el objeto de la controversia se tratase del cuerpo humano. Por su parte, no existe autoridad competente en nuestro ordenamiento jurídico que pueda privar a alguien de su cuerpo mediante justa compensación y por causa justificada de beneficio social.²¹ Por último, a nadie le está permitido enajenar su cuerpo ni, mucho menos, usar y disfrutar del ajeno sin el consentimiento expreso de la otra persona.

En el aspecto biotecnológico, esto es consistente con el consenso internacional entre los tratadistas, legisladores y tribunales que rechaza darle al cuerpo humano un trato de propiedad. La razón principal para ello es la aprehensión de que dotar al cuerpo con el atributo jurídico de propiedad implicaría someterlo a las permisividades que brinda la comercialización ligada al concepto y, consecuentemente, lo reduciría a un producto o una mercancía²². De este modo, se abriría el paso a la despenalización y descriminalización de actividades ya catalogadas como inmorales, ilegales y contrarias al orden público.

En Puerto Rico, existen leyes cónsonas con esta visión que prohíben explícitamente definir al cuerpo dentro de los parámetros de la propiedad. Delitos como la adopción a cambio de dinero²³, la prostitución²⁴, el proxenetismo, rufianismo y comercio de personas²⁵, su modalidad agravada²⁶, y el delito de trata humana²⁷,

¹⁹ Art. 281 Cód. Civ. PR, 31 LPRA § 1112.

²⁰ Art. 356 Cód. Civ. PR, 31 LPRA § 1114.

²¹ Si interpretamos que la pena de muerte es la acción mediante la que el Estado priva a la persona de su vida por causa justificada de beneficio social, entonces el Pueblo de Puerto Rico no le ha otorgado esa facultad al Estado.

²² LEROY C. EDOZIEN, *SELF-DETERMINATION IN HEALTH CARE: A PROPERTY APPROACH TO THE PROTECTION OF PATIENTS' RIGHTS*, 139 (Ashgate 2015).

²³ Art. 122 Cód. Pen. PR, 33 LPRA § 5181.

²⁴ Art. 138 Cód. Pen. PR, 33 LPRA § 5199.

²⁵ Art. 141 Cód. Pen. PR, 33 LPRA § 5202.

²⁶ Art. 142 Cód. Pen. PR, 33 LPRA § 5203.

²⁷ Art. 160 Cód. Pen. PR, 33 LPRA § 5226.

demuestran la tendencia en la intención legislativa de brindarle al cuerpo humano el más alto grado de respeto y deferencia. Al acudir a leyes especiales, no obstante, es notable que el tema de la biotecnología no ha sido abordado en la totalidad de sus dimensiones.

Las leyes que rigen los procesos biomédicos en Puerto Rico están centradas en la relación médico-paciente²⁸, en la donación de tejido para trasplantes o investigaciones²⁹ y en el manejo adecuado de los desperdicios biomédicos.³⁰ Sin embargo, estas disposiciones permanecen parcas ante la posible concesión de derechos propietarios sobre el material humano. A pesar que la legislatura ha presentado medidas para otorgarles alguna especie de beneficio o remuneración a quienes desinteresadamente opten por realizar donaciones anatómicas, los intentos no han sido fructíferos dado que las medidas no han logrado superar el cedazo de las Comisiones Legislativas.³¹ Los informes no recomendaron la aprobación de las medidas porque con ellas no se promovía la donación si no que se fomentaba la compraventa de los componentes del cuerpo, transacción que ya está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.³²

Por otro lado, la Asamblea Legislativa ha intentado introducir un nuevo y revisado Código Civil a nuestro ordenamiento jurídico. Ello, en respuesta a la necesidad de atemperar las disposiciones del Código vigente a la realidad de nuestra actualidad.³³ En el borrador del nuevo Código Civil, la legislatura incluyó temas esenciales que repercuten en nuestra controversia. Este borrador da especial atención a los derechos innatos, a los derechos fundamentales que garantiza la Constitución³⁴, al reconocimiento de los derechos esenciales que emanan de la personalidad de toda persona natural.³⁵ En su Artículo 8, el Código establece que “toda persona natural tiene el goce de los derechos esenciales que emanan de su personalidad y puede reclamar su respeto y protección ante el Estado y ante las demás personas jurídicas.”³⁶ Más adelante, define los derechos esenciales e incluye, entre ellos, el derecho a la

²⁸ Ley Núm. 194-2000, 24 LPRA § 3047.

²⁹ Olgamaris Fernández Figueroa, *El cuerpo del puertorriqueño y sus derechos en la era biotecnológica*, 49 REV. JURÍDICA U. INTER. P.R. 301, 312-313 (2015).

³⁰ Ley Núm. 180-2008, 12 LPRA §1336.

³¹ Fernández Figueroa, *supra* nota 29, en 314-315.

³² *Id.*

³³ P. del S. 1710, 17ta Asamblea Legislativa § 7 (2016).

³⁴ Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, *Borrador para discusión: Código Civil de Puerto Rico*, 17 (11 de enero de 2007) (memorial explicativo) [en adelante, *Borrador para discusión del Cód. Civ. PR*] <http://www.oslpr.org/v2/PDFS/Borrador%20Codigo%20Civil%20Updated/1-%20Libro%20Primero-Relaciones%20Juridicas/04LibroPrimeroLasRelacionesJuridicasMemorialExplicativo1.pdf>.

³⁵ *Borrador para discusión del Cód. Civ. PR*, *supra* nota 34, en 18.

³⁶ *Borrador para discusión del Cód. Civ. PR*, *supra* nota 34, en 14.

dignidad y el honor de la persona, así como el derecho a la integridad física y moral. No obstante, el borrador no incluye el derecho a la propiedad como parte de los derechos esenciales. Esta propuesta tampoco da indicios de establecer una separación entre la persona y su cuerpo. Por lo tanto, da a entender que el Estado respeta al cuerpo por virtud de la persona, no porque le pertenezca a la persona.

En el comentario del Artículo 8 de este borrador, la Legislatura profundiza en el derecho de la propiedad. Si bien reconoce que el derecho a la propiedad está protegido por la Constitución, el borrador deja claro que ello no implica que se trate de un derecho innato. Con ello, fundamentan que no necesariamente este derecho forma parte de los derechos de la personalidad.³⁷

Este intento de vanguardismo no deja fuera la necesidad de adaptación a las nuevas exigencias biotecnológicas. En su segunda sección, el Artículo 12 del borrador contempla y regula la modificación genética en las personas. Además, la propuesta codifica: (1) la disposición de órganos y fluidos del cuerpo³⁸, (2) el consentimiento en distintas prácticas y tratamientos médicos³⁹ y (3) el derecho a una muerte digna.⁴⁰ Empero a ello, una lectura de sendos artículos junto con sus comentarios es suficiente para notar la tendencia restrictiva de las disposiciones. El borrador, por ejemplo, circunscribe la modificación genética en las personas al proceso de reproducción asistida.⁴¹ De esta manera, deja fuera el campo de las investigaciones biomédicas y los tratamientos médicos.

Por otro lado, el borrador incluyó un artículo que prohíbe utilizar el cuerpo humano como objeto de contratación privada debido a la inviolabilidad del mismo.⁴² Según el comentario, el artículo está basado en la doctrina científica que excluye al cuerpo humano del comercio y de la contratación privada, a la vez que rechaza cualquier beneficio económico que surja de su explotación o disfrute.⁴³ Con esto, el borrador reitera que el Estado le debe un alto grado de deferencia al cuerpo por tratarse de una extensión de la persona, no porque le pertenezca a la persona. Aunque contemplar estos temas denota cierto grado de progreso, de ninguna manera esto implica suficiencia. La complejidad del asunto amerita el desarrollo de disposiciones especiales que incorporen la correcta interpretación y aplicación de la perspectiva científica. Solo al incluir la esencia del conflicto, podremos encaminarnos hacia la dirección adecuada para resolverlo.

³⁷ Borrador para discusión del Cód. Civ. PR, *supra* nota 34, en 18.

³⁸ Borrador para discusión del Cód. Civ. PR, *supra* nota 34, en 26.

³⁹ Borrador para discusión del Cód. Civ. PR, *supra* nota 34, en 27-32.

⁴⁰ Borrador para discusión del Cód. Civ. PR, *supra* nota 34, en 32.

⁴¹ Borrador para discusión del Cód. Civ. PR, *supra* nota 34, en 24.

⁴² Borrador para discusión del Cód. Civ. PR, *supra* nota 34, en 25.

⁴³ *Id.*

III PERSPECTIVA CIENTÍFICA SOBRE LA CONTROVERSI

El cuerpo humano es un organismo tan complejo, como fascinante. Si se dice que cada persona es un mundo, bajo el prisma de las ciencias naturales podemos concluir que cada cuerpo humano es un universo. Y es que, aun cuando la humanidad ha invertido recursos y esfuerzos durante tiempos inmemoriales por el bien de los desarrollos científicos, queda mucho por descubrir. Esto resulta fascinante para el científico con una sed genuina por el conocimiento, pero también implica un terreno fértil y relativamente desocupado en el que las compañías farmacológicas y biotecnológicas pueden saquear los recursos para obtener ganancias sin consecuencias legales significativas. Y como resultado de esto, el mayor beneficio en dólares y centavos lo obtienen las compañías y no los pacientes en salud y bienestar.

Chris Sanders, investigador considerado como uno de los padres de la bioinformática⁴⁴, coincide con este planteamiento. Hablando sobre las nuevas técnicas para tratar y hasta curar el cáncer⁴⁵, Sanders aseveró que “las farmacéuticas impiden el desarrollo de nuevas terapias contra el cáncer.”⁴⁶ Según explica el científico, las nuevas tecnologías en el campo de la bioinformática han permitido el estudio genético de tumores cancerosos. Esto produce un alto potencial médico ya que repercute en un tratamiento individualizado, capaz de ofrecerle a los pacientes una alternativa más costo efectiva que las opciones actualmente disponibles. No obstante, Sanders plantea que la eficacia del tratamiento depende tanto del impulso de más investigaciones al respecto, como de la publicación de la información personal de salud de los pacientes. Esto arroja luz a una gran disyuntiva.

Por un lado, la mayor cantidad de los ensayos clínicos surgen a base del por ciento de ganancias que la industria farmacológica pueda generar de los resultados investigativos. Como bien señala Sanders, cuando no hay un alto potencial pecuniario, estas compañías se rehúsan a realizar los estudios clínicos. De esta forma, se perpetúa el ciclo capitalista donde el bienestar de las personas está a merced de un tratamiento que promete salud a cambio de mayores dividendos para los accionistas. Para romper con este ciclo, Sanders sugiere enfocar los esfuerzos en el desarrollo de estudios “clínicos alternativos, financiados con dinero público.”⁴⁷

⁴⁴ Según la Real Academia Española, la bioinformática es la aplicación a la investigación biomédica del conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras.

⁴⁵ Nuño Domínguez, “*Las farmacéuticas impiden el desarrollo de nuevas terapias contra el cáncer*”, El País (22 de noviembre de 2016, 13:38 CET), http://elpais.com/elpais/2016/11/18/ciencia/1479471177_912532.html?id_externo_rsoc=TW_CM.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

Sin embargo, es meritorio tener presente que la eficacia del tratamiento también depende de la publicación de información personal del paciente. Ante este planteamiento, Sanders sugiere otorgar un derecho de propiedad constitucional de cada persona sobre su información genómica y de salud.⁴⁸ No obstante, tal propuesta ha sido objeto de un complejo debate moderno.

No podemos perder de perspectiva que todas aquellas investigaciones que giren en torno al material genético de las personas presentan una amenaza, no solo para la privacidad de los individuos, sino también por las posibles repercusiones discriminatorias relacionadas a su composición genética. A pesar que la secuenciación⁴⁹ del material genético brinda la oportunidad de que los pacientes reciban tratamientos médicos más certeros de acuerdo con sus padecimientos, tal secuenciación conlleva graves preocupaciones para los eticistas. En términos generales, los eticistas además plantean que mediante la secuenciación genética se reduciría la antropología a la genética.⁵⁰ Arguyen, igualmente, que el ser humano es más que la sumatoria de sus genes y que el entorno y estilo de vida del individuo juega un rol sustancial en la expresión de los genes.⁵¹ Por lo tanto, existe un consenso en evitar otorgar tanto derechos propietarios como derechos de patentes a secuencias genéticas, no solo de humanos, sino de cualquier tipo de organismo viviente en estado natural.

Aunque, tradicionalmente, el Estado evita equiparar el cuerpo y sus componentes como propiedad, la disyuntiva surge cuando vemos que material humano, como el pelo y la sangre, comoquiera puede ser comercializado. Esta permisibilidad parte de la presunción de que se trata de material que el cuerpo repone constantemente y con relativa facilidad.⁵² Como consecuencia, este tipo de tejido suele estar fuera de la controversia sobre si el material humano debe catalogarse o no como propiedad.

Los órganos humanos, por su parte, han sido objeto de debate por mucho tiempo. En gran medida, este debate se ha suscitado dado a la desproporcionalidad que hay a nivel mundial entre la cantidad de personas cuyas vidas dependen de alguna

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ El National Human Genome Research Institute define secuenciación como el proceso en que se determina “el orden de los cuatro componentes básicos químicos, llamados “bases”, que forman la molécula de ADN. La secuencia les informa a los científicos la clase de información genética que se transporta en un segmento específico de ADN. Por ejemplo, los científicos pueden usar la información de las secuencias para determinar qué tramos de ADN contienen genes y qué tramos transportan instrucciones regulatorias, que activan o desactivan genes. Además, y de manera muy importante, los datos de las secuencias pueden resaltar los cambios en un gen que pueden causar enfermedades.” Véase National Human Genome Research Institute, *Secuenciación del ADN*, <https://www.genome.gov/27563183/secuenciacion-del-adn/>.

⁵⁰ HUBER, *supra* nota 16, en 147.

⁵¹ *Id.*

⁵² SPRANKLING, *supra* nota 13, en 69.

donación de órganos y la poca cantidad de donantes disponibles.⁵³ Algunos eruditos sugieren que la prohibición de la comercialización de órganos debe ser revocada.⁵⁴ Apuntan que, de esta manera, se maximizaría el bienestar social.⁵⁵

Ahora bien, ¿qué ocurriría con el material humano que sirve de materia prima para el desarrollo de investigaciones con fines comerciales? Para propósitos ilustrativos, haremos referencia a un caso sumamente persuasivo, sobre el que profundizaremos en detalle más adelante. Mientras tanto, basta mencionar que parte del razonamiento utilizado por la Corte Suprema de California para descalificar los reclamos de derechos propietarios sobre los resultados investigativos fue que al demandante no le correspondía un porcentaje de las ganancias porque el tejido que él donó no es igual a los resultados investigativos.

En este caso,⁵⁶ el reporte emitido por el *Office of Technology Assessment* (OTA) para otorgar la patente de los hallazgos científicos explicó el procedimiento riguroso que los investigadores tuvieron que llevar a cabo para obtener sus resultados. El documento expuso que es inútil localizar la secuencia genética particular que los científicos trataban de aislar a partir del tejido primario, pues las células primarias mueren rápidamente luego de reproducirse unas pocas veces. Para superar este obstáculo, los investigadores deben desarrollar un linaje de células capaz de reproducirse indefinidamente, lo que constituye una ardua tarea con una tasa de éxito muy baja. A pesar de que el linaje de células surge a partir del tejido primario, el resultado final en nada se asemeja a la materia prima con la que se trabajó al principio.

Por otro lado, la ley de patentes establece claramente que solo se pueden otorgar derechos propietarios a aquellos inventos y descubrimientos que provean elementos novedosos y útiles. Este estatuto no permite patentizar tejidos de la forma en que se encuentran naturalmente en el ambiente. A base de este fundamento, la Corte Suprema de California concluyó que el reclamo del demandante de que es propietario los productos derivados de sus tejidos es inconsistente con la patente existente.⁵⁷

Este razonamiento fue uno sumamente acertado por parte de la Corte Suprema, gracias al esfuerzo invertido en el campo científico para entender los procesos investigativos. Si bien existe un desbalance que repercute en el beneficio de las grandes compañías farmacológicas, es innegable que sus ganancias recaen en la comercialización de los resultados de sus estudios y no en la comercialización de la materia prima.

⁵³ HUBER, *supra* nota 16, en 129.

⁵⁴ SPRANKLING, *supra* nota 2, en 88.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Moore v. Regents of University of California* (1990) 51 Cal.3d 120 [271 Cal. Rptr. 146, 79 P.2d 479].

⁵⁷ Véase U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, US PAT 4438032 (1984); Moore, 141.

IV. ANÁLISIS DE LA TENDENCIA BIOÉTICA Y JURÍDICA EN ESTADOS UNIDOS Y EUROPA

Ha quedado claro que Puerto Rico carece de legislación autóctona que codifique el interés propietario sobre tejidos biológicos de una persona dentro del marco de la biotecnología. Sin embargo, por virtud de la cláusula territorial debidamente ratificada,⁵⁸ las disposiciones federales que regulen las investigaciones biomédicas con sujetos humanos son de aplicación en Puerto Rico. Por tal razón, es necesario recurrir a los estatutos federales de Estados Unidos, reconocido a nivel internacional como la cuna de la bioética,⁵⁹ para arrojar luz sobre la controversia que nos concierne.

Según estas disposiciones federales, el principal requisito para que los sujetos humanos participen de las investigaciones es que los investigadores les provean información detallada y suficiente como para que las personas accedan libre y voluntariamente a la contribución.⁶⁰ Los estatutos no mencionan nada acerca de los posibles derechos propietarios sobre el material humano utilizado. Incluso, el único inciso que provee cabida para algún tipo de compensación por la aportación en el estudio establece que solamente será posible remunerar a los participantes cuando las investigaciones conlleven riesgos más allá de los mínimos.⁶¹

Como todo estatuto creado por la legislatura, solo es cuestión de tiempo para que los tribunales reciban una controversia que rete las disposiciones. El caso más reciente que responde a este desafío y resuelve que no existe derecho propietario sobre tejidos extirpados es *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*⁶² Allí, un grupo de padres contactaron a un investigador para que intentara identificar la secuencia genética responsable de un síndrome fatal que afectaba a infantes. El científico aisló con éxito la secuencia en cuestión y luego patentizó todas las actividades relacionadas a su diagnóstico, tratamiento e investigaciones. Al evaluar los méritos de la acción instada por el grupo de padres en cuanto al interés propietario sobre el tejido donado, el tribunal determinó que la naturaleza altruista de la transacción demuestra la inexistente expectativa de recibir el tejido de vuelta. Por lo tanto, los donantes no tenían un interés propietario real sobre este tejido.

Ahora bien, el caso más estudiado y persuasivo fue *Moore v. Regents of University of California*, en el que la Corte Suprema de California determinó que no existen derechos propietarios sobre el material humano donado. En *Moore*, el demandante sufría de una leucemia que producía un exceso de células blancas en la

⁵⁸ *Pueblo v. Sánchez Valle*, 29 DPR 594 (2015).

⁵⁹ NANCY S. JECKER, ET. AL., *AN INTRODUCTION TO THE HISTORY, METHODS, AND PRACTICE*, 3 (2007).

⁶⁰ 45 CFR §§ 690.116 - 690.117.

⁶¹ 45 CFR § 690.116(6).

⁶² *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*, 264 F.Supp.2d 1064 (S.D. Florida 2003).

sangre. A partir del momento en que los médicos diagnosticaron al demandante, estos tenían intereses investigativos y lucrativos sobre sus tejidos. Luego de exitosas investigaciones, los médicos patentizaron los hallazgos investigativos y no fue hasta que el paciente descubrió el potencial pecuniario de estos resultados que decidió instar una acción para reclamar un por ciento de las ganancias. Ante estos reclamos, la Corte Suprema de California hizo constar que el demandante no tenía la expectativa de recibir su tejido de vuelta luego de extirpado, conforme a los estatutos que atienden los asuntos de materiales biológicos humanos, en vez de las leyes de propiedad personal. Al así hacerlo, la Corte concluyó que estas disposiciones limitan las actividades permitidas con los tejidos extirpados y las restringen a ser descartadas o ser donadas para propósitos investigativos, terapéuticos, educativos o de trasplantes⁶³. En cuanto a las donaciones, como bien hemos mencionado, los estatutos prohíben que los donantes reciban compensaciones por este tipo de transferencias pues son catalogadas como un servicio y no como una venta.⁶⁴ De esa manera, las disposiciones pertinentes eliminan la mayoría de los derechos del paciente atados a la propiedad⁶⁵.

Asimismo, porque el tejido en nada se asemeja al creado y utilizado durante los estudios, tampoco procedía la indemnización a favor del demandante. Es notable que uno de los más importantes planteamientos de la Corte Suprema de California fue la crucial distinción entre el tejido extirpado directamente del demandante (“tejido primario”) y el tejido modificado por los investigadores.⁶⁶ Por lo tanto, el reclamo del demandante careció de méritos.

A pesar de que *Moore* no es vinculante, sus determinaciones han resonado tan lejos como en Australia, España e Inglaterra. La jurisprudencia inglesa, así como la australiana, han reconocido que el derecho de propiedad solo es conferido a tejidos que han adquirido atributos distintos por virtud de destrezas científicas.⁶⁷ En cuanto a la posición estatutaria, tampoco existe ley en estos países que incluya al cuerpo humano dentro de la definición de propiedad. La única disposición que pudiera considerarse a favor de los derechos propietarios sobre material humano se encuentra en Inglaterra, dentro del *Human Fertilization and Embryology Act*⁶⁸. Esta ley se refiere a los gametos provistos por los padres sometidos a tratamientos de fertilización como propiedad. Sin embargo, los tratadistas aclaran que el término se utiliza en su sentido amplio. Por lo tanto, de ninguna manera esto sugiere que el propósito

⁶³ *Moore*, 137.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Moore*, 140-141.

⁶⁶ *Moore*, 141.

⁶⁷ EDOZIEN, *supra* nota 22, en 169.

⁶⁸ *Human Fertilization and Embryology Act* 2008, c. 22 (Eng.).

de la legislatura era conferir derechos propietarios sobre los gametos y embriones cobijados bajo el término.⁶⁹

En España existen disposiciones que extienden el derecho de autodeterminación de los pacientes a los tejidos extirpados. La Ley 3/2009 de Murcia⁷⁰ establece que quien se someta a una extracción de tejidos en los centros de salud, tiene derecho a disponer de preparaciones de sus tejidos de manera que se le facilite una segunda opinión profesional. Ello, a menos de que el paciente solicite expresamente la destrucción del material. Quiere esto decir que el único poder que concede el estatuto a las personas sobre el tejido extirpado se limita a una reducida gama de opciones: solicitar una muestra para propósitos de segundas opiniones o descartarlo.

Al tratar el tema de la compensación por donaciones, la Ley Núm. 14-2007 de Investigación Biomédica⁷¹ dispone de manera expresa que la donación y utilización de muestras biológicas humanas será gratuita, prohibiendo así las donaciones de carácter lucrativo o comercial. Añade el estatuto que las donaciones implican la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse directa o indirectamente de las investigaciones que se realicen con las muestras. Por lo tanto, tampoco da lugar a que el donante retenga intereses propietarios sobre los tejidos transferidos⁷².

En síntesis, la autodeterminación sobre dicho tejido se limita a: (1) ofrecerle al paciente la oportunidad de transferirlo a otra institución médica para una segunda opinión; (2) descartarlo; o (3) donarlo para fines investigativos, reiterando la prohibición en cuanto a la retención de derechos propietarios sobre los tejidos.⁷³

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En la actualidad, los estatutos pertinentes apuntan a que el cuerpo humano posee el más alto grado de respeto y deferencia. Esta tendencia no se circunscribe a la jurisdicción puertorriqueña. Más bien, se trata de un consenso internacional. Para cumplir con este propósito, el Estado intenta salvaguardar fervientemente los derechos que garantizan la libertad y autonomía de la persona sobre sí misma. Sin embargo, la ejecución de esta postura permite interpretar que el cuerpo humano es más

⁶⁹ EDOZIEN, *supra* nota 22, en 171-172.

⁷⁰ Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia, «BOE» núm. 34, de 9 de febrero de 2011 (España).

⁷¹ Ley 14/2007 de Investigación Biomédica, «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007 (España).

⁷² Véase Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz, *Relación sanitaria e información: Derecho y salud. Estudios de bioderecho*, 332-333, 338 (2013); Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de julio de 2007, núm. 14, 28826-28848, <http://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/pdfs/A28826-28848.pdf> (1 de abril de 2016).

⁷³ *Id.*

bien un objeto altamente regulado por el Estado. Ello así, pues tales disposiciones limitan las actividades permisibles de las personas con sus cuerpos y componentes. En ocasiones, esto da lugar a inferencias razonables y válidas. Entre ellas, sugiere que la balanza de la justicia no es equitativa, pues admite que las compañías farmacéuticas capitalicen material biológico humano. Las personas como individuos, en cambio, no pueden someter sus respectivos cuerpos a las permisibilidades del comercio. Como consecuencia, esta línea de pensamiento predispone la parcialización a favor de los sujetos y en contra del Estado y de los grandes intereses.

Así sucede cuando cualquier persona prudente y razonable conoce la historia de Henrietta Lacks. La mujer afroamericana fue paciente de cáncer cervical en el 1951.⁷⁴ Al poco tiempo de su muerte, los doctores se percataron de que las células malignas que extirparon de Henrietta prosperaban en un ambiente artificial, fuera de un organismo vivo.⁷⁵ A partir de esas células, los científicos desarrollaron un linaje de células sin su consentimiento que aún subsiste y que ha sido utilizado en un sinnúmero de estudios.⁷⁶ No obstante, las grandes contribuciones científicas logradas mediante el uso de este linaje no han sido suficientes para darle a Henrietta el reconocimiento que amerita.⁷⁷ Como consecuencia, el caso se mantuvo en la sombra por más de 30 años.⁷⁸ Empero, la controversia cobró fuerzas recientemente debido a que (1) la comunidad científica había unido esfuerzos para mantener la situación en secreto⁷⁹, (2) una periodista publicó la historia de Henrietta Lacks y la convirtió en un *Best Seller*⁸⁰ y (3) el *National Institutes of Health* finalmente llegó a un acuerdo con la familia de la señora Lacks en el que le otorgaron a los familiares cierto control sobre cómo se estará utilizando el genoma de su linaje.⁸¹ Esto último es de suma pertinencia cuando hablamos de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, pues investigadores ya han codificado y publicado el genoma completo de Henrietta.⁸²

⁷⁴ Carl Zimmer, *A Family Consents to a Medical Gift, 62 Years Later*, THE NEW YORK TIMES (7 de agosto de 2013), <http://www.nytimes.com/2013/08/08/science/after-decades-of-research-henrietta-lacks-family-is-asked-for-consent.html>.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Ewen Callaway, *Deal Done Over HeLa Cell Line*, NATURE (7 de agosto de 2013), <http://www.nature.com/news/deal-done-over-hela-cell-line-1.13511>.

⁷⁹ Sarah Zielinski, *Cracking the Code of the Human Genome: Henrietta Lacks' 'Immortal' Cells*, SMITHSONIAN.COM (22 de enero de 2010), <http://www.smithsonianmag.com/science-nature/henrietta-lacks-immortal-cells-6421299/>.

⁸⁰ Rebecca Skloot, *About The Immortal Life of Henrietta Lacks*, <http://rebeccaskloot.com/the-immortal-life/> (visitado por última vez el 7 de abril de 2017).

⁸¹ Zimmer, *supra* nota 74.

⁸² Jonathan J. M. Landry, et. al., *The Genomic and Transcriptomic Landscape of a HeLa Cell Line*, GENETIC SOCIETY OF AMERICA (11 de marzo de 2013), <http://www.g3journal.org/content/ggg/early/2013/03/26/g3.113.005777.full.pdf>.

El hecho de que las compañías farmacéuticas devengaron millones de dólares por la comercialización del linaje mientras la familia de Henrietta vivía en condiciones paupérrimas⁸³ es una violación y fracaso craso a la justicia. Pero el mensaje se ve frustrado al descontextualizar el caso. Y es que, en palabras de la propia autora de *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, la historia de Henrietta suele usarse como un ejemplo más de cómo un “científico blanco y racista” le hace daño a una mujer afroamericana.⁸⁴ Sin embargo, la autora aclara que la historia es mucho más sutil y complicada que esto.⁸⁵ Aunque la influencia de la raza y el sexo de Henrietta es innegable, ello no implica que un asunto colateral pueda desvirtuar la controversia medular. Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico haga el mayor de sus esfuerzos para estar al tanto de las exigencias de la ciencia, dicho esfuerzo resulta insuficiente. Ello así, pues, ni las disposiciones vigentes ni las propuestas legislativas actuales le concederían a Henrietta el derecho propietario sobre el linaje HeLa.

Lo antes expuesto demuestra que existe una gran laguna en nuestro ordenamiento jurídico que amerita que se arroje luz sobre ella. Para ello, es menester reconocer que si el cuerpo humano no tiene cabida en la definición de propiedad cuando el sujeto es la persona, tampoco tiene cabida en la definición de propiedad cuando el sujeto es el Estado. La situación amerita la creación de estatutos especializados que sean cónsonos con la visión de que el cuerpo humano es una extensión de la persona y no un objeto; estatutos que no vayan en contra del libre ejercicio de la voluntad de la persona sobre el único medio que hace la vida posible: su cuerpo. De lo contrario, el ordenamiento jurídico perpetuaría que la persona se reduzca a un mero poseedor y el cuerpo humano, a una propiedad cuyo dueño real es el Estado.

⁸³ Joanna Moorhead, *Henrietta Lacks: the mother of modern medicine*, THE GUARDIAN (23 de junio de 2010), <https://www.theguardian.com/science/2010/jun/23/henrietta-lacks-cells-medical-advances>.

⁸⁴ Zielinski, *supra* nota 79.

⁸⁵ *Id.*

POBREZA Y CRIMINALIZACIÓN EN LA POBLACIÓN TRANS

CHRISTIAN RÍOS VALLEJO¹

RESUMEN

La criminalización de ciertas conductas no puede mirarse en un vacío, sino que debe mirarse a partir de un contexto particular. Suele existir una correlación entre el fenómeno de la pobreza y la criminalidad. Las condiciones que se crean en los sectores de pobreza conllevan que ciertos individuos recurran a la práctica de conductas delictivas como única forma de sobrevivencia. La marginación, la exclusión, el discrimen y otros problemas al interior de la pobreza, impulsan a personas de la población trans a recurrir a la ilegalidad y la comisión de delitos -como la prostitución- para atender sus necesidades y sobrevivir la crisis económica. Esa correlación se puede describir como un ciclo de violencia que comienza con una pobreza producto del discrimen y la exclusión, y que acaba con la criminalización perversa de un sector tan vulnerable en la sociedad, tal y como lo suelen ser las personas de la población trans.

Palabras clave: Teoría Queer, Comunidad Trans, LGBTTIQ, Pobreza, Criminalización, Prostitución.

ABSTRACT

The criminalization of certain behaviors should be viewed from a context. There is often a correlation between the phenomenon of poverty and criminality. The conditions created by the phenomenon of poverty, push certain individuals to the practice of criminal offenses as the only means of survival. Marginalization, exclusion, discrimination and other problems within poverty, impel people of the trans community to resort to illegality and the commission of crimes -such as prostitution- to meet their needs and survive the economic crisis. This correlation can be described as a cycle of violence that begins with poverty, because of the discrimination and exclusion, and ends with the perverse criminalization of a vulnerable sector in society, as people in the trans community are.

Keywords: Queer Theory, Trans Community, LGBTTIQ, Poverty, Criminalization, Prostitution.

¹ Estudiante en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

ARTÍCULO

“Ellas se las resuelven a tenor con las fisuras del sistema”.

-Lcdo. Joel Ayala Martínez

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente la comunidad trans ha sido víctima de un constante proceso de violencia y exclusión.² Esto, a su vez, mantiene a las personas trans en un estado de vulnerabilidad y desventaja.³ La violencia a la cual se exponen tiene muchos matices. Por ejemplo: la falta de legislación que atienda las necesidades de esta comunidad, las condiciones de empobrecimiento en que se encuentran por el discrimen, el prejuicio social que afrontan y la falta de visibilidad política.⁴ Estas problemáticas propician que personas trans recurran a la ilegalidad para sobrevivir y atender sus necesidades, siendo la prostitución una de las alternativas más utilizadas.⁵

La comunidad transexual en Puerto Rico no es la excepción a este fenómeno de violencia.⁶ En los últimos años, el activismo gay ha denunciado la dejadez del Estado para garantizar plenamente los derechos y seguridad de esta comunidad.⁷ De igual forma, vemos un incremento desproporcional en intervenciones policíacas con personas trans que se dedican al trabajo sexual. Ese proceso de criminalización lo podemos insertar en un ciclo de violencia y exclusión que se inicia por el discrimen, producto de una falta de recursos y de acceso a oportunidades.

En este escrito pretendo analizar ese ciclo de violencia a partir del fenómeno de la pobreza y la criminalización de la prostitución, como formas perjudiciales en que se perjudican muchas personas de la población trans. En la primera parte,

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX EN AMÉRICA 100 (2015), <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

³ JOEL AYALA MARTÍNEZ *ET AL.*, SEMINARIO: CRÍMENES DE ODIOS, ACADEMIA JUDICIAL PUERTORRIQUEÑA (18 de mayo 2012).

⁴ Julia C. Oparah, *Feminism and the (Trans)gender Entrapment of Gender non-Conforming Prisoners*, 18 UCLA WOMEN'S L.J. 239, 258 (2010-2012).

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 1, en la pág. 217.

⁶ Ariadna M. Godreau- Aubert, *Cap. VII: Acceso a la justicia*, en INFORME PRESENTADO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 175-78 (Keila Toledo Nieves & Jessica Pérez Salazar eds., 2016), <https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2016/04/final-informe-audiencia-pucc81blica-pr-4-de-abril-2016-2.pdf>. Sheilla Lee Rodríguez Madera, *TRANS-acciones de la carne: Criminalización de mujeres Tran- puertorriqueñas que ejercen el trabajo sexual*, en REGISTROS CRIMINOLÓGICOS CONTEMPORÁNEOS 107-149 (Sonia M. Serrano Rivera ed., 2012).

⁷ Olga Orraca Paredes, Comentarios sobre el P. de la C. 488, Cámara de Representantes de Puerto Rico (17 de abril de 2013).

discutiré el fenómeno de la pobreza y las condiciones en que se encuentra un gran sector de la comunidad trans. En la segunda parte, profundizaré sobre la relación entre pobreza y criminalidad, en particular, la criminalización del trabajo sexual. En la tercera parte, puntualizaré algunos conceptos básicos sobre género e identidad sexual. Luego, expondré algunas de las condiciones que hacen a la comunidad trans una de las más vulnerables y marginadas dentro de la comunidad LGBTTIQ. Entre estas condiciones podemos mencionar: la falta de acceso a la salud, discriminación en el ámbito laboral, falta de acceso político, falta de visibilidad y la violencia a la cual se exponen diariamente.⁸ En la cuarta parte, utilizaré lo discutido en las partes anteriores para aplicarlo al caso de Puerto Rico, y mediante el análisis de reportes policíacos, informes de tribunales, reportajes de medios noticiosos y entrevistas, intentaré mostrar como el discrimin, atado al fenómeno de la pobreza, lleva a un sector de la población trans a recurrir a la ilegalidad para sobrevivir. En la quinta parte, concluiré con una serie de recomendaciones y propuestas para atender las necesidades y problemas que aquejan a esta comunidad.

II. COMUNIDAD TRANS

El grupo de estudio que estaremos analizando a través de este escrito son los individuos transgéneros y transexuales. Hay una confusión en la forma de entender estos dos conceptos.⁹ Existe un consenso entre los estudios de género por definir el concepto trasgénero como:

[A]n umbrella term used to cover transsexuals, cross- dressers, and transgender people. Transgender generally means that a person's physiological sex is at odds with his or her psychological view of his or her sex. Being transgender is not the equivalent of being a homosexual. Sexual orientation describes the sex a person is attracted to, while transgender describes the "disjunction between an individual's sexual organs and sexual identity."¹⁰

Las personas transexuales, aunque están dentro de esta sombrilla, son quienes conciben que su identidad y expresión de género no concuerdan con su sexo biológico.

⁸ Taylor Flynn, *Transforming the debate: Why we need to include transgender rights in the struggles for sex and sexual orientation equality*, 101 COLUM. L. REV. 392, 393 (2001).

⁹ Barbara F. Anderson, *Therapeutic Issues in Working with Transgendered Clients*, in CURRENT CONCEPTS IN TRANSGENDER IDENTITY 215 (Dallas Dcny ed., 1998).

¹⁰ Katie Koch & Richard Bales, *Transgender Employment Discrimination*, 17 UCLA Women's L.J. 243, 247-48 (2008). Véase, además, Oparah, *supra* nota 3, en la pág. 244; Orraca Pare-des, *supra* nota 7; Flynn, *supra* nota 7, en la pág. 392, y en la Orden General- 624 de la Policía de Puerto Rico (2015), <https://www.scribd.com/doc/293047756/Lgbt-Policia>.

gico. Por esto, algunos deciden someterse a operaciones e intervenciones médicas. Por otro lado, hay personas trans que no necesariamente conciben un cambio de genitales u órganos sexuales como el medio para poder expresar su identidad de género, sino que recurren a medidas de transformación no médicas.¹¹ Para fines de este escrito utilizaremos el concepto comunidad o población trans para abarcar todas las variaciones que existen.

Como mencioné anteriormente, la población trans es una de las más vulnerables y marginadas dentro de la comunidad gay, por lo que se exponen a un estado perpetuo de invisibilidad.¹² Entre las problemáticas que enfrentan la población trans vemos: (1) falta de acceso a tratamientos médicos por los altos costos y la ausencia de estos en las facilidades públicas, (2) el discrimen en el ámbito laboral, (3) la falta de acceso político, (4) falta de visibilidad sobre las dificultades que enfrentan, y (5) la violencia a la cual están expuestos diariamente.¹³ En cuanto a tratamientos médicos, tenemos que la falta de acceso a hormonas y de personal médico capacitado, atado a la escasez de centros especializados y los altos costos de tratamientos, son algunos de los asuntos más apremiantes. Por otro lado, el discrimen en el ámbito laboral es una de las razones principales por las cuales muchas personas de la población trans tienen que recurrir a la prostitución para poder sobrevivir.¹⁴ El discrimen en el empleo se da por múltiples razones, entre estas: no haber completado cambio de sexo, problemas con la documentación legal y apariencia, el prejuicio de los patronos y compañeros de trabajo y hasta los problemas con el acceso a instalaciones sanitarias.¹⁵

Es importante mencionar que el discrimen no es tan solo laboral, sino que abarca otros aspectos de la vida de una persona trans. Nos dice Taylor Flynn al respecto que:

Transgender discrimination permeates every aspect of daily life, whether in the job (such as workplace harassment, the denial of a promotion, or a termination of employment), in the heightened risk of violence (such as rape), or in the home (such as the potential for discriminatory implementation of marriage laws and custody determinations).¹⁶

Otro reto que enfrentan es la falta de acceso a servicios y ayudas gubernamentales. Al solicitar programas de asistencia económica o vivienda, muchas personas

¹¹ Oparah, *supra* nota 3, en la pág. 247.

¹² AYALA MARTÍNEZ ET AL., *supra* nota 2.

¹³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 1.

¹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 1.

¹⁵ Kylar W. Broadus, *The Evolution of Employment Discrimination Protections for Transgender People*, in TRANSSEXUAL RIGHTS 93 (Paisley Currah et al. eds., 2006).

¹⁶ Flynn, *supra* nota 7, en la pág. 393.

trans experimentan obstáculos para cualificar. Esto, debido a que muchas veces en los documentos legales no se refleja la realidad física de quien solicita.¹⁷ Para muchos de estos programas, el género y el sexo de las personas juegan un rol fundamental, lo que dificulta que las personas trans pobres puedan cualificar debido a la inconsistencia en los documentos con la apariencia física. Sobre esto, Dean Spade señala: “Economic and educational opportunity remain inaccessible to gender transgressive people because of severe and persistent discrimination . . . [F]or low income people . . . the gender regulation of the economy is felt even more sharply”.¹⁸ La falta de acceso a estas ayudas, junto a la falta de empleo y de la posibilidad de generar dinero legítimamente, crean las condiciones necesarias para que estos sujetos vean las actividades ilegales como medios posible de atender sus necesidades y sobrevivir.¹⁹

Otro problema que enfrenan es que existe un vacío de leyes- o una aplicación defectuosa de las leyes existentes- para proteger y atender las necesidades de personas trans.²⁰ A esto se le añade la indiferencia de los estados por visibilizar los problemas de esta comunidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha identificado una dejadez institucional por parte de las agencias de gobierno en muchos países.²¹ Esta situación agudiza el problema de la *invisibilización cotidiana* de la cual son víctimas las personas trans.²² Por último, la violencia a la cual se exponen diariamente, no se refiere tan solo a la falta de acceso y el discrimen que experimentan, sino que también a los actos de violencia física y sexual. Esta violencia alcanza su peor estado cuando se desatan los crímenes de odio.²³

III. FENÓMENO DE LA POBREZA

Históricamente la pobreza y la desigualdad se han traducido en marginación, exclusión e invisibilidad. Podemos definir la pobreza como:

[S]ituación en que las personas o las familias carecen de los recursos económicos propios . . . [y] suficientes para satisfacer necesidades básicas o adquiridas y para lograr un desarrollo personal y una

¹⁷ Dean Spade, *Compliance is Gendered: Struggling for Gender Self-Determination in a Hostile Economy*, in TRANSGENDER RIGHTS 219 (Paisley Currah et al. eds., 2006).

¹⁸ *Id.* en las págs. 218-19.

¹⁹ Oparah, *supra* nota 3, en la pág. 258.

²⁰ Flynn, *supra* nota 7, en la pág. 393.

²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 1, en las págs. 79-81.

²² *Id.* en la pág. 82.

²³ Véase COORDINADORA PAZ PARA LA MUJER, LA AGRESIÓN SEXUAL Y LAS COMUNIDADES LGBTQ, <http://www.pazparalamujer.org/index.php/recursos/materiales>.

calidad de vida al nivel considerado como adecuado en concordancia al desarrollo económico y social alcanzado por la sociedad en que viven.²⁴

Aquellos que se encuentran en la pobreza no tan solo tienen una falta de bienes materiales, sino que tienen problemas para acceder al espacio político y adquirir el capital político necesario para participar en los procesos.²⁵ La pobreza está ligada con el sistema económico y el arreglo social que se impulsa en una sociedad.²⁶ Estudios recientes señalan que en Puerto Rico los niveles de pobreza son altísimos.²⁷ Cuando la pobreza se vuelve en un estado permanente para ciertos sectores, no habiendo movilidad social, se vuelve un problema que nos compete a todos. El filósofo alemán, Karl Marx, identificaba a los sujetos históricamente excluidos y en un estado de pobreza permanente como *lumpen proletariado*:

Marx se refería al lumpen proletariado para designar a un sector de la población a quienes se les ha negado una forma legítima de ganarse la vida y que por tanto sucumben en las áreas del crimen y las condiciones que en estas prevalecen. Hoy día, estaría constituido por aquellos que ganan su sustento en el robo, la *prostitución*, el tráfico de drogas, como mendigos, y muchas otras acciones . . . El lumpen proletariado está compuesto por aquellos que han hecho de la ilegitimidad su forma de vida.²⁸

A estos sectores se les cierran las puertas para mejorar sus condiciones de vida y se les niega la participación en la fuerza laboral legítima, sometiéndoles a un es-

²⁴ NORMA RODRÍGUEZ ROLDAN, POBREZA EN PUERTO RICO: UNA MIRADA DESDE LAS EXPERIENCIAS DE LAS PERSONAS QUE HABITAN SECTORES EMPOBRECIDOS 21 (2014).

²⁵ LINDA COLÓN REYES, POBREZA EN PUERTO RICO: RADIOGRAFÍA DEL PROYECTO AMERICANO 30-34 (2005).

²⁶ CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, HUMAN RIGHTS AND POVERTY: IS POVERTY A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS? 6 (2009), <http://www.ccsr.org/downloads/CESR%20Briefing%20-%20Human%20Rights%20and%20Poverty%20-%20Draft%20December%202009.pdf>.

²⁷ “El porcentaje de personas bajo el nivel de pobreza aumento de un 44.9% registrado en el 2012 a un 46.2% en el 2014”.

Ricardo Cortés Chico, *Se acentúa la pobreza*, EL NUEVO DÍA (18 de septiembre de 2015), <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/seacentualapobreza-2101084/> (última visita 30 de abril de 2016).

²⁸ Véase Linda Colón Reyes, *Lumpen burguesía y lumpen proletariado siglo XXI*, 80 GRADOS (17 de mayo de 2013), <http://www.80grados.net/lumpen-burguesia-y-lumpen-proletariado-en-el-puerto-rico-del-siglo-xxi/#sthash.jlpntGdl.dpuf> (última visita 30 de abril de 2016) (énfasis suplido) (donde se discute a profundidad el concepto de lumpen originalmente propuesto por Karl Marx).

tado perpetuo de pobreza. En este sentido, la pobreza se convierte en una violación sistemática de los derechos de estas personas, en particular, el derecho a una vida digna.²⁹ En el caso de la comunidad trans, ese derecho queda violentado cada vez que se les discrimina en el empleo y se les dificulta solicitar ayudas económicas o cuando no tienen acceso a tratamientos médicos a bajo costo, o simplemente cuando sus oportunidades quedan limitadas por el mero hecho de su identidad. Muchos de los elementos necesarios para una vida digna requieren del acceso a medios legítimos para ganarse la vida. Cuando ese acceso se ve truncado por el discrimen y el prejuicio tenemos que preguntarnos: ¿Qué otras formas existen para atender urgentemente las condiciones de empobrecimiento?

La falta de acceso y el discrimen rampante pueden verse como consecuencias del tratamiento jurídico que reciben estas personas. Otro concepto con el cual podríamos describir la situación de estas personas se refiere a los “*sin- derecho*” de Enrique Dussel. En este sentido, los *sin- derecho* son aquellos que no son reconocidos y están excluidos por el sistema legal, por lo que se encuentran en una situación de grave vulnerabilidad.³⁰ En el caso de las personas trans, podríamos identificarles en la categoría de *lumpen*, por el hecho de que algunos no tienen otras alternativas que no sea la ilegalidad para atender sus necesidades. También se les puede identificar como los *sin- derecho*, ya que como veremos más adelante el sistema legal muchas veces presenta limitaciones y deficiencias para acoger los intereses y las necesidades de estas personas. Cuando colapsa la falta de reconocimiento legal, junto a un proceso de discrimen y exclusión, atado a condiciones precarias, las posibilidades de alcanzar una vida digna se ven seriamente reducidas.

Uno de los problemas que encontramos al abordar el asunto de la pobreza en la población trans es la falta de información. En Puerto Rico, actualmente, no existen muchos estudios e informes que contengan niveles de pobreza entre la población trans o qué factores la causan. Ni tan siquiera tenemos estadísticas de cuantas personas trans hay en la Isla.³¹

²⁹ CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, *supra* nota 25, en la pág. 3.

³⁰ Enrique Dussel, en su libro *Hacia una Filosofía Política Crítica*, nombró a los “*sin- derechos*” como aquellos que en el estado de derecho vigente no están incluidos o reconocidos sus derechos. Por esto se movilizan a un proceso de exigencia donde sus derechos sean reconocidos e incorporados al estado de derecho vigente. ENRIQUE DUSSEL, *HACIA UNA FILOSOFÍA POLÍTICA CRÍTICA* 151 (2001). Las personas trans constituyen ese grupo de sujetos “*sin- derechos*” que acuden a las puertas del sistema legal para que sus derechos sean reconocidos.

³¹ Véase Marcos Billy Guzmán, *Atrapados en la invisibilidad*, EL NUEVO DÍA (24 de septiembre de 2014), <http://www.clnuevodia.com/noticias/locales/nota/atrapadosenlainvisibilidad-1858777/> (última visita 30 de abril de 2016) (donde Sheilla Rodríguez Madera, presidenta de la Asociación de Psicología de Puerto Rico, explica la invisibilidad a partir de un vacío de información en la Isla sobre personas trans).

Sin embargo, por varios estudios internacionales, podemos comprobar que la pobreza en la comunidad trans puertorriqueña, al igual que otros países, se da dentro de un ciclo de violencia y exclusión.³² En la *primera etapa* del ciclo podemos ubicar el discrimen que enfrentan las personas trans: lo vemos en el discrimen laboral, la violencia en sus hogares, las dificultades para cualificar a ayudas del gobierno por su identidad, entre otros hechos. Este discrimen, a su vez, provoca un empobrecimiento en las vidas de estas personas. Ello nos lleva a la *segunda etapa*, donde el estado precario en que se encuentran les impulsa a recurrir al trabajo sexual como un medio de sobrevivencia efectivo. Ya en la *tercera etapa* vemos que al estar penalizado el trabajo sexual, se da un proceso de criminalización constante sobre quienes lo ejercen. Aún más es el caso de la comunidad trans que parece ser el blanco predilecto de las intervenciones y redadas. En la *cuarta etapa*, tenemos el retorno a ser víctimas de un discrimen mayor. Ya que ahora, además de que se les continúa discriminando y marginando por su identidad, se les suma el hecho de que han sido intervenidas criminalmente, lo que empeora las condiciones por las cuales llegaron a vender sus cuerpos en primer lugar.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) ha dado cuenta de este ciclo perverso de violencia y exclusión: “los patrones de discriminación mantienen a las personas en la pobreza, lo que a su vez sirve para perpetuar actitudes y prácticas discriminatorias contra éstas, es decir, la discriminación causa pobreza, pero la pobreza también causa discriminación”.³³ Esa discriminación y exclusión lleva a muchas a recurrir a la ilegalidad para combatir la pobreza.³⁴ Entre estas actividades ilegales, es la prostitución una de las alternativas más utilizadas para sobrevivir y obtener bienes necesarios para la supervivencia.³⁵ Igualmente, en este informe se observó que en países de Latinoamérica:

La exclusión de las personas trans de oportunidades de generación de ingresos y programas de bienestar social tiene como consecuencia altos niveles de pobreza y desempleo, que frecuentemente hace que las personas trans recurran al trabajo sexual. De acuerdo a la información recibida por la CIDH, el 90% de las mujeres trans en Latinoamérica y el Caribe participan en el trabajo sexual como medio de supervivencia y, por consiguiente, enfrentan criminalización directa o indirecta.³⁶

³² Véase la Gráfica 1. Ciclo de Violencia y Exclusión.

³³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 1, en la pág. 217.

³⁴ Oparah, *supra* nota 3, en la pág. 257.

³⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 1, en la pág. 217.

³⁶ *Id.* en la pág. 218.

En las próximas secciones discutiré otras etapas de ese ciclo de violencia y exclusión y cuáles son los factores que propician un desplazamiento al mundo de la prostitución. Veremos como la pobreza no es el factor principal para que estas personas entren al mundo de la prostitución, sino que el discrimen y la marginación juegan un rol importante.

IV. CRIMINALIZACIÓN

La criminalidad y la pobreza se encuentran estrechamente relacionadas. Históricamente, el Estado se ha valido del sistema legal y de la criminalización para controlar y regular la conducta de los ciudadanos. El efecto de la criminalización no se observa por igual entre todos los ciudadanos. El mejor ejemplo de esto es observar dónde se realizan las intervenciones policíacas. En las redadas por drogas y prostitución podemos ver que los sujetos intervenidos provienen mayormente de sectores marginados. De igual forma, la mayoría de los lugares donde se dan estas intervenciones son en barriadas, barrios, residenciales y comunidades. Es decir, lugares históricamente relacionados al problema de la pobreza. En este sentido, la criminalización de ciertos actos le permite al estado la posibilidad de intervenir con unos sujetos en particular. En palabras de la profesora Madeline Román: “Es evidente . . . que el delito es un fenómeno vinculado a la pobreza en tanto proyecto político del Estado y [como] una discursividad que se ha constituido históricamente como punta de lanza de los sectores de poder contra el conjunto de los sectores subordinados”.³⁷

El aparato represivo del estado se compone de un sistema legal y de una serie de leyes y estatutos que justifican la intervención con aquellos sujetos que se desvían de la norma y del orden establecido.³⁸ La criminalización de la población trans, se da a partir de la prohibición e intervención con una de las pocas actividades económicas que les sirven de alternativa a estos sujetos para sobrellevar el empobrecimiento en que se encuentran, entiéndase la prostitución o el trabajo sexual.³⁹

A través de las épocas, la prostitución ha sido rechazada y repudiada moral y políticamente, no obstante, ha servido como un medio lucrativo para ciertos sectores.⁴⁰

³⁷ MADELINE ROMÁN, ESTADO Y CRIMINALIDAD EN PUERTO RICO 6 (1993).

³⁸ GARY GUTIÉRREZ-RENTA, EXCLUSION Y VIOLENCIA: BREVE MIRADA A LA CRIMINALIDAD “CONSTESTARIA” EN EL PUERTO RICO DEL SIGLO XXI 23 (2014).

³⁹ MADELINE ROMÁN, LO CRIMINAL Y OTROS RELATOS DE INGOBERNABILIDAD 42 (1993).

⁴⁰ Es importante destacar el debate en torno a prostitución o trabajo sexual. Para fines de este trabajo utilizaremos indistintamente los conceptos, pero teniendo en cuenta que el segundo ha sido utilizado por un sector activista y académico como una forma de que se incorpore la actividad sexual al trabajo asalariado, con lo que esto representa. Para un análisis de este debate, véase: Paul B. preciado, Derecho al trabajo sexual, PAROLE DE QUEER, (<http://paroledequeer.blogspot.com/2014/11/derecho-al-trabajo-sexual-por-beatriz.html>) (última visita 30 de abril de 2016). Por otro lado, observamos el debate entre legalizar o descriminalizar, el cual es muy relevante, pero excede los fines de este escrito. Véase, además, JOHN F. DECKER, PROSTITUTION: REGULATION AND CONTROL 456-62 (1979).

Generalmente, la prostitución se define como: “the exchange of sexual activity- including but not always limited to sexual intercourse, oral sex, anal sex, or assisted masturbation- for money or other financial compensation”.⁴¹ En muchas instancias se ha intentado reprimir, pero siempre ha existido al margen de la legalidad y en otras ocasiones con poca o ninguna intervención del Estado.⁴² Para John F. Decker entre los motivos para intervenir legalmente con la prostitución se encuentran:

(1) protection of the conventional morality, (2) a humanistic concern for the prostitute, (3) a humanistic concern for the “exploited” customer, (4) prevention of incidental crime, (5) control of the criminal culture which surrounds and flourishes on prostitution, (6) protection of juveniles who may be attracted to this occupation, (7) abatement of a “public nuisance”, (8) a humanistic concern for the prostitute’s family, particularly the prostitute’s children, (9) limiting evasion of income tax laws, and (10) prevention of venereal disease.⁴³

Entre las leyes que criminalizan la prostitución se adentran argumentos de índole moral y políticos.⁴⁴ En el caso de la prostitución de personas trans, vemos que, además de estos motivos, se añade el repudio a su identidad sexual.⁴⁵

La criminalización de la prostitución se convierte en una acción violenta por parte del Estado en el momento en que se castiga la única fuente de ingreso para personas trans y los efectos que esto tiene sobre la oportunidad de estas personas para acceder empleo, servicios y ayudas. Por un lado, vemos que se les cierra las posibilidades de ganarse la vida y de acceder a medios económicos legítimos, y por otro, se les penaliza por ejercer una de las pocas actividades económicas que les

⁴¹ Danielle Augustson & Alyssa George, *Prostitution and Sex Work*, 16 GEO. J. GENDER & L. 229, 233 (2015).

⁴² Para un análisis histórico sobre la prostitución, véase DECKER, *supra* nota 39, en las págs. 27-78.

⁴³ *Id.* en la pág. 273.

⁴⁴ Sobre el asunto de la moral y la criminalización de la prostitución se ha dicho: “El Código Penal es un bestiario, repleto de delitos que responden a una moral totalizante que se niega a morir y que parece resucitar con más ahínco de cuando en vez. La permanencia de delitos como el adulterio, el aborto y la prostitución es un bastión vivo de una época donde el Estado podía legítimamente desbordar su violencia sobre el cuerpo de la mujer para establecer los parámetros de la moral y la vida social ordenada.”

Ariadna M. Godreau- Aubert, *Prostitutas enredadas, miedo y demonización*, 80 GRADOS (15 de agosto de 2014), <http://www.80grados.net/prostitutas-enredadas-miedo-y-demonizacion/#sthash.FXvhxc5.dpuf> (última visita 30 de abril de 2016).

⁴⁵ Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *supra* nota 1.

quedan disponible ante la penosa realidad que enfrentan. Ese proceso de criminalización tiene otros efectos adversos sobre la vida y seguridad de estas personas. Por ejemplo, cuando recurren a la policía para protegerse de crímenes y actos violentos y sus reclamos no son atendidos adecuadamente.⁴⁶ Debido a esto, muchas personas trans han expresado sentirse víctimas y desatendidas por el aparato legal.⁴⁷

V. PUERTO RICO

En nuestro ordenamiento existen varias disposiciones que penalizan la prostitución. El Artículo 138 del Código Penal dice:

Toda persona que sostenga, acepte, ofrezca o solicite sostener relaciones sexuales con otra persona por dinero o estipendio, remuneración o cualquier forma de pago, incurrirá en delito menos grave. A los efectos de este Artículo, no se considerará como defensa el sexo de las partes que sostengan, acepten, ofrezcan o soliciten sostener relaciones sexuales.⁴⁸

La persona que sea encontrada culpable bajo los Artículos 138 y 139 será procesada por un delito menos grave y podría enfrentarse a penas de reclusión, penas de multa o penas de restricción domiciliaria o servicio comunitario.⁴⁹ Bajo otras disposiciones del Código Penal, pueden ser halladas culpables las personas que provean el espacio para llevar acabo la actividad y las personas que manejan los servicios de prostitución.⁵⁰ Al momento de realizar este escrito, encontré que no existen en las agencias de Puerto Rico datos, informes o reportes oficiales donde se identifiquen cuántas personas de la población trans han sido detenidas en redadas por prostitución. Lo único que está disponible son los Anuarios Estadísticos de la Rama Judicial de Puerto Rico (en adelante, “Anuarios”) y algunas estadísticas del Negociado de Drogas, Narcóticos, Control del Vicio y Armas Ilegales (en adelante,

⁴⁶ En palabras de Augustson y George:

Criminalization isolates sex workers from the legal protection afforded to workers in other work environments, making it more difficult for sex workers who are victims of violent crime—such as assault, rape, or robbery—to report the crimes to the police. Sex workers often face abuse from both clients and pimps, yet are deterred from reporting this abuse for fear of facing prosecution themselves.

Augustson & George, *supra* nota 40, en la pág. 258.

⁴⁷ GODREAU- AUBERT, *supra* nota 5, en las págs. 175-78.

⁴⁸ CÓD. PEN. PR art. 79, 33 LPRA § 5199 (2010 & Supl. 2015).

⁴⁹ CÓD. PEN. PR art. 7, 33 LPRA § 5022 (2010 & Supl. 2015).

⁵⁰ CÓD. PEN. PR art. 80, 33 LPRA § 5200 (2010 & Supl. 2015) y CÓD. PEN. PR arts. 82, 142, 33 LPRA §§ 5202, 5203 (2010 & Supl. 2015).

“Negociado”). El Negociado es la división de la Policía de Puerto Rico a cargo de llevar a cabo las redadas de prostitución.

Los Anuarios tienen el propósito de mantener al país informado sobre el funcionamiento de la Rama Judicial.⁵¹, y nos permiten ver cuántos casos por prostitución han sido traídos ante tribunales y la forma en que se atienden. Estos tienen la limitación de no describir ni detallar información sobre los casos. Entiéndase que identifican la identidad de género o sexual de las personas acusadas, por lo tanto, no podemos conocer cuántas personas de la población trans son acusadas y llevadas ante un tribunal por prostitución. Por su parte, las estadísticas del Negociado tienen la limitación de no contar con una variable de identidad de género o sexual, por lo tanto, se desconoce la cantidad de personas trans han sido detenidas. No obstante, los datos a continuación funcionan para ver cuál ha sido el tratamiento que recibe el delito por prostitución en Puerto Rico. Como podemos observar en la Tabla 1,⁵² a pesar de que entre el año 2009 y el año 2014 hubo un número alto de condenas, los tribunales mostraron una tendencia cada vez menor a encontrar a un acusado culpable por el delito de prostitución.⁵³ Y en caso de encontrar culpable al acusado, los tribunales acudieron a medios menos onerosos que la prisión para imponer sentencias.⁵⁴ Algunos factores que inciden sobre estos resultados son: la labor de los fiscales, la prueba presentada, testimonio de policías que intervinieron, delitos previos de la persona acusada, entre otros. Por otro lado, las estadísticas del Negociado, permiten ver cuántas personas fueron detenidas por prostitución durante los años 2014 y 2015.⁵⁵

⁵¹ Para acceder a los enlaces de los Anuario Estadístico desde 2009, véase <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/informes/>.

⁵² Véase la Tabla 1. Casos de Prostitución Presentados en el Tribunal De Primera Instancia: Años 2009-2014 en el Anexo 4.

⁵³ Sobre esto la licenciada Godreau- Aubert ha dicho: “Los encausamientos por el delito de prostitución suelen no tener consecuencias mayores. Un por ciento insignificante de estos prospera y los que sí lo hacen suelen culminar en una multa y un sermón aleccionador para la infractora”. Véase Ariadna M. Godreau- Aubert, *Prostitutas enredadas, miedo y demonización*, 80 GRADOS (15 de agosto de 2014), <http://www.80grados.net/prostitutas-enredadas-miedo-y-demonizacion/#sthash.fXvhxc5.dpuf> (última visita 30 de abril de 2016). Véase, además, la Gráfica 2. Casos de Prostitución en el Tribunal de Primera Instancia: Años 2009-2014 en el Anexo 2 (donde se puede ver cómo ha disminuido la cantidad de casos por prostitución que se atienden en los tribunales).

⁵⁴ En el Perfil del Confinado 2015, publicado por el Departamento de Corrección y Rehabilitación, se encontró que entre la población confinada para el año 2015 solamente hay una persona confinada por el delito de prostitución. DEPARTAMENTO DE CORRECCIÓN Y REHABILITACIÓN, PERFIL DE LA POBLACIÓN CONFINADA: AÑO 2015 xii (2015), http://ac.gobierno.pr/correccion/wp-content/uploads/2015/11/perfil_poblacion_confinado2015.pdf.

⁵⁵ Estas estadísticas se me proveyeron por el agente Yammur De La Cruz Rivera. Este me indicó que la variable de identidad sexual no se utiliza, por lo que, no pude obtener una cantidad de personas detenidas trans. Algo que dificulta el alcance de esta investigación.

En las Tablas 2 y 3 se puede observar el número de personas detenidas por género en las diferentes divisiones de la Policía de Puerto Rico.⁵⁶ En la Gráfica 3 podemos visualizar como las mayores intervenciones fueron realizadas en el área de San Juan.⁵⁷ Cuando comparamos los datos de los años 2014 y 2015 de las tablas del Negociado con los datos de la Tabla 1 de los Anuarios, observamos que, a pesar del número alto de personas detenidas, son muy pocas las acusadas y llevadas ante tribunales. Las tendencias y datos reseñados nos permiten cuestionar la utilidad de continuar penalizando la prostitución, ya que se invierte una cantidad de esfuerzos y recursos en redadas que no terminan en nada. ¡Tan solo en intervenir discriminatoriamente con personas trans!

A diario escuchamos y leemos en los medios sobre redadas de prostitución en distintos puntos de la Isla. Algunos ejemplos: “En las avenidas Juan Ponce de León y Manuel Fernández Juncos, en Santurce, y José de Diego, en Río Piedras, los agentes intervinieron con diez transexuales y cinco féminas por solicitar favores sexuales en la vía pública”,⁵⁸ y “Los detenidos, que enfrentarán cargos por ofrecer favores sexuales a cambio de dinero, son tres mujeres y siete varones”.⁵⁹ En estas redadas es muy común encontrar personas transexuales entre las detenidas, sobre todo a mujeres trans, que en Puerto Rico son quienes mayormente recurren a la prostitución.⁶⁰ Las intervenciones se dan en establecimientos de entretenimiento nocturno y por ofrecimientos sexuales en las vías públicas.⁶¹

En un reportaje especial para El Nuevo Día, la activista transexual, Ivana Fred, relató lo siguiente sobre la participación de personas trans en la prostitución: “Sí, en el trabajo de la prostitución. Porque no le quedó otra alternativa y ahora, ya de adulto, comienza a tomar los exámenes (para completar su grado)”.⁶² También,

⁵⁶ Véase Tabla 2. Personas Detenidas por Prostitución: Año 2014 en el Anejo 5. Tabla 3. Personas Detenidas por Prostitución: Año 2014 en el Anejo 6.

⁵⁷ Gráfica 3. Personas Detenidas por Prostitución: Años 2014-2015 en el Anejo 3.

⁵⁸ Maribel Hernández Pérez, *Arrestan a 51 personas por prostitución en San Juan*, PRIMERA HORA (15 de mayo de 2014), <http://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/nota/arrestan51personasporprostitucionensanjuan-1009794/> (última visita 30 de abril de 2016).

⁵⁹ *Detienen a diez personas por prostitución en Caguas*, EL NUEVO DÍA (17 de agosto de 2013), <http://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/detienenadiezpersonasporprostitucionencaguas-1575349/> (última visita 20 de abril de 2016). En Puerto Rico regularmente salen noticias sobre redadas de prostitución en diferentes puntos de la Isla.

⁶⁰ Documental *Mala Mala* de Dan Sickles y Antonio Santini (2014).

⁶¹ Estadísticas sobre personas detenidas en el año 2014 y en el 2015. Las mismas se me proveyeron por el agente Yamir De La Cruz Rivera del Negociado de Drogas, Narcóticos, Control del Vicio y Armas Ilegales.

⁶² Marcos Billy Guzmán, *Las cadenas de una mujer transexual*, EL NUEVO DÍA (23 de septiembre de 2014), <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/lascadenasdeunamujertransexual-1858749/> (última visita 30 de abril de 2016).

dijo: “Hay muchas chicas transexuales que conozco que están educadas y tienen su trabajo (fuera de la prostitución). Pero, de un 100%, sólo el 40 logra conseguir trabajo tradicional. Es una táctica para sobrevivir que, lamentablemente, viene de años”.⁶³ En este mismo reportaje, otra mujer transexual relató:

Yo no podía vivir viéndome como nene. Traté de matarme varias veces y, la última vez que lo intenté, ahí fue que dije: ‘tengo que ser lo que soy: mujer’. Pero, una vez empecé la transición, nadie me quería dar trabajo y no podía parar el tratamiento, así que vendí mi cuerpo para poder vivir. Ese es el precio de mi felicidad.⁶⁴

En comentarios como este -que son muy comunes entre personas trans- percibimos un sentido de rechazo y frustración ante las condiciones que enfrentan estas personas. Recientemente, en el informe que la delegación de Puerto Rico presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se encontró que las mujeres transexuales son víctimas de criminalización, discriminación y abuso institucionalizado.⁶⁵ Sobre la criminalización de las mujeres trans que participan de la prostitución se dijo:

[L]a criminalización de la prostitución resulta en la deshumanización de las trabajadoras sexuales . . . Los procesos criminales contra las trabajadoras y los trabajadores sexuales suelen culminar con la mera imposición de una multa, el Estado insiste en invertir numerosos recursos en perseguir y arrestar a estas personas. Como resultado directo de la criminalización, cuando estas personas sufren violaciones a sus derechos humanos por parte del Estado y de terceros, se ven imposibilitadas de acudir a cuarteles, fiscalías o tribunales para reclamar justicia. Tampoco tienen acceso a reclamar derechos fundamentales como el derecho a la salud, la vivienda o la no-violencia . . . No obstante existe una real preocupación entre trabajadoras sexuales trans sobre las pocas posibilidades de armonizar la criminalización de la prostitución y la brutalidad policiaca contra quienes practican el trabajo sexual con aquellas políticas públicas que intenten crear condiciones de trato digno hacia comunidades transgénero.⁶⁶

En el documental *Mala Mala* de Dan Sickles y Antonio Santini, aparecen algunas de las problemáticas y particularidades de la comunidad trans en Puerto Rico.⁶⁷

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ GODREAU- AUBERT, *supra* nota 5, en las págs. 175-178.

⁶⁶ *Id.* en las págs. 175-76.

A través de las experiencias vividas por nueve personas trans, el documental abarca las consecuencias de una vida diariamente victimizada por el discrimen laboral, los problemas económicos y de acceso político, los problemas familiares, las necesidades médicas, entre otros. Asimismo, aparece un recorrido por las calles de Santurce y es aquí que observamos decenas de mujeres trans en las calles ejerciendo la prostitución. Vemos también a Ivana Fred entregando condones y lubricantes a las mujeres trans en las calles para que se protejan de enfermedades de transmisión sexual. Por su parte, la transexual Denise Rivera narra experiencias con clientes y bajo qué condiciones fue que tuvo que recurrir a la prostitución como una forma de atender las necesidades en que se encontraba.

En el documental también podemos escuchar personas transexuales narrando los problemas y necesidades que muchas organizaciones internacionales han denunciado sobre la protección de la población trans. Por ejemplo, muchas de ellas mencionan problemas cuando van a entrevistas de trabajo y los entrevistadores muestran incomodidad. Otras mencionaron la frustración que sienten al salir a lugares públicos y ser juzgadas con las miradas. Otro hecho en el que coincidieron fue en la falta de tratamientos médicos accesibles.⁶⁸

Otra forma en la que podemos conocer sobre el fenómeno de la prostitución en la comunidad trans es a través de profesionales que han trabajado de cerca con esta población. Por ejemplo, el licenciado Joel Ayala Martínez, quien por más de una década ha estado envuelto en proyectos con personas de la comunidad trans. Para el Lcdo. Ayala uno de los mayores problemas que enfrenta la comunidad trans es la falta de visibilidad y reconocimiento, que se traduce en discrimen estructural. Esto, a su vez, dificulta cualquier intento de abordar el tema de la prostitución en esta comunidad. Durante una entrevista realizada al Lcdo. Ayala, este narró ejemplos y casos de mujeres trans intervenidas semanalmente en redadas. Puso énfasis en cómo se da un tratamiento discriminatorio a mujeres trans en los cuarteles luego de ser detenidas. Asimismo, comentó cómo las mujeres trans tienen que recurrir a persuadir a los policías para que las dejen ir, ya que el acceso a servicios legales es limitado. Sobre factores que conllevan a esta población a ejercer la prostitución, mencionó: “son varios indicadores, pero definitivamente la pobreza, el discrimen, la falta de acceso y problemas familiares son algunos que cualquier chica trans en la calle te podría mencionar si preguntas”. También añadió que el problema de la visibilidad se agudiza por la falta de estadísticas y reportes en las agencias que intervienen y brindan servicios a personas trans.⁶⁹

⁶⁷ Documental *Mala Mala* de Dan Sickles y Antonio Santini (2014).

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Entrevista con Joel Ayala Martínez, asesor legal de la Comisión de Derechos Civiles, en San Juan, Puerto Rico (5 de mayo de 2016).

Por último, debemos repasar cual es el estado de derecho vigente para las personas trans en Puerto Rico. Primero, en Puerto Rico todavía está prohibido enmendar parte de la documentación legal. Esto quedo confirmado por el Tribunal Supremo hace doce años atrás en el caso de *Alexis Delgado Hernández Ex Parte*.⁷⁰ En ese caso, la opinión mayoritaria emplea una metodología formalista para decidir que del estatuto que regula el certificado de nacimiento no se desprende ningún proceso para enmendar el sexo de la persona. Asimismo, invoca la separación de poderes para decidir que le corresponde a la Rama Legislativa permitir el cambio de sexo en el certificado de nacimiento. Esta fue una decisión muy criticada y desacertada para personas de la población transgénero y transexual en Puerto Rico.

Afortunadamente, durante el mes de febrero, la Clínica de Asistencia Legal de la Universidad de Puerto Rico presentó una demanda en el tribunal federal contra el Departamento de Salud y el Gobierno de Puerto Rico para que se le permita a una mujer transexual cambiar su sexo en el certificado nacimiento.⁷¹ La demandante, Lisa Marie, es una mujer transexual que desde el año 1998 ha intentado que se cambie su sexo en el certificado de nacimiento, sin éxito alguno. Si el tribunal fallara a favor de Lisa Marie, la política de no permitir el cambio de sexo en el certificado se daría por terminada. La demandante argumenta que al no permitirle cambiar su certificado de nacimiento se le están violando su derecho a la privacidad, su derecho de libertad de expresión bajo la Primera Enmienda y el derecho a la igual protección de las leyes.

Los únicos avances han sido permitir los cambios de nombres en la licencia y en el certificado de nacimiento; modificar el nombre y género en la licencia de

⁷⁰ *Alexis Delgado Hernández Ex Parte*, 165 DPR 170 (2005). Esta fue una decisión muy desacertada para hacerle justicia a la comunidad trans. En esta decisión el Tribunal Supremo deniega el cambio de sexo en el certificado de nacimiento, pero confirma el cambio de nombre. Con la reciente demanda de Lisa Marie Rodríguez- Rodríguez esperamos cambiar este estado de derecho. *Clínica de Derecho UPR radica demanda federal contra Departamento de Salud de Puerto Rico*, MICROJURIS (9 de febrero de 2017), <https://aldia.microjuris.com/2017/02/09/clinica-de-derecho-upr-radica-demanda-federal-contra-departamento-de-salud-de-puerto-rico/> (última visita 14 de febrero de 2017) (donde aparece el texto de la demanda para descargar).

⁷¹ Véase *Clínica de Derecho UPR radica demanda federal contra Departamento de Salud de Puerto Rico*, MICROJURIS (9 de febrero de 2017), <https://aldia.microjuris.com/2017/02/09/clinica-de-derecho-upr-radica-demanda-federal-contra-departamento-de-salud-de-puerto-rico/> (última visita 14 de febrero de 2017) (donde aparece el texto de la demanda para descargar). Además de este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos accedió a ver el caso de Gavin Grimm, un joven transgénero al cual se le negó utilizar el baño de varones como el resto de sus compañeros. La decisión de este caso pudiese tener un gran impacto sobre la población trans en Estados Unidos y en Puerto Rico. Vea el siguiente enlace donde aparecen todos los datos y desarrollo del caso: <https://www.aclu.org/cases/gg-v-gloucester-county-school-board>.

conducir y modificar el nombre y género en la tarjeta electoral.⁷² A pesar de estos avances, las limitaciones existentes dificultan el proceso de búsqueda de empleo, porque los documentos requeridos presentan incongruencias con la apariencia de las personas que solicitan. Además, como menciona la demanda de Lisa Marie, estas incongruencias conllevan que a personas trans se les sometan a tratos que se vuelven en humillantes, denigrantes, discriminatorios y en violaciones el derecho a la intimidad de estas personas.⁷³

En cuanto a legislación, tenemos la Ley Núm. 22 -2013, conocida como la *Ley que prohíbe discrimen por orientación sexual e identidad de género en el empleo*. Esta impulsa una política pública en contra del discrimen por orientación sexual o identidad de género en el empleo.⁷⁴ Tendríamos que preguntarnos: ¿Cuán efectiva está siendo la Ley? ¿Es suficiente para erradicar el arraigado prejuicio social? ¿Cómo hacemos para que la identidad de una persona no sea un motivo para que se le descarte en un empleo? ¿Logra combatir esta Ley el prejuicio por haber sido arrestado por prostitución? Más allá de esta Ley, y una que otra orden ejecutiva, nuestro ordenamiento no ha sido capaz de atender efectivamente los problemas que enfrentan estas personas. La dejadez del Estado, el discrimen estructural, la invisibilidad, la pobreza y el discrimen que padecen diariamente las personas trans son asuntos que deben preocuparnos y debemos atender con urgencia.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La mayoría de los reclamos de las personas trans giran alrededor del discrimen laboral, la falta de reconocimiento legal y la falta de acceso para tener una vida

⁷² Véase OE- 2015-029 (Esta Orden Ejecutiva se aprobó para cumplir con la OE-2008-57, la cual estableció como política pública la prohibición de discrimen por identidad de género en el servicio público y en los servicios a la ciudadanía). Para el cambio de sexo y nombre en la licencia, véase *DTOP permitirá el cambio de género de las licencias de conducir*, NOTICEL (11 de agosto de 2015), <http://www.noticel.com/noticia/179526/dtop-permitira-el-cambio-de-genero-en-las-licencias-de-conducir.html> (última visita 19 de febrero de 2017). Para el cambio de sexo en la tarjeta electoral, véase *Transexual logra validar su derecho en la CEE*, Primera Hora (1 de junio de 2016), <http://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/transexuallogravalidarsuderechoenlacee-1156475/> (última visita 19 de febrero de 2017). Es importante recordar que, en los casos de Alexandra Andino Torres Ex Parte, 151 DPR 794 (2000) y Alexis Delgado Hernández Ex Parte, 165 DPR 170 (2005), se permitió el cambio de nombre mediante el proceso que provee el Registro Demográfico.

⁷³ Demanda de Lisa Marie en la pág. 14. Véase *Clinica de Derecho UPR radica demanda federal contra Departamento de Salud de Puerto Rico*, MICROJURIS (9 de febrero de 2017), <https://aldia.microjuris.com/2017/02/09/clinica-de-derecho-upr-radica-demanda-federal-contra-departamento-de-salud-de-puerto-rico/> (última visita 14 de febrero de 2017) (donde aparece el texto de la demanda para descargar).

⁷⁴ Ley que prohíbe discrimen por orientación sexual e identidad de género en el empleo, Ley Núm. 22 de 29 de mayo de 2013, 2013 LPR 22.

digna. Estos son asuntos sobre los cuales el gobierno debe intervenir para procurar el bienestar de la población trans. Hemos también mencionado un problema estructural de invisibilización de los problemas y necesidades de estas personas. Lo cual queda evidenciado en la falta de estadísticas, informes, datos y otra documentación por parte del gobierno. De igual forma, en los círculos académicos existen muy pocos trabajos e investigaciones sobre la población trans. En Puerto Rico ni tan siquiera conocemos cuántas personas trans viven, ni las condiciones en las que se encuentran.⁷⁵ El ciclo de violencia y exclusión es palpable y atenta contra los derechos de la comunidad trans en Puerto Rico. La solución es atender, visibilizar y atacar los factores que propician el desarrollo de este ciclo. Para esto propongo un abordaje que integre el aspecto social, económico, educativo, legal y político. Debemos comenzar con mecanismos para mejorar las condiciones de vida de las personas trans. Legislaciones como la del discrimen en el empleo y las de regular los procesos de intervención de la policía con personas trans son ejemplos de esto.⁷⁶ A estas debemos añadir: (1) capacitar a empleadores para cuando se presenta una persona trans, (2) asignar fondos para tratamientos de personas trans pobres, (3) crear clínicas públicas especializadas para atender a personas trans, y (4) desarrollar procedimientos para todas las agencias cuando den servicios a personas trans.

El componente educativo es crucial para combatir el discrimen y la transfobia. Incorporar la perspectiva de género en el currículo escolar posibilita que sensibilicemos y concienticemos a futuras generaciones. Además, permitir fomentar un respeto y tolerancia por la amplia diversidad sexual que existe. La reciente decisión por la administración actual de eliminar la perspectiva de género el currículo escolar resulta muy desacertada.⁷⁷

Por otro lado, al interior de la comunidad gay, tiene que darse un proceso de reconocimiento y entendimiento de las necesidades de las personas trans.⁷⁸ Solo así se podrá alcanzar una verdadera equidad y tolerancia a la diversidad que existe. No

⁷⁵ Entre las formas para atacar este problema podríamos mencionar la inclusión de una categoría para personas trans en el censo de la población que se lleva a cabo cada diez años. Esto no con el fin de monitorear, sino poder tener una idea de cuantas personas trans viven en la Isla y así identificar los problemas que les aquejan particularmente a esta población.

⁷⁶ La Orden General 624, firmada por el Superintendente de la Policía, establece la política y los procedimientos de intervención con personas trans. Orden General- 624 de la Policía de Puerto Rico (2015), <https://www.scribd.com/doc/293047756/Lgbt-Policia>.

⁷⁷ Para acceder la Carta Circular Núm. 32-2016-2017, la cual que derogó la política pública sobre perspectiva de género en las escuelas, acceda el siguiente enlace: https://noticiasmicro-juris.files.wordpress.com/2017/02/carta_circular_derrogacion_equidad.pdf.

⁷⁸ Yoryie Irizarry, *Lo queer, lo trans y el feminismo, de un tripode las tres patas*, 80 GRADOS (11 de marzo de 2016), <http://www.80grados.net/lo-queer-lo-trans-y-el-feminismo-de-un-tripode-las-tres-patas/> (última visita 30 de abril de 2016).

existen mejores aliados para las personas trans que otras personas las cuales también han sido discriminadas por su identidad sexual.

Asimismo, para atender el problema de la invisibilidad, el gobierno debe comenzar recolectando información de las personas trans que viven en la Isla. Así podremos saber cuáles son las necesidades primordiales que aquejan a esta comunidad. Igualmente, exigir que en las estadísticas del gobierno se registren incidentes de violencia, transfobia y cuántas mujeres trans son arrestadas por prostitución. De esta forma podremos elaborar informes e investigaciones que generen discusión pública necesaria para atender estos asuntos.

A todo lo anterior, se le tendría que añadir la creación de un sistema legal apto para atender las necesidades de esta población. Para esto ser viable, propongo: (1) descriminalizar la prostitución, (2) transformar la visión legal para atender controversias de personas trans y (3) adoptar una conciencia queer al interior de la profesión legal.

La descriminalización de la prostitución se puede dar mediante la aprobación de legislación que despenalice el acto, o mediante una acción judicial donde se declaren inconstitucionales las disposiciones que penalizan la prostitución.⁷⁹ Ambas medidas presentan unos retos inmensos. La primera opción, requiere de legisladores que pongan los derechos y necesidades de cientos de ciudadanos delante de discursos conservadores y fundamentalistas. Y la segunda opción, requiere que utilicemos principios del Derecho Constitucional para retar la constitucionalidad de las leyes que penalizan la prostitución. Entre estos principios tenemos el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad y el derecho de escoger libremente una ocupación.⁸⁰ Estos derechos son también necesarios para alcanzar vida digna, principio máximo que aparece en nuestra constitución. Cualquier ruta que optemos para atender el asunto requiere una transformación de la visión que se tiene de la prostitución. Para esto, tendríamos que abandonar muchas de las nociones prejuiciadas y que comprendamos que la prostitución puede llegar a ser una profesión, como cualquier otra, cuando se ejerce voluntariamente y con las debidas regulaciones. De otra manera, tendríamos que analizar los beneficios y protecciones que la prostitución pudiese dar a quienes la ejercen si esta no fuese penalizada. Por ejemplo: (1) la posibilidad de recurrir a la policía cuando son víctimas de un crimen violento sin temor a que se les penalice por ejercer la prostitución, (2) proveer lugares seguros y con regulaciones salubristas para velar por la salud y bienestar de quienes ejercen y de sus clientes, y (3) extenderle la aplicación de leyes y benefi-

⁷⁹ Véase DICKER, *supra* nota 39, en las págs. 456-62.

⁸⁰ *Id.* en la págs. 363-448. Véase, además, Augustson & George, *supra* nota 40, en las págs. 252-55 (donde se analizan argumentos para retar la constitucionalidad de las leyes que penalizan la prostitución en Estados Unidos).

cios laborales. Al final del día tenemos que recordar que quienes se prostituyen son ciudadanas y ciudadanos que tienen derechos y reclamos similares a otros grupos de la sociedad.⁸¹

Otra forma de darle visibilidad a la población trans y lograr que el sistema legal reconozca las problemáticas de esta población es mediante la presentación de casos sobre derechos de personas trans.⁸² El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha interpretado que el sexo y el género son categorías inmutables y que estas son asignadas al nacer y no se alteran por haberse sometido la persona a intervenciones médicas.⁸³ Esta visión es sumamente perjudicial cuando se llevan casos ante los tribunales y se intenta plantear que existen personas las cuales se niegan a vivir con el sexo o el género que se les asignó al nacer. Los casos de personas trans retan las concepciones tradicionales que se tiene sobre el binomio sexo-género, porque exponen la diversidad y complejidad sexual que existe, por lo cual debemos continuar asistiendo a las puertas del tribunal con estos casos.⁸⁴ Finalmente, con una conciencia queer dentro de la profesión legal pudiéramos proveer a los abogados y abogadas las herramientas para construir argumentos legales capaces de transformar el sistema legal en beneficio de los derechos de personas trans.⁸⁵ Una forma de lograr esto es implantando cursos de Teoría Queer en las escuelas

⁸¹ MARIA NENGEL MENSALI & CHRIS BRUCKERT, 10 REASONS TO FIGHT FOR THE DECRIMINALIZATION OF SEX WORK (2012), <http://cybersolidaires.typepad.com/files/10reasons.pdf>.

⁸² El catedrático español, Gregorio Peces-Barba, ha escrito sobre el proceso de especificación de los derechos fundamentales. Tomando como punto de partida el proceso de concreción de los derechos de primera y segunda generación a sujetos en situaciones de inferioridad. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS 626 (1994), <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28867.pdf>. En el caso de la comunidad trans, implica la creación de un marco legal capaz de producir medidas que equiparen los derechos de esta comunidad a partir de sus necesidades y particularidades- con los derechos que el resto de la población disfruta.

⁸³ Véase AAR, Ex parte, 187 DPR 835 (2013); Ex Parte Alexis Delgado Hernández, 165 DPR 170 (2005); Pueblo v. Ruiz Martínez, 159 DPR 194 (2003), y Ex Parte Alexandra Andino Torres, 151 DPR 794 (2000).

⁸⁴ Flynn, *supra* nota 7, en la pág. 395 (2001).

⁸⁵ Entrevista con Joel Ayala Martínez, asesor legal de la Comisión de Derechos Civiles, en San Juan, Puerto Rico (5 de mayo de 2016).

Sobre la profesión legal, el licenciado Joel Ayala Martínez mencionó que existen muy pocos abogados dispuestos a dar servicios legales a mujeres trans que son arrestadas por prostitución, por lo que es necesario educar a las futuras generaciones de abogados para que conozcan cuales necesidades tienen esta comunidad y les brinden servicios adecuados. Además, hizo énfasis que el rol del abogado es multidimensional: por un lado, atender de forma inmediata las problemáticas legales con el sistema, y, por otro lado, incidir en los espacios políticos para crear un cambio.

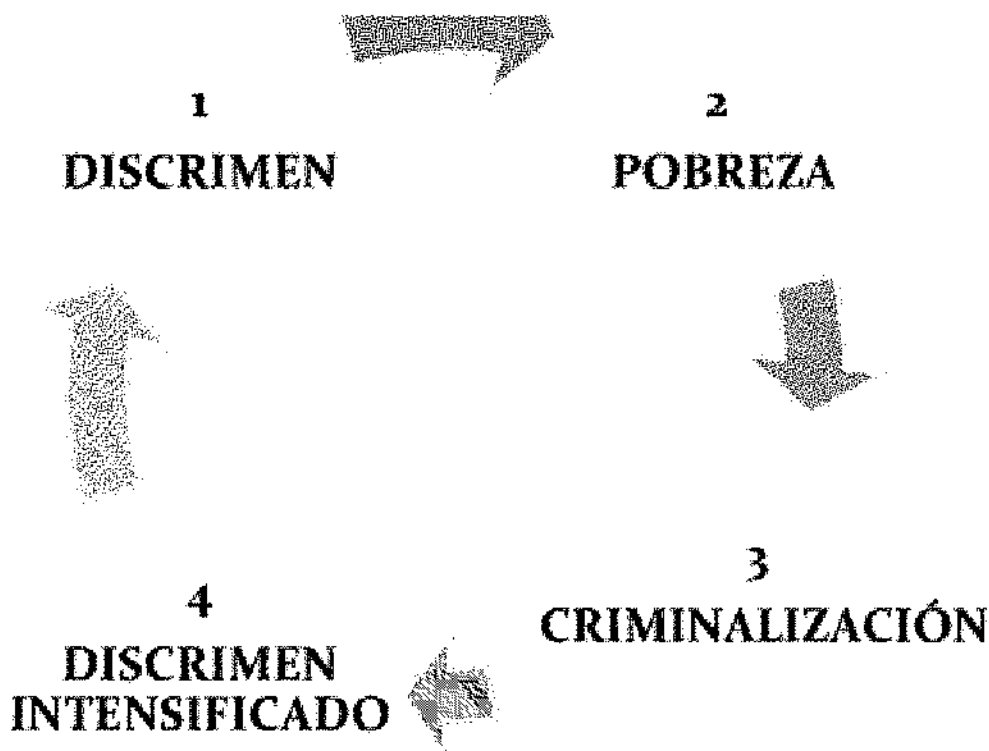
de Derecho, donde se propicien debates, discusiones y reflexiones profundas sobre el Derecho, la sexualidad y el género.⁸⁶ Así, futuros abogados, jueces, fiscales y legisladores podrán tener un mejor entendimiento de los problemas y necesidades de la población trans.

⁸⁶ Véase Francisco Valdes, *Afterword & Prologue: Queer Legal Theory*, 83 CAL. L. REV. 344 (1995) para un análisis profundo sobre Teoría Queer y sus implicaciones para vindicar derechos. ⁸⁷ Existe un consenso entre varios autores e informes internacionales sobre como el discrimin propicia un desplazamiento a niveles de pobreza y lo que esto conlleva. Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX EN AMÉRICA (2015), <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

VI. ANEJOS

ANEJO 1

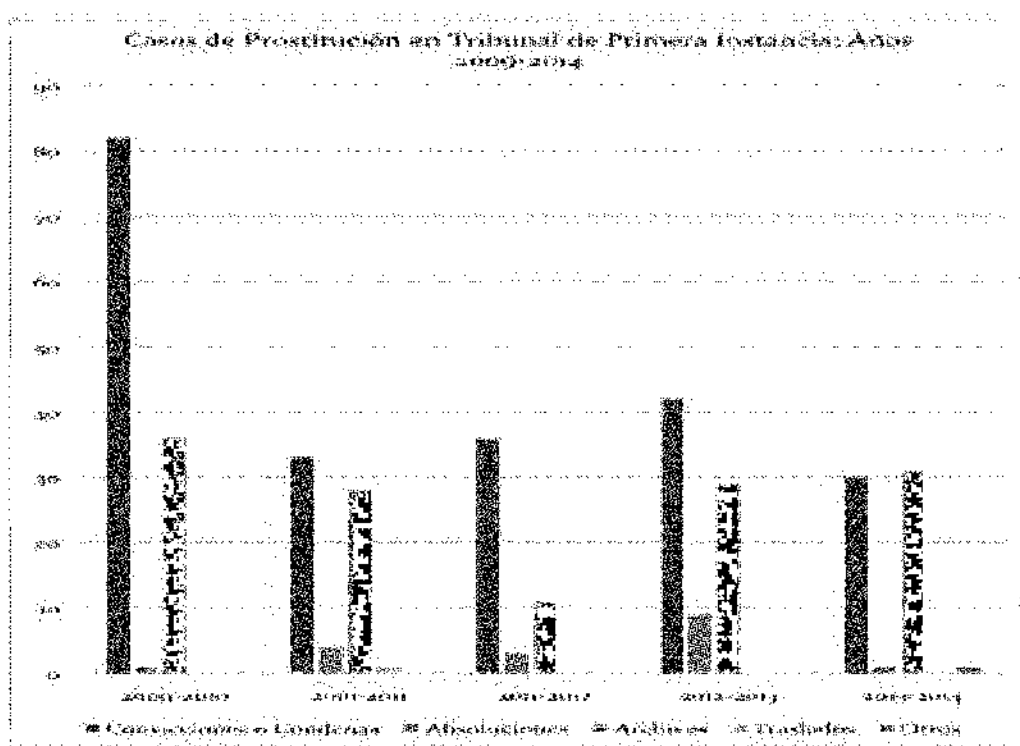
GRÁFICA 1. CICLO DE VIOLENCIA Y EXCLUSIÓN⁸⁷



⁸⁷ Existe un consenso entre varios autores e informes internacionales sobre cómo el discrimin propicia un desplazamiento a niveles de pobreza y lo que esto conlleva. Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX EN AMÉRICA (2015), <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

ANEJO 2

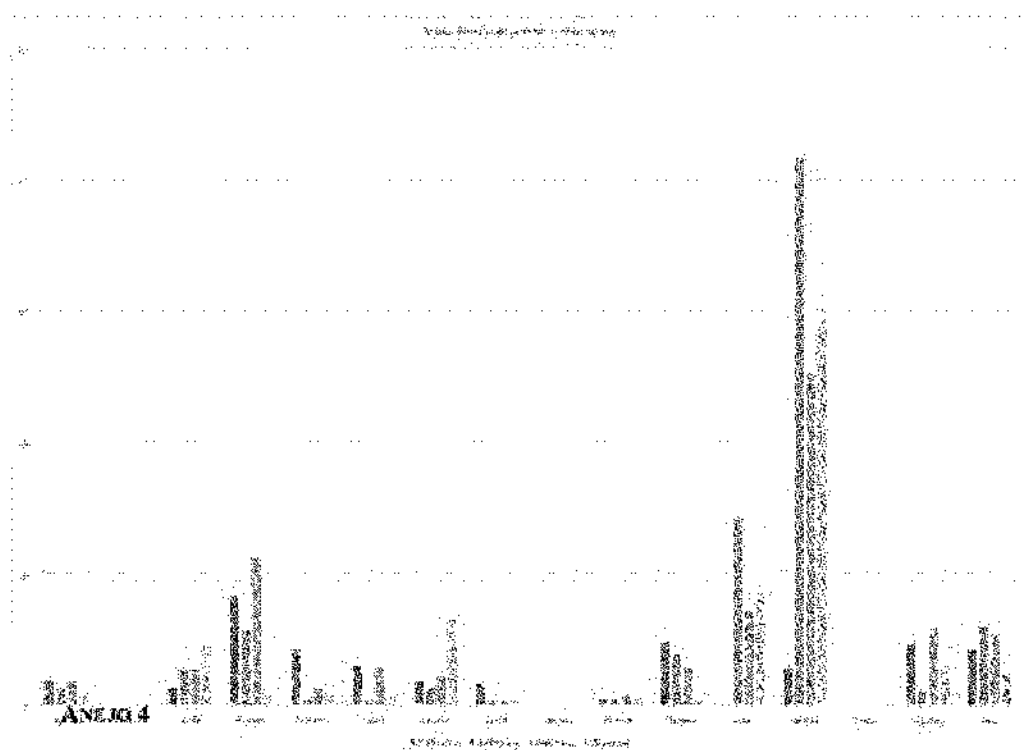
**GRÁFICA 2. CASOS DE PROSTITUCIÓN EN EL
TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA: AÑOS 2009-2014⁸⁸**



⁸⁸ Esta gráfica se basa en los datos que aparecen en los Anuarios Estadísticos de la Rama Judicial.

ANEJO 3

GRÁFICA 3. PERSONAS DETENIDAS POR PROSTITUCIÓN: AÑOS 2014-2015⁸⁹



⁸⁹ Esta gráfica se basa en los datos que tienen tabulados en el Negociado de Drogas, Narcóticos, Control del Vicio y Armas Ilegales. Esta división de la Policía es quien realiza las redadas de prostitución.

ANEJO 4

TABLA 1. CASOS DE PROSTITUCIÓN PRESENTADOS EN EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA: AÑOS 2009- 2014⁹⁰

Años	Casos a resolver	Convicciones o Condenas	Absoluciones	Archivos	Trasladados	Otros	Pendientes
2009-2010	152	82	1	36	0	0	33
2010-2011*	72	33	4	28	1	0	4
2011-2012	68	36	3	11	0	0	18
2012-2013*	95	42	9	29	0	0	9
2013-2014	91	30	1	31	0	1	28

ANEJO 5

TABLA 2. PERSONAS DETENIDAS POR PROSTITUCIÓN: AÑO 2014⁹¹

Divisiones	Hombres	Mujeres	Total
Aguadilla	9	9	18
Aibonito	0	0	0
Arceibo	6	13	19
Bayamon	41	56	97
Cabo Rojo	21	6	27
Caguas	15	14	29
Carolina	9	11	20
Fajardo	8	1	9
Guayama	0	0	0
Humacao	2	4	6
Mayaguez	24	14	38
Ponce	0	35	35
San Juan	149	126	275
Uturo	0	0	0
Vega Baja	23	29	52
Yauco	21	26	47
Total	328	344	672

⁹⁰ Sobre esta Tabla: (1) se hizo utilizando los Anuarios Estadísticos desde el año 2009 al año 2014. En estos informes aparecen unas tablas que recogen los resultado de casos criminales por delito en el Tribunal de Primera Instancia; (2) se utilizó el delito de prostitución bajo delitos contra la honestidad y bajo la indemnidad sexual; (3) se utilizó una estructura similar a la usada en el Anuario Estadístico para organizar los datos; (4) en los Anuarios Estadísticos de 2010-2011 y 2012-2013 se encontraron ciertas discrepancias en cuanto a los casos a resolver y los que quedaron pendientes, y (5) el Anuario Estadístico de 2013-2014 recoge datos hasta el 26 de enero de 2015 y contiene 1 caso pendiente por tentativa de prostitución.

⁹¹ Esta tabla es una simplificación de las tablas que prepara el Negociado de Drogas, Narcóticos, Control del Vicio y Armas ilegales para contabilizar la cantidad de personas detenidas por prostitución.

ANEJO 6

TABLA 3. PERSONAS DETENIDAS POR PROSTITUCIÓN: AÑO 2015⁹²

Divisiones	Hombres	Mujeres	Total
Aguadilla	6	3	9
Aibonito	0	0	0
Arecibo	13	22	35
Bayamon	28	4	32
Cabo Rojo	2	5	7
Caguas	2	3	5
Carolina	6	32	38
Fajardo	1	1	2
Guayama	0	0	0
Humacao	2	3	5
Mayaguez	19	1	20
Ponce	71	45	116
San Juan	208	146	354
Utua	0	0	0
Vega Baja	5	14	19
Yauco	30	12	42
Total	393	291	686

⁹² Esta tabla es una simplificación de las tablas que prepara el Negociado de Drogas, Narcóticos, Control del Vicio y Armas ilegales para contabilizar la cantidad de personas detenidas por prostitución.

LA “JUNTA” PROTEGERÁ LA SALUD FISCAL DE LA ISLA, PERO Y ¿QUIÉN
PROTEGERÁ LA SALUD MENTAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS?
LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS
Y EL ESTADO DE DERECHO EN PUERTO RICO

ZORYLEEN LLANOS FERRER¹

RESUMEN

En el presente artículo se analizará el estado de derecho del Estado Libre Asociado de Puerto Rico con relación a los riesgos psicosociales que enfrentan los empleados del sector público del país; específicamente, en momentos de crisis económica y de la presencia de una Junta de Control Fiscal que implantará medidas de austeridad para recuperar la estabilidad fiscal del gobierno. Se recomendará, como paradigma de intervención para abordar esta problemática laboral, la implementación de una iniciativa llevada a cabo en España; en donde, fundándose en su Ley de Prevención de Riesgos Laborales², se ha estado utilizando el “Modelo de Organizaciones Psicológicamente Saludables” para tratar los riesgos psicosociales en el trabajo. Se discutirá también, cómo diferentes agencias administrativas del gobierno de Puerto Rico y el propio Gobierno pueden jugar un papel fundamental en la implementación de este modelo en el servicio público. Además, se presenta-

¹ Estudiante de 4to año de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; posee estudios de bachillerato, maestría y doctorado en Psicología General y Psicología Industrial Organizacional; y una segunda concentración de bachillerato en Administración de Empresas con concentración en Gerencia de Recursos Humanos. Es Psicóloga Industrial Organizacional licenciada por el Departamento de Salud de Puerto Rico; miembro de la Asociación Americana de Psicología (American Psychological Association), la Sociedad Legal Cristiana de EEUU (Christian Legal Society); la Sociedad para la Gerencia de Recursos Humanos, Capítulo de Puerto Rico; Redactora de la Revista de Estudios Críticos del Derecho para el año académico 2015-2016, y Editora Titular para el año académico 2016-2017; y Tesorera (2015-2016) y Vicepresidenta (2016- 2017) de la Asociación Cristiana de Estudiantes de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley Núm. 31 de 8 de noviembre de 1995, BOE nº 269. Jefatura de Estado de España. Véase <http://www.insht.es/inshtweb/contenidos/normativa/textoslegales/leyprevencion/pdfs/leydeprevencionderiesgoslaborales.pdf>.

rán datos e investigaciones que sustentan la efectividad de este modelo en la prevención de riesgos psicosociales en los distintos escenarios de trabajo y en el éxito operacional de las organizaciones.

Palabras clave: *salud laboral, riesgos laborales, psicología organizacional, organizaciones psicológicamente saludables, riesgos psicosociales, agencias administrativas, derecho laboral, administración de recursos humanos.*

ABSTRACT

In this article, will be discussing the “rule of law” in the Commonwealth of Puerto Rico, in relation to the psychosocial risks that the public employees are suffering, specifically in terms of the fiscal crisis that the island is facing and; with the presence of a Fiscal Control Board that will implement austerity measures to recover the fiscal stability of the country. It will be recommended, as a paradigm of intervention to address this labor problem, the implementation of an initiative carried out in Spain; Where, based on its Law on Prevention of Occupational Risks, the “Model of Psychologically Healthy Organizations” has been used to deal with psychosocial risks at work. Also, will be discussed how different administrative agencies of the government of Puerto Rico and the government itself can play a key role in the implementation of this model in the public service. In addition, data and research will be presented that support the effectiveness of this model in the prevention of psychosocial risks in the different work scenarios and in the operational success of the organizations.

Key words: *occupational health, occupational risks, organizational psychology, psychological healthy organizations, psychosocial risks, administrative agencies, labor law, human resources management.*

ARTÍCULO

I. EL TRABAJO COMO RIESGO PARA LA SALUD

A. ACCIONES QUE AGREGAN VALOR A LAS ORGANIZACIONES

En el ámbito laboral, la fuerza trabajadora es el recurso más importante del que hacer comercial y social. Los empleados son el activo más valorado en todo tipo de organización³; por lo que se hace indispensable la implementación de estrategias que viabilicen el desarrollo, en su máxima expresión, del potencial y la autoestima laboral de cada trabajador. Particularmente, la autoestima laboral constituye una ventaja competitiva para cualquier empresa. Empleados con una buena autoestima laboral tienden a presentar mayores niveles de autoeficacia⁴, son más productivos, establecen relaciones interpersonales saludables, y tienen una mayor probabilidad de mantener un balance entre el trabajo y la familia; el cual se ha reportado muy desbalanceado en los trabajadores puertorriqueños⁵.

Fomentar estas conductas en los trabajadores es de gran beneficio, tanto para la organización como para los empleados. Mediante éstas, las organizaciones pueden alcanzar altos niveles de producción y un clima organizacional óptimo; y los trabajadores pueden sentirse satisfechos en su vida laboral y personal. Por ello, es tan importante que las organizaciones se comprometan con viabilizar el bienestar general de sus trabajadores. El compromiso con la capacitación y el empoderamiento⁶ de los recursos humanos⁷ motiva al personal a permanecer en la organización para la cual trabaja⁸. Esta permanencia reduce los costos económicos y sociales que la

³ Salanova, M., Llorens, S., Cifre, E., & Martínez, I.M., *We need a HERO! Toward a validation of the healthy and resilient organization (HERO) model*. *Group & Organization Management*, 37, 785-822 (2012).

⁴ Término introducido por el psicólogo Albert Bandura y que se define como "la creencia de una persona en su capacidad de tener éxito en una situación particular." Véase <https://la-menteesmaravillosa.com/que-es-la-autoeficacia/>

⁵ Cobian, M., *Investigación revela pobre calidad de vida de los trabajadores boricuas*. Periódico Primera Hora, edición electrónica. 19 de abril de 2016, véase <http://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/nota/investigacion-revela-pobre-calidad-de-vida-de-los-trabajadores-boricuas-1148786/>

⁶ Proveniente del término anglosajón *empowerment*. Teoría fundada en el hecho de delegarle poder y autoridad a los subordinados para generar el sentimiento de que son dueños de su propio trabajo. Cooper, C. y Williams, S. *Creating Healthy Work Organizations*. Chichester: Wiley (1994).

⁷ Haciendo referencia a los trabajadores, no a la dirección u oficina de recursos humanos.

⁸ Estos, entre otros factores como lo son: la igual paga por igual trabajo, un ambiente libre de riesgos físicos, buenas relaciones interpersonales con los compañeros de trabajo, sistemas de reconocimiento, recompensa y satisfacción laboral.

rotación⁹ le causa a las empresas o dependencias gubernamentales¹⁰; ya que el constante reclutamiento y reubicación de personal se traduce en gastos económicos para la organización y en inversión de tiempo para adiestrar al nuevo personal. En otras palabras, un bajo índice de rotación se traduce en menos gastos para las organizaciones. Además, fomenta el establecimiento de ambientes de trabajo saludables; convirtiendo los escenarios de trabajo en “buenos lugares para trabajar”¹¹. Dicho esto, es evidente que una razón determinante para que un empleado decida permanecer en una organización es la percepción de estar trabajando en un ambiente de trabajo saludable.

B. SALUBRIDAD Y SEGURIDAD OCUPACIONAL

La salud ocupacional es la disciplina que estudia y desarrolla actividades multidisciplinarias para promover y proteger la salud de los trabajadores, a través de la prevención o eliminación de los factores que atentan contra la salud y la seguridad de los trabajadores¹². Los estudios e investigaciones en el campo de la salud ocupacional han demostrado que el trabajo se ha considerado, a través de la historia, como un riesgo para la salud de los trabajadores y trabajadoras¹³. Se ha establecido que las condiciones de trabajo pueden representar una amenaza para su salud y seguridad. También, existe evidencia que demuestra que diversos factores laborales han sido los causantes de un sinnúmero de accidentes y enfermedades, tanto a nivel orgánico como psicoemocional.¹⁴ Sin embargo, se le ha dado mayor énfasis al estudio y a la prevención de enfermedades y accidentes ocupacionales que causen daños físicos en comparación a los que causan daños psicoemocionales. Tanto es así que, a nivel federal, se creó la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional¹⁵

⁹ Término utilizado en los Recursos Humanos como la desvinculación o traslado de un empleado de la organización o unidad de trabajo dentro de la misma. Véase Wright, P.M., & McMahan, C.G., *Theoretical perspectives for strategic human resource management* Journal of Management, 18, 295 (1992).

¹⁰ Véase estadísticas e investigaciones de la página electrónica del Centro para la Excelencia Organizacional de la Asociación Americana de Psicología, www.phwa.org.

¹¹ Mintzberg, H., *Structure in fives: designing effective organizations*. Englewood Cliff, N.J.: Prentice Hall (1993); M.J. Schabracq, J. A. M. Winnubst, & C. L. Cooper (Eds.), *Handbook of Work and Health Psychology*, Chichester: Wiley and Sons, p. 127-146 (1996).

¹² Kalimo, R., El-Batawi, M., & Cooper, C. L. *Los factores psicosociales en el trabajo y su relación con la salud*. Ginebra: OMS (1988).

¹³ Luthans, F. *Comportamiento Organizacional*. Madrid: McGraw Hill (2008)

¹⁴ KALIMO, *supra*.

¹⁵ Traducción de inglés al español de *Occupational Safety and Health Administration*. Esta agencia está adscrita al Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América., Véase <https://www.osha.gov/>.

(en adelante “OSHA”, por sus siglas en inglés¹⁶) para velar por la protección de la salud y seguridad contra riesgos físicos de los trabajadores.

Pero los tiempos han cambiado y, además de los riesgos físicos, se ha evidenciado la necesidad de garantizarle a los trabajadores escenarios de trabajo libre de amenazas a su salud y seguridad psicoemocional. Esta necesidad ha despertado un creciente interés en el estudio de los riesgos psicosociales en el trabajo y los daños que provocan a nivel personal, familiar, social y organizacional. Es por ello que la salud ocupacional se ha enfocado en promover la creación de ambientes de trabajo saludables del más alto nivel a todos los niveles jerárquicos dentro de una organización; aspirando a un completo estado de bienestar general que incluye aspectos físicos, mentales y sociales¹⁷. Por lo que un ambiente de trabajo saludable, no solamente implica salubridad física, también incluye un estado de bienestar general. Este bienestar debe estar caracterizado por la disminución o ausencia de riesgos psicosociales que podrían afectar significativamente la salud de los trabajadores y trabajadoras.

Para alcanzar este anhelado bienestar en el sector público hay que comenzar implementando prácticas organizacionales, dirigidas a estos fines, en la gerencia y administración de los recursos humanos. Las prácticas organizacionales se definen como el despliegue constante de actividades destinadas a que la organización logre sus objetivos¹⁸. Por lo que la administración pública debe implantar nuevas políticas de personal que viabilicen un estado de bienestar general en las agencias del gobierno. Ello implica que las organizaciones deben realizar diferentes gestiones para mejorar su eficiencia y efectividad, ya que éstas pueden tener un impacto en los trabajadores y trabajadoras al afectar su salud psicosocial.¹⁹

En otras palabras, la salud psicosocial afecta las operaciones de la organización y su cultura organizacional²⁰. Además, influye en la estabilidad del balance entre

¹⁶ “Occupational Safety and Health Administration”.

¹⁷ Moreno-Jiménez, B y Garrosa Hernández, E. *Globalización y riesgos laborales emergentes*. Ciencia & Trabajo, 11, 32, 31-35 (2009).

¹⁸ Wright, P.M., & McMahan, C.G., *Theoretical perspectives for strategic human resource management*. Journal of Management, 18, 295 (1992).

¹⁹ Fredrickson, B., & Dutton, J., *Unpacking positive organizing: Organizations as sites of individual and group flourishing*. The Journal of Positive Psychology, 1, 1-3 (2008); Salanova, M., *Organizaciones Saludables y Desarrollo de Recursos Humanos*. Estudios Financieros, 303, 179-214 (2008).

²⁰ Término utilizado en las ciencias sociales para referirse a la idiosincrasia de una organización. “[E]s una idea en el campo de los estudios de las organizaciones y de gestión que describe la psicología, las actitudes, experiencias, creencias y valores (personales y culturales) de una organización”. Véase Enciclopedia Financiera.

www.encyclopediainanciera.com/.../cultura-organizacional.htm.

familia, trabajo y vida personal.²¹ El no sentirse satisfecho con el trabajo o sufrir de patologías, provocadas por el ambiente laboral, podría afectar el estado anímico y la salud mental de las personas. De otra parte, estas amenazas se ven exacerbadas por la presencia de otros factores, como los estresores económicos, que hacen de la consecución del bienestar en el trabajo casi una utopía. Una utopía que puede y debe convertirse en la realidad de los ambientes de trabajo en las dependencias gubernamentales.

C. LA SALUD OCUPACIONAL FRENTE AL CAPITALISMO

Las exigencias de productividad, específicamente en los países industrializados y capitalistas; la sobrecarga de información; la globalización; y el intento de mantener un balance entre el trabajo y la vida familiar, pueden tener un impacto en la salud, el bienestar y la satisfacción de los empleados²². Los datos actuales demuestran que los efectos de estos riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores son significativos. Por ejemplo, de acuerdo a un estudio que llevó a cabo la Asociación Americana de Psicología²³ (en adelante APA), dos terceras partes de los hombres y mujeres dicen que el trabajo tiene un efecto significativo en sus niveles de estrés y uno de cada cuatro ha estado enfermo o ha tomado un “día de salud mental”, como resultado del mencionado estrés en el trabajo²⁴. En este mismo estudio la APA encontró que el estrés laboral les cuesta a los patronos en los Estados Unidos \$300 billones al año por el ausentismo, reducción de la productividad, la rotación de empleados, gastos médicos, gastos legales y de compensación.

Conociendo estos datos, las organizaciones y agencias gubernamentales deben prestar mayor atención a la salud laboral y a evitar la presencia de riesgos psicosociales en sus dependencias. De no hacerlo, se enfrentan a grandes pérdidas económicas y ponen en riesgo a su recurso más valioso: sus empleados. Ello, sumado a que, para poder enfrentar los altos costos de los beneficios marginales concedidos a los empleados públicos, la competencia global y la incertidumbre económica que vive el país; el gobierno debería de preocuparse más por retener a sus empleados y garantizarles un ambiente de trabajo saludable que promueva altos niveles de producción.

²¹ Kalimo, R., El-Batawi, M., & Cooper, C. L. *Los factores psicosociales en el trabajo y su relación con la salud*. Ginebra: OMS (1988).

²² Véase la página electrónica del Centro para la Excelencia Organizacional de la Asociación Americana de Psicología, www.phwa.org.

²³ Organización científica y profesional de la psicología de Estados Unidos de América de mayor renombre mundial y la asociación mundial de psicólogos más grande del planeta. Véase www.apa.org.

²⁴ *Id.*

II. LA SALUD OCUPACIONAL A NIVEL INTERNACIONAL

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) es un organismo de las Naciones Unidas²⁵ especializado en temas relacionados a la salud pública. La OMS ha establecido en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud²⁶, que la salud es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Este organismo goza del respeto de la comunidad científica²⁷, entre otras razones, por su objetivo de promover y lograr el mayor grado de salud en todos los pueblos del mundo. Por ello, esta definición de salud ha sido incorporada en la definición de salud ocupacional y estrategias de intervención de muchos países, entre ellos España. Este acercamiento a la salud en el trabajo es uno positivista²⁸, ya que no se enfoca solamente en los aspectos negativos de la conducta humana en su ambiente de trabajo, sino que considera, también, los aspectos positivos y la proactividad en prevenir posibles amenazas al bienestar físico, mental y social de los trabajadores y trabajadoras. Esto implica ver la salud de los trabajadores desde una perspectiva holística que incluya la psicología ocupacional y con esta, la consideración de los riesgos psicosociales del mismo.

Los riesgos psicosociales del trabajo son condiciones laborales que tienen una alta probabilidad de afectar la salud de los empleados y empleadas, ya sea física, social o mentalmente.²⁹ Comúnmente, los riesgos psicosociales afectan gravemente la salud de los trabajadores. Afectan tanto la salud que han sido considerados, en algunos países europeos, como amenazas a los derechos fundamentales del trabajador. De hecho, han surgido diversos movimientos sociales y comunidades profesionales, a nivel internacional, para promover la protección de los empleados de

²⁵ Es la organización internacional más grande del mundo existente. Es una especie de asociación de gobierno global que promueve la cooperación de sus Estados miembros en asuntos de interés internacional, como el derecho internacional, la paz, el desarrollo económico, derechos humanos y seguridad internacional. Véase <http://www.un.org/es/about-un/>.

²⁶ Conferencia Sanitaria Internacional en Nueva York, (19 de junio al 22 de julio de 1946) *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Véase <http://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>. Fue firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados de las Naciones Unidas.

²⁷ Véase <http://www.who.int/about/es/>.

²⁸ Proveniente de la psicología positiva. Corriente filosófica y científica que estudia las bases del bienestar psicológico y la felicidad, así como de las fortalezas y virtudes humanas. Véase González Maestre, D., *Ergonomía y Psicosociología*. Madrid: Confemetal (2003).

²⁹ F.G. Benavides, C. Ruiz-Frutos y A.M. García, *Salud Laboral: Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*. Barcelona: Masson (2000); Goleman, D. y Cherniss, C. *Inteligencia emocional en el trabajo*. Barcelona: Kairós (2005); Rodríguez-Carvajal, R. Moreno-Jiménez, B., Rivas-Hermosilla S., Álvarez-Bejarano, A and Sanz Vergel, A., *Positive Psychology at Work: Mutual Gains for Individuals and Organizations*. Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones (2010).

los riesgos psicosociales. Ejemplo de ello son las directivas europeas “*Framework Agreement on Work Related Stress*”³⁰ y la “*Framework Agreement on Harassment and Violence at Work*”³¹ que han sugerido bases legales europeas para sustentar el derecho de los trabajadores a ambientes de trabajo libres de riesgos psicosociales. Como respuesta, diferentes países europeos, como es el caso de España, han elaborado o reinterpretado sus legislaciones para abordar el tema de los riesgos psicosociales en el trabajo.

En España se ha producido un desarrollo a gran escala de la psicología de la salud ocupacional, en donde se ha usado como punto de partida la definición de salud de la OMS y así poder justificar la inclusión en su legislación de la obligación de los patronos de atender los riesgos psicosociales en el empleo. En este país europeo la obligación de los patronos de evitar y atender los riesgos psicosociales, tiene como fuente principal de derecho la Ley de Prevención de Riesgos Psicosociales.³² Esta ley no aborda directa o explícitamente los riesgos psicosociales, porque la misma no contiene una lista taxativa de los riesgos específicos en el trabajo. Sin embargo, sí establece de manera taxativa la obligación de todo patrono de “garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”.³³ De esta disposición es que se reinterpretó la ley y se justificó en España la prevención de riesgos psicosociales como un aspecto de la salud ocupacional y como una obligación de los empleadores. Puerto Rico tiene que seguir este ejemplo y crear legislación que aborde, de manera específica, la obligación de todo patrono de crear ambientes de trabajo libre de riesgos psicosociales. De hecho, al igual que España, la Constitución de Puerto Rico establece que:

Se reconoce el derecho de todo trabajador a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a recibir igual paga por igual trabajo, a un salario mínimo razonable, a *protección contra riesgos para su salud o integridad personal en su trabajo o empleo*, y a una jornada ordinaria que no exceda de ocho horas de trabajo[...]³⁴

Por lo que en Puerto Rico la obligación de proteger a los empleados de riesgos psicosociales es de rango constitucional, a diferencia de España. Por lo que, con más

³⁰ Monks, J., *Framework agreement on work related stress*, Bruselas: European Social Partners (2004).

³¹ European Social Partners, *Framework Agreement on Harassment and Violence at Work*, Bruselas: ETUC, Business Europe, UEAPME and CEEP (2007).

³² Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley Núm. 31 de 8 de noviembre de 1995, BOE nº 269.

³³ *Id.* artículo 12.

³⁴ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Art. II, §16.

razón, debe constituir política pública del Estado Libre Asociado de Puerto Rico esta protección para salvaguardar este derecho otorgado por la constitución a los residentes de la isla. Por otra parte, y cónsono con la disposición constitucional, la *Ley de Seguridad y Salud de PR* declara como política pública:

[P]roveer para el bienestar general, garantizar tanto como sea posible a cada empleado en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico condiciones de trabajo seguras y saludables y preservar nuestros recursos humanos y de esa manera minimizar las desgracias familiares y personales y las pérdidas económicas resultantes de las lesiones y enfermedades del trabajo.³⁵

OSHA fue instituida por el Congreso de los Estados Unidos con el fin de “[g]arantizar condiciones de trabajo seguras y salubres para hombres y mujeres trabajadores [,] mediante el establecimiento y la aplicación de normas y el suministro de capacitación, inclusión, instrucción y asistencia.”³⁶ Esta facultad le es conferida por la *Ley de Seguridad y Salud Ocupacional de 1970*.³⁷

OSHA tiene jurisdicción sobre la mayoría de los empleos del sector privado, los 50 estados, y territorios de los EEUU³⁸. Sin embargo, el empleo realizado en las agencias gubernamentales estatales y locales no están cubiertos por la OSHA federal, pero podría estar protegido si se realiza en alguno de los 22 estados y territorios que cuentan con un programa local aprobado por OSHA federal.³⁹ En Puerto Rico existe un programa local aprobado a nivel federal. El mismo fue creado en virtud de la *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de Puerto Rico*⁴⁰. La Administración de Seguridad y Salud Ocupacional de Puerto Rico (en adelante PR OSHA, por sus siglas en inglés⁴¹), adscrita al Departamento del Trabajo y Recursos Humanos de Puerto Rico, es la agencia local facultada para implantar la política pública de la *Ley de Seguridad y Salud de PR*.⁴² A diferencia de la ley federal, la nuestra, además de proteger el empleo en el sector privado local, protege a los trabajadores del servicio

³⁵ 29 LPRA §§ 361(a), inciso (a).

³⁶ Administración de Seguridad y Salud Ocupacional, <https://www.osha.gov/about-sp.html> (última visita 17 de mayo de 2017).

³⁷ Ley de Seguridad y Salud Ocupacional de 1970, según enmendada, Ley Pública Núm. 91-596, 84 STAT § 1590 (1970).

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de Puerto Rico, Ley Núm. 16 de 5 de agosto de 1975, según enmendada, 29 LPRA §§361a-y.

⁴¹ “*Puerto Rico Occupational Safety and Health Administration*”

⁴² 29 LPRA §§ 361(a) - (y)

público y “a todo empleo realizado en cualquier sitio de empleo en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.”⁴³

A pesar de que en la exposición de motivos de la *Ley 16* se establece que su propósito es “garantizar condiciones de trabajo seguras y saludables a cada empleado”⁴⁴, las gestiones de PR OSHA están dirigidas solamente a garantizar condiciones de trabajo libre de riesgos físicos.

III. MODELO DE ORGANIZACIONES PSICOLÓGICAMENTE SALUDABLES

De esta visión holística y positivista de la salud ocupacional, nació el modelo de Organizaciones Psicológicamente Saludables (en adelante OPS). Según la APA, el OPS es el desarrollo e implementación de políticas y programas que fomentan la salud y el bienestar general de los trabajadores; aumentan, a su vez, el desempeño de éstos, la productividad y la eficiencia organizacional⁴⁵. De hecho, para promover la propagación de este modelo en el mundo laboral, la APA otorga anualmente el “Premio a las Organizaciones Psicológicamente Saludables”⁴⁶ para reconocer a aquellas organizaciones que han sido más efectivas en la implantación del modelo a nivel nacional y territorial.⁴⁷

Para ser implantado efectivamente, las OPS requieren de una intervención proactiva que pretende la consecución de un completo bienestar físico y psicosocial de los empleados en su ambiente de trabajo. Por otra parte, de acuerdo a la OMS “[u]n entorno laboral saludable es aquel en el que los trabajadores y directivos colaboran en utilizar un proceso de mejora continua para proteger y promover la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores y la sustentabilidad del ambiente de trabajo”.⁴⁸ Esta definición se complementa con la promoción de una “salud, seguridad y bienestar relacionada al entorno psicosocial del trabajo, incluyendo la organización del trabajo y la cultura laboral”.⁴⁹ Por lo que este modelo permite la sobrevivencia y

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*, Exposición de Motivos.

⁴⁵ Véase la página electrónica del Centro para la Excelencia Organizacional de la Asociación Americana de Psicología, www.phwa.org.

⁴⁶ Traducción del inglés al español de “Psychologically Healthy Workplace Award”.

⁴⁷ Asociación Americana de Psicología; www.phwa.org.

⁴⁸ Organización Mundial de la Salud, *Creación de Entornos de Trabajo Saludables: un modelo para la acción: para empleadores, trabajadores, autoridades normativas y profesionales*, Véase http://www.who.int/occupational_health/healthy_workplaces_spanish.pdf (2010); Organización Mundial de la Salud (2010), *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS Contextualización, Prácticas y Literatura de Apoyo*, http://www.who.int/occupational_health/evelyn_hwp_spanish.pdf.

⁴⁹ De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, indicador que sustenta la definición de “Entorno Laboral Saludable”, *id.*

prosperidad en un contexto de continuo cambio económico y social, en donde las organizaciones necesitan tener empleados motivados⁵⁰ y psicológicamente sanos; sin que, necesariamente, se encuentre presente una afección o enfermedad física o mental. En otras palabras, el modelo de OPS busca optimizar el capital humano, el capital social y el capital psicológico, a la vez que maximiza las operaciones de la organización. Para lograr este objetivo, todas las políticas de recursos humanos deben estar armonizadas hacia la consecución de este objetivo, ya que las organizaciones modernas se están moviendo en una dirección que se basa principalmente en el conocimiento psicológico y la experiencia⁵¹.

Partiendo de estas definiciones, podemos definir como una organización psicológicamente saludable a aquella que promueve procesos de trabajo que mantienen un estado de completo bienestar físico, mental y social; y que, a su vez, tiene una alta efectividad y rendimiento laboral en el desempeño de sus operaciones⁵². Como fundamento a lo antes expuesto, expertos como el Dr. Sinclair, han expresado que la funcionalidad de la estructura organizacional, tiene una amplia repercusión en la salud, el bienestar de los empleados y en la eficacia de la organización.⁵³ En otras palabras, los procesos, estilos de supervisión y las políticas organizacionales tienen efectos en la salud de los empleados y la operación de las empresas; por lo que tener estilos errados de operar podría ser perjudicial para la organización y el bienestar de los empleados. Es por ello que en el mundo laboral encontramos organizaciones saludables, caracterizadas por empleados con un alto rendimiento, óptimos niveles de bienestar general y una buena salud financiera; y por el otro lado están las organizaciones psicológicamente enfermas que presentan una funesta organización del trabajo, altos niveles de absentismo y renuncias de los empleados, malestar general, alta incidencia de enfermedades físicas y mentales y un pobre rendimiento de los empleados, con los consecuentes pérdidas económicas y productivas que todo ello implica.⁵⁴

Ahora bien, ¿cómo podemos determinar que una organización es psicológicamente saludable? En síntesis, podemos identificar a una OPS porque fomenta la salud y el bienestar de sus empleados; y aumenta el desempeño y la

⁵⁰ Llanos Ferrer, Z., *5 formas para motivar a los empleados*, Sección de Empleos, Periódico El Nuevo Día, domingo, 6 de noviembre de 2011.

⁵¹ Salanova, M. y Schaufeli, W.B., *El engagement de los empleados: un reto emergente para la dirección de los recursos humanos*. Estudios Financieros, 261, 109-138 (2004).

⁵² Wilson, M. G., Dejoy, D. M., Vandenberg, R. J., Richardson, H. A. y McGrath, A. L., *Work characteristics and employee health and well-being: Test of a model of healthy work organization*. Journal of Occupational and Organizational Psychology (2004).

⁵³ *Id.*, en la pág. 565-588.

⁵⁴ Arnetz, B. y Blomkvist, V., *Leadership, Mental Health, and Organizational Efficacy in Health Care Organizations*. Psychother Psychosom, 76 (2007).

productividad organizacional⁵⁵. De acuerdo a la APA, las prácticas para crear OPS incluyen⁵⁶:

- Adiestramientos para el desarrollo de destrezas y liderazgo
- Participación de los empleados y empleadas en la toma de decisiones
- Oportunidades para el desarrollo de carreras
- Planes de beneficios flexibles
- Programas y políticas que consideran las necesidades personales y familiares
- Fácil acceso a los servicios de salud mental, abuso de sustancias y programas de ayuda al empleado (PAE)
- Programas que promueven estilos de vida y decisiones saludables
- Programas de asesoría financiera
- Canales de comunicación abierta (bi-direccionales)
- Mecanismos para evaluar la satisfacción de los empleados
- Programas para prevenir y manejar el estrés laboral
- Reconocimiento al buen desempeño individual y de equipo
- Programas equitativos de compensación
- Promover ambientes libres de todo discrimin
- No establecer preferencias con algún o algunos empleados

Estas prácticas sirven de guía, pero no existe un enfoque único para crear OPS. El éxito está en atender los retos y necesidades particulares de cada organización. Con todo esto en mente, cualquier organización puede convertirse en una OPS si invierte tiempo y recursos en ello; y obtendrían muchos beneficios para ella y sus empleados.

De acuerdo al Comité de Organizaciones Psicológicamente Saludables⁵⁷ (en adelante OPS), las organizaciones psicológicamente saludables traen consigo una serie de beneficios para los empleados y empleadas, como:

- Aumento en la satisfacción laboral;
- Aumento en la autoestima de los empleados;
- Mejoramiento en la salud física y mental;

⁵⁵ Véase la página electrónica del Centro para la Excelencia Organizacional de la Asociación Americana de Psicología, www.phwa.org.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ La OPS es una entidad de la Asociación de Psicología de Puerto Rico que se especializa en el estudio y promoción de organizaciones psicológicamente saludables. Véase <http://www.asppr.net/#!comite-ops/c1404>.

- Aumento en la motivación;⁵⁸
- Mejoramiento en las destrezas para el manejo del estrés;

Por otra parte, mencionan los beneficios para las organizaciones:

- Aumento en el nivel de compromiso de los empleados/as con la organización;
- Aumento en el desempeño y la productividad;
- Aumento en la calidad de los productos y servicios;
- Reducción en el ausentismo y la rotación de personal;
- Disminución en los accidentes y lesiones en el trabajo;
- Aumento en la capacidad de atraer y retener los mejores talentos;⁵⁹
- Aumento en el nivel de satisfacción del cliente con el servicio;
- Reducción en los costos médicos.

IV. EL ESTADO DE DERECHO LABORAL EN PUERTO RICO Y LA SALUD OCUPACIONAL

Aunque en Puerto Rico existe legislación para la protección de la salud ocupacional⁶⁰ y una amplia legislación protectora del trabajo⁶¹, es necesaria una mayor atención al aspecto de la salud psicológica de los trabajadores para que se convierta en política pública del Estado. Es una cuestión ética que requiere un conjunto de

⁵⁸ La motivación laboral es el estímulo positivo de los empleados para desempeñarse mejor en relación a todas las actividades que realizan para lograr los objetivos de la empresa, en relación al trabajo. Este constructo es medible a través de los niveles de producción de los empleados, instrumentos y escalas de satisfacción laboral, clima organizacional, ciudadanía organizacional (sentido de pertenencia a la empresa), compromiso con el trabajo, relaciones interpersonales; el logro de los objetivos organizacionales; y estudios correlacionales (relación proporcional) entre los estados financieros y los niveles de producción de los empleados. Casio, W.F. & Aguinis, H., *Applied Psychology in Human Resource Management*. Sexta Edición. Pearson Prentice Hall, Nueva Jersey, EEUU (2005).

⁵⁹ Objetivo primordial del principio de mérito de la Ley 184-2004, Ley para la Administración de los Recursos Humanos en el Servicio Público.

⁶⁰ Ley de Seguridad y Salud Ocupacionales de 1970, Ley Pública Núm. 91-596 de 29 de diciembre de 1970, 91 Congreso de los Estados Unidos; Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de Puerto Rico, Ley Núm. 16 del 5 de agosto de 1975, según enmendada, 29 L.P.R.A. § 361.

⁶¹ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, art. II, Secc. 15-18; Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia por Enfermedad de Puerto Rico, Ley Núm. 180 de 27 de julio de 1998, según enmendada, 29 L.P.R.A. § 250; Ley de la Jornada de Trabajo, Ley Núm. 379 de 15 de mayo de 1948, según enmendada, 29 L.P.R.A. sec. 282; Ley de jornada de trabajo, "flexitime" de 1995, Ley Núm. 83 de 20 de julio de 1995, 29 L.P.R.A. sec. 273a; Ley de Despido Injustificado, Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976, según enmendada, 29 L.P.R.A. sec. 185.

iniciativas que generen un carácter participativo, el empoderamiento, la cooperación multisectorial y multidisciplinaria, integridad, justicia social y sostenibilidad. Irónicamente, el propósito de la *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de Puerto Rico*⁶² es garantizarle condiciones de trabajo seguras y salubres a cada empleado, pero la administración y legislación pública ha fallado en este intento. Han limitado la salud ocupacional a atender los riesgos físicos del empleo y han descuidado la parte psicosocial. De hecho, las afecciones mentales pueden producir una gama de sintomatología y enfermedades físicas; como, por ejemplo, afecciones en la piel debido a altos niveles de estrés; hipertensión por las presiones en el trabajo; derrames cerebrales; entre otras afecciones físicas⁶³. Prueba de ello es la gran cantidad de empleados públicos que se han reportado a la Corporación del Fondo del Seguro del Estado Libre Asociado de Puerto Rico porque sufren o han sufrido de alguna condición mental relacionada al trabajo y algunos han desarrollado enfermedades físicas. Cada empleado reportado a esta agencia representa un gasto para el erario y es un empleado menos en alguna agencia, lo que se traduce en una disminución en la producción y se afecta el clima organizacional. Por todo esto es necesario atender el aspecto psicosocial de los empleados públicos para disminuir la incidencia de enfermedades y accidentes relacionados al trabajo. Ya es hora de transformar la visión de la salud ocupacional en Puerto Rico.

El legislador de Puerto Rico ha reconocido la importancia de atraer a las personas más aptas y capacitadas para trabajar en el servicio público. Como constancia de esto, la legislatura expuso, por primera vez, en la Ley para la Administración de los Recursos Humanos en el Servicio Público⁶⁴, que:

[l]a política pública del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en lo relativo a la Administración de los Recursos Humanos de las agencias cubiertas por esta ley, es la que a continuación se expresa:

1. Reafirmar el mérito como el principio que regirá el Servicio Público, de modo que sean los más aptos los que sirvan al Gobierno y que todo empleado sea seleccionado, adiestrado, ascendido, tratado y retenido en su empleo en consideración al mérito y capacidad, sin discrimen conforme a las leyes aplicables, incluyendo discrimen por razón de raza, color, sexo, nacimiento origen o condición social, por ideas políticas o religiosas, edad, condición de veterano, ni por impedimento físico o mental.⁶⁵

⁶² Ley Núm. 16 del 5 de agosto de 1975, según enmendada, 29 L.P.R.A. § 361.

⁶³ Leka, S. Jain, A., *Health Impact of Psychosocial hazards at work: An overview*, Brussels: WHO (2010).

⁶⁴ Ley 184-2004, según enmendada, 3 L.P.R.A. § 1461. Esta Ley fue derogada por la Ley 8, *Id.*

⁶⁵ Artículo 2, sección 2.1, inciso (1) de la Ley para la Administración de los Recursos Humanos en el Servicio Público (derogada), Ley Núm. 184 de 3 de agosto de 2004, 3 L.P.R.A. § 1461.

Por otra parte, en la exposición de motivos de esta misma ley, se reconoce el valor social y económico de los recursos humanos al establecer que:

La administración pública moderna visualiza a sus empleados como su activo más valioso. Esta visión ha permitido entender que los empleados, más que recursos a utilizar y consumir, son el capital humano que se debe desarrollar para mejorar el servicio público en beneficio de la ciudadanía, de la cual ellos son parte.⁶⁶

Rescatando estos preceptos, la *Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos en el Gobierno de Puerto Rico*⁶⁷, establece que:

1. Que todo empleado dentro del Sistema de Recursos Humanos del Gobierno de Puerto Rico sea seleccionado, adiestrado, ascendido, retenido en su empleo en consideración al mérito, conocimiento y capacidad sin discrimen por razón de raza, sexo, origen, condición social, ideas políticas o religiosas, edad, color, nacimiento, orientación sexual, identidad de género, por ser víctima o percibido como víctima de violencia doméstica, agresión sexual, acecho, por ser veterano o por algún impedimento físico o mental.
2. Reiterar que el servicio público demanda capacidad técnica y profesional, así como actitud ética evidenciada en honradez, autodisciplina, respeto a la dignidad humana, sensibilidad y dedicación al bienestar general.
3. Reconocer que los servidores públicos son el recurso más importante para el Gobierno de Puerto Rico.⁶⁸

Estas expresiones de la legislatura de Puerto Rico reafirman la importancia de cuidar los recursos humanos del servicio público y hace constar el conocimiento que tiene el Senado sobre la importancia de ello. Sin embargo, esta misma legislatura ha ignorado la importancia de legislar para proteger a los empleados del servicio público de los riesgos psicosociales que enfrentan diariamente. De hecho y por dar un ejemplo, se han sometido varios proyectos en el Senado para que la legislatura cree una ley que prohíba y penalice el hostigamiento laboral, el cual es un riesgo psicosocial muy grave; y ninguno de estos proyectos ha tenido éxito. En mi opinión, se debe a la falta de verdadera disposición y peritaje, de la legislatura y sus asesores,

⁶⁶ Exposición de Motivos de la Ley para la Administración de los Recursos Humanos en el Servicio Público, Ley Núm. 184 de 3 de agosto de 2004; 3 L.P.R.A. § 1461 (derogada por la Ley 8 de 4 de febrero de 2017, según enmendada, mejor conocida como la "Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos en el Gobierno de Puerto Rico").

⁶⁷ Ley 8-2017.

⁶⁸ *Id.*, Art. 2, Secc. 2.1, incisos (1) (2) (3).

en psicología de la salud ocupacional, riesgos psicosociales y las implicaciones que tiene el no atender este asunto.

Por otra parte, las influencias de grupos de poder, como la Asociación de Industriales de Puerto Rico, ejercen mucha presión en la legislatura y han obstaculizado la creación de una ley en contra del hostigamiento laboral. Esta situación es penosa, porque dada la importancia de la salud psicosocial de los empleados, es menester que los países establezcan políticas públicas en pro de organizaciones psicológicamente saludables; sin sacrificar el bienestar de sus empleados por los intereses económicos de unos pocos que están en el poder. Para ello es imperativo que los cuerpos gubernamentales recurran a expertos de diversas disciplinas para que le asistan en esta tarea. Ello sin perder de perspectiva que el ambiente socioeconómico y político de los países industrializados hace más difícil la consecución de un ambiente de trabajo saludable, lo que hace más necesario aunar esfuerzos de diversos sectores para lograr esta encomienda; y no dejarse influenciar por grupos con intereses económicos y que podrían verse afectados con este tipo de legislación. Actualmente, somos testigos de la crisis económica y política que se atraviesa a nivel mundial; y Puerto Rico no es la excepción a esta debacle económica.

A tono con lo antes expuesto, en un simposio al cual asistí⁶⁹ y en varios de sus artículos, el Dr. Robert R. Sinclair⁷⁰ menciona que el factor económico es el riesgo psicosocial más nocivo para la salud de los, especialmente en países capitalistas, es el factor económico. Este psicólogo menciona que la crisis económica, ya sea individual o colectiva, tiene efectos perjudiciales en la salud mental y emocional de los individuos. De acuerdo al Dr. Sinclair:

[l]a crisis económica crea en las personas estresores⁷¹ económicos sobre su situación de empleo y la disponibilidad de los recursos necesarios para cumplir con sus exigencias de vida. Estos estresores incluyen la posibilidad del desempleo; subempleo (tener un empleo inferior a sus cualificaciones o habilidades), inseguridad de empleo (la amenaza de perder el empleo), privación económica (falta de ingresos) y percepción de estrés financiero. Las personas que experimentan estos estresores tienen mayores riesgos de tener enfermedades fi-

⁶⁹ Tercer Simposio de la Salud ocupacional: *Estresores Económicos, Riesgos Psicosociales y su Impacto en la Salud*, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras, 8 de abril de 2016.

⁷⁰ Profesor de Psicología Industrial Organizacional de la Universidad de Clemson en Carolina del Sur, Estados Unidos de América. Véase <http://www.clemson.edu/cbbs/about/profiles/RS-INCLA>.

⁷¹ Factores que desencadenan estrés. El estrés es un estado de tensión física o mental que provoca un cansancio mental, producto de la exigencia de un rendimiento que excede las capacidades y recursos del individuo; puede provocar diversos trastornos físicos y mentales. Véase Goleman, D. y Cherniss, C., *Inteligencia emocional en el trabajo*. Barcelona: Kairós (2005).

sicas o mentales. Los empleados que experimentan estrés económico a menudo están menos comprometidos, son menos productivos y son más propensos a abandonar su trabajo o la organización⁷².

Es un hecho probado que para las organizaciones poder sobrevivir a la convulsión económica que sufre cada país; matizada por un contexto de constantes cambios económicos, jurídicos, políticos y sociales; se necesita tener trabajadoras y trabajadores motivados y psicológicamente sanos y sanas que, a pesar de la crisis, puedan ser productivos. Para lograr este objetivo, las políticas de los gerentes de recursos humanos deben estar sincronizadas con estos valores y el contexto político, social y económico de la organización. Ello, porque las organizaciones se están moviendo en la búsqueda del conocimiento psicológico, el interés por las necesidades individuales y colectivas de los empleados y empleadas, la organización y de la sociedad en general⁷³.

Puerto Rico está atravesando el peor "caos financiero", laboral y social de su historia⁷⁴. Según expone la "*Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos en el Gobierno de Puerto Rico*"⁷⁵, de acuerdo a los datos recopilados por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, la economía de Puerto Rico está siendo afectada por una contracción económica de 14.6% en el Producto Estatal Bruto (PEB real); con una predicción de una contracción adicional de 3% dentro de los próximos 2 años. Desde hace varios años, el Gobierno de la isla ha estado operando con un déficit estructural y económico. En su intento de paliar los efectos negativos de la "profetizada" crisis económica, el Gobierno financió la deuda mediante emisiones de bonos y adquiriendo préstamos a favor del Banco Gubernamental de Fomento⁷⁶. Actualmente, el Gobierno no cuenta con una liquidez, con la cual pueda garantizar el pago de la nómina de los empleados públicos y el dinero de los pensionados⁷⁷.

⁷² Sinclair, R.R. *Se puede combatir el estrés*. Sábado, 9 de abril de 2016. Sección Perspectiva, periódico El Nuevo Día, p. 45. El Nuevo Día es un periódico de circulación general en la isla de Puerto Rico.

⁷³ Casado, J.M. *El valor de la persona: nuevos principios para la gestión del capital humano*. Madrid: Prentice Hall (2003).

⁷⁴ Rivera Ramos, E., *La Junta y el Colonialismo*. Martes, 19 de abril de 2016. Sección Perspectiva, periódico El Nuevo Día, p. 43.

⁷⁵ Exposición de Motivos de la Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos en el Gobierno de Puerto Rico, según enmendada, *Id.*

⁷⁶ "[...] banco, agente fiscal y asesor financiero del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y sus instrumentalidades". Véase "Misión" del Banco Gubernamental de Fomento para Puerto Rico, <http://www.gdb-pur.com/spa/about-gdb/mission.html> (2008-2017).

⁷⁷ Exposición de Motivos; Ley 8-2017, *Id.*

“Como consecuencia de la crisis que vive la isla, el Gobierno de los [Estados Unidos], en una acción concertada sin precedentes, ha ratificado el estatus colonial⁷⁸ del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”⁷⁹. Muestra de ello es la aprobación, por parte del pasado Congreso de los Estados Unidos, de la “Ley para la Supervisión, Administración y Estabilidad Económica de Puerto Rico⁸⁰” (en adelante, PROMESA⁸¹). Mediante esta Ley el Congreso facultó a una Junta de Supervisión Fiscal (de ahora en adelante, Junta) para que supervise, administre y reestructure las finanzas del erario; con el fin de promover el crecimiento y la recuperación económica del país. Entre los requerimientos que le ha hecho la Junta al Gobierno de la isla, se encuentran reestructurar el Gobierno, balancear presupuestos, y liberalizar el mercado laboral.⁸² Las mencionadas medidas de austeridad, solicitadas por la Junta, podrían afectar las finanzas, la seguridad laboral y la estabilidad emocional de los empleados públicos. Ante este panorama, tiene que ser uno de los objetivos principales de la Rama Ejecutiva y las agencias gubernamentales encargadas de la gerencia y administración pública, el crear e implementar políticas de administración, salud pública y de psicología de la salud ocupacional⁸³; a favor de la prevención del estrés económico y otros riesgos a la salud psicológica y social de los funcionarios públicos. Por lo que, promover un ambiente de trabajo psicosocialmente saludable, es una solución a los efectos de la debacle social, económica y moral que atraviesa nuestra “isla del encanto”⁸⁴.

⁷⁸ Ver definición de “colonia” (1. “[t]erritorio fuera de la nación que lo hizo suyo, y ordinariamente regido por leyes especiales”; 2. “[t]erritorio dominado y administrado por una potencia extranjera”); Véase Real Academia Española, *Diccionario Usual* (mayo 10, 2017, 7:00PM), <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=9q7UjC4l9q7W1wO>.

⁷⁹ Exposición de Motivos, Ley 8, *Id.*

⁸⁰ S. 2328, 114th Cong. §§ 1-701 (2016), *Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stability Act*.

⁸¹ Por sus siglas en inglés.

⁸² Exposición de Motivos, Ley 8, *Id.*

⁸³ Rama de la psicología que se enfoca en el estudio de la mejora de la salud psicosocial y la calidad de vida laboral, promoviendo un bienestar laboral general. Luthans, F., Youssef, C.M., y Avolio, B.J., *Psychological Capital: Developing the human competitive edge*. Oxford: Oxford University Press (2007)

⁸⁴ Organización Mundial de la Salud, *Creación de Entornos de Trabajo Saludables: un modelo para la acción: para empleadores, trabajadores, autoridades normativas y profesionales*, Véase http://www.who.int/occupational_health/healthy_workplaces_spanish.pdf (2010); Organización Mundial de la Salud, *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS Contextualización, Prácticas y Literatura de Apoyo*, http://www.who.int/occupational_health/cvclyn_hwp_spanish.pdf (2010); González, Z. *Reconocimiento: Estrategia para la retención y satisfacción laboral*, Sección de Empleos, periódico El Nuevo Día, 31 de mayo de 2015; Rodríguez, I. *Mejor talento Humano en las Organizaciones psicológicamente Saludables*, Sección de Empleos, periódico El Nuevo Día, 8 de marzo de 2015; Rosa Negrón, Trancys. *Liderazgo Transformacional: un elemento clave en toda organización*, Sección de Empleos, periódico El Nuevo Día, 24 de mayo de 2015.

Por todo lo antes expuesto, es evidente que el atender, solamente, el aspecto de la salud física, como lo hace la legislación existente en Puerto Rico de salud ocupacional, no garantiza el bienestar general y sanidad de las trabajadoras y los trabajadores públicos; y mucho menos la efectividad de las operaciones públicas. Ahora bien, ¿cuál debe ser la percepción de salud en el ámbito laboral, especialmente en las agencias administrativas del gobierno?

V. AGENCIAS ADMINISTRATIVAS Y SALUD PSICOSOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Además de la sección 16 de nuestra Constitución⁸⁵, la sección 7 establece el “[d]erecho a la vida, a la libertad y al *disfrute de la propiedad*...”⁸⁶ El empleado público, una vez adquiere estatus regular en el puesto, tiene un derecho propietario sobre el mismo. Por lo que trabajar en un ambiente tóxico y el cual no le provee un bienestar general, no le permite el pleno goce de su propiedad. En otras palabras, el gobierno estaría impidiendo el pleno goce de la propiedad del empleado al establecer y permitir ambientes de trabajo poco saludables. Por otro lado, un ambiente laboral poco saludable podría afectar la vida personal o familiar de los trabajadores, ya que, si su estado mental se afecta, esto impactará todas las áreas de su vida. En otras palabras, un ambiente laboral con riesgos psicosociales podría representar un ataque a la estabilidad familiar o personal de los empleados. Respecto a ello, la Constitución expone que “[t]oda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar”⁸⁷. Como es menester del Estado salvaguardar los derechos contenidos en nuestra Constitución; esto incluye a las agencias administrativas encargadas o relacionadas de alguna manera con la administración pública; el gobierno tiene que tomar las medidas necesarias para evitar estos ataques a la vida familiar y personal de sus servidores públicos.

La Ley de Ética Gubernamental⁸⁸ tiene un acercamiento, predominantemente individualizado. A base del cual se interviene con el comportamiento del servidor público, en su carácter individual. Sin embargo, al amparo de los poderes y facultades reconocidos por ley, la Oficina de Ética Gubernamental (en adelante OEG), junto a la Oficina de Gerencia y Presupuesto (en adelante OGP) y la Oficina de Administración y Transformación de los Recursos Humanos del Gobierno de Puerto Rico Capacitación y Asesoramiento en Asuntos Laborales y de Administración de

⁸⁵ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

⁸⁶ *Id.* (Falta poner la sección completa, verificar cita)

⁸⁷ Secc. 8, *id.*

⁸⁸ Ley de Ética Gubernamental de Puerto Rico de 2011, Ley Núm. 1 de 3 de enero de 2012, según enmendada, 3 L.P.R.A. § 1854.

Recursos Humanos⁸⁹ (en OATRH); pueden transfigurar el sistema reglamentario actual para transformar las agencias administrativas en entornos de trabajo psicológicamente saludables, y amonestar e imponer multas administrativas a las agencias que incumplan este mandato. La Exposición de Motivos de la Ley de Ética Gubernamental, establece que la misma:

[T]iene como objetivo principal renovar y reafirmar la función preventiva y fiscalizadora de la Oficina. A través de la política preventiva, se identifica, se analiza y se educa en los valores de confiabilidad, bondad, justicia, civismo, respeto y responsabilidad, que viabilizan la consecución de los más altos niveles de honestidad, rigurosidad y eficiencia en el desempeño de los servidores públicos.⁹⁰

Parte de esta política se promulgó para hacer cumplir lo dispuesto en los reglamentos de la antigua “Oficina de Capacitación y Asesoramiento en Asuntos Laborales y de Administración de Recursos Humanos de Puerto Rico” (OCALARH por sus siglas) y actual OATRH que es la agencia encargada de asegurar que las leyes y reglamentos aplicables a la administración y transformación de los recursos humanos y asuntos laborales en el Servicio Público se cumplan. En la exposición de motivos de una de las leyes habilitadoras de OCALARH se expuso que la misma es:

[E]s el organismo gubernamental sobre el que descansa la confianza del Pueblo y el Gobierno para la correcta aplicación del Principio de Mérito. Entre los roles ministeriales y facultades que esta entidad posee está capacitar, reglamentar, asesorar y fiscalizar al resto de las agencias que forman parte del sistema gubernamental, partiendo de este principio rector.⁹¹

Ya mencioné que el Principio de Merito, esbozado en la Ley 8-2017⁹², consiste en que el gobierno de Puerto Rico atraerá a las personas más aptas para trabajar en el servicio público. Esto es aplicable a todas las transacciones de personal; como reclutamiento, selección, ascenso, traslados, etc. Para lograr este cometido, OATRH

⁸⁹ Anteriormente conocida como la “Oficina de Capacitación y Asesoramiento en Asuntos Laborales y de Administración de Recursos Humanos de Puerto Rico” (OCALARH por sus siglas) y creada en virtud de la Ley 8-2017, *Id.*, § 4.1.

⁹⁰ Exposición de Motivos de *Id.*

⁹¹ Exposición de Motivos de la Ley para enmendar los Artículos 3 y 4 de la Ley Núm. 184 de 2004; Ley Núm. 133 del año 2011 derogada, 3 L.P.R.A. § 1461.

⁹² Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos en el Gobierno de Puerto Rico, Ley 8-2017.

tiene que incorporar dentro de sus reglamentos y políticas la creación de agencias administrativas psicológicamente saludables, según propongo en este artículo.

El mundo laboral ha cambiado significativamente, las personas ya están más educadas; y tienen más y mejores ofertas de empleo, gracias a la globalización y la competencia comercial. El empleado y empleada de estos tiempos es uno con una buena autoestima laboral que conoce su rentabilidad en el mundo comercial y buscará trabajar en el mejor lugar. Este "mejor lugar" involucra entornos de trabajos psicológicamente saludables y si el gobierno de Puerto Rico no quiere verse limitado en poder reclutar y retener a los más aptos, porque estos no quieran trabajar en un ambiente toxico, es urgente que OATRH comience a desarrollar un modelo de agencias psicológicamente saludables e implantarlo. Luego, tiene que ser asistido por la OEG para que esta imponga sanciones administrativas a las agencias que incumplan con las políticas de OPS y los reglamentos creados al amparo de estas.

Por otra parte, OGP fue creada en virtud de la Ley Orgánica de la Oficina de Gerencia y Presupuesto⁹³. Esta agencia "asiste y asesora al Gobernador y a las tres ramas de Gobierno en la administración y uso de los recursos públicos y otros aspectos gerenciales para promover un gobierno efectivo que garantice los resultados que los ciudadanos valoran"⁹⁴. Por lo que tiene que ser quien asista a OATRH en la implantación gerencial de las OPS y provea los fondos públicos para poder llevar a cabo los programas y medidas que las políticas de OPS requieran, según el modelo desarrolla por OATRH. Por otro lado, deben realizar los estudios correspondientes para medir los resultados de la implantación de las políticas de OPS y evaluar su efectividad. En fin, el desarrollo de agencias psicológicamente saludables tiene que ser un esfuerzo conjunto de estas tres agencias, con la ayuda de otros sectores de la sociedad, como médicos ocupacionales, psicólogos, trabajadores sociales, organizaciones sin fines de lucro, etc.; para así lograr entornos saludables de trabajo en beneficio de la ciudadanía en general. Tienen que convertirse en entes revolucionarios y transformadores de la administración pública de Puerto Rico.

La teoría crítica exige re-enfocar perspectivas y propósitos; y esta propuesta sería una oportunidad para un cambio laboral y de legislación a gran escala. Puerto Rico está viviendo un proceso de retos y desafíos importantes; como la crisis económica, corrupción política, la emigración masiva de profesionales y un desajuste social⁹⁵. Para que la clase obrera del sector público pueda sobrevivir a este fenómeno, debe ser objetivo del gobierno el transformar el ambiente laboral público en uno más justo y cohesionado, en donde se pueda alcanzar los estándares de una economía

⁹³ Ley Núm. 147 de 18 de junio de 1980, según enmendada, 23 LPRA § 101.

⁹⁴ Véase la página electrónica de OCALARH en <http://www2.pr.gov/agencias/ogp/ArcaTrabajo/Pages/Misi%c3%b3nVisi%c3%b3nyValores.aspx>

⁹⁵ Alegre Berrios, M. *Paraíso*. Sección Perspectiva del periódico el Nuevo Día, p.43, martes, 19 de abril de 2016.

desarrollada, incrementando la productividad y cerrando las brechas entre sectores productivos. La OEG, OATRH y OGP tienen la responsabilidad gubernamental, social, ética y moral de velar porque los funcionarios públicos obren de acuerdo a las normas y los principios del buen vivir social⁹⁶, trabajen en entornos saludables y tengan una vida de calidad; y para ello tienen que desarrollar e implantar un Modelo de agencias Administrativas Psicológicamente Saludables.

VI. PROGRAMAS DE AYUDA AL EMPLEADO

La ley de *Programas de Ayuda al Empleado y su Familia Inmediata*⁹⁷, expone que:

El campo laboral moderno requiere de una clase trabajadora sana, física y mentalmente. Estos son elementos indispensables para lograr una productividad y un ambiente laboral adecuado. En muchas ocasiones los trabajadores tienen que lidiar con circunstancias personales que afectan su desempeño en el trabajo. Esto, unido a las presiones dentro del ambiente laboral, tiene como resultado una baja productividad que a largo plazo afecta a las instituciones que los emplean.⁹⁸

En una demostración de reconocimiento a la importancia de salvaguardar la salud psicoemocional de los servidores públicos, el Legislador establece como política pública del Gobierno el:

[V]elar por la salud integral del servidor público y su familia, aumentar su productividad y ofrecer servicios de excelencia a la ciudadanía de nuestra Isla. La fuerza laboral de Puerto Rico se afecta en su eficiencia y productividad por los problemas que conlleva el ajuste a los cambios sociales. Los problemas ocupacionales, como el ausentismo, las tardanzas, los accidentes del trabajo por negligencia del empleado y otros, afectan la calidad de los servicios que proveen las agencias y, por ende, el funcionamiento del sistema gubernamental en general.⁹⁹

Por lo antes expuesto, esta Ley incita y faculta a las dependencias gubernamentales a establecer Programas de Ayuda al Empleado (en adelante PAE) como una

⁹⁶ Significa vivir en armonía y equilibrio con las relaciones sociales, de la comunidad, la naturaleza y con uno mismo.

⁹⁷ Ley Núm. 167 de 11 de agosto de 2002, según enmendada; 3 L.P.R.A. §§ 2311-2325.

⁹⁸ *Id.* Exposición de Motivos.

⁹⁹ *Id.*

asistencia primaria y alternativa eficaz para atender el impacto de los problemas psicosociales que enfrentan los empleados públicos; ofreciéndoles servicios de la salud mental para sí mismos y su familia inmediata. Los PAE fueron creados para que colaboraran en el proceso de educar, prevenir y fomentar estilos de vida y ambientes de trabajo saludables. Además, pueden constituir un recurso adicional para los supervisores y la alta gerencia, ofreciéndoles consejería organizacional para manejar diferentes situaciones laborales y destrezas de liderazgo transformacional¹⁰⁰.

La Administración de Servicios de Salud Mental y Contra la Adicción (ASSMCA por sus siglas) tiene la responsabilidad de monitorear el funcionamiento de los PAE en las dependencias del Gobierno. Procura que los empleados reciban la atención de salud mental primaria para atender cualquier conflicto psicosocial y garantiza que los servicios sean de calidad. Opino que el Gobierno puede ampliar aún más las facultades de ASSMCA para optimizar las medidas que procuran proteger y promover escenarios de trabajo psicosocialmente saludables en el servicio público. Estos programas han demostrado ser efectivos en la prevención y disminución de riesgos psicosociales y, por consiguiente, en el aumento de la productividad y satisfacción de la fuerza laboral¹⁰¹. Ante la crisis socioeconómica que vive el país, la desestabilidad de la salud mental de los puertorriqueños, la inseguridad laboral, y los riesgos que todo ello provoca, es apremiante que se prioricen el fortalecimiento y desarrollo de estos programas; y asegurar las partidas económicas para su funcionamiento. Esta gestión sería una inversión para el Gobierno y no un gasto, ya que lo invertido será retribuido mediante niveles óptimos de producción y de estabilidad psicosocial en el trabajo. Por lo que debe ser menester implantar, por mandato de Ley y no como una facultad, estos programas en todas las agencias del Gobierno.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Los servidores públicos necesitan esta intervención del Ejecutivo; debido a los riesgos psicosociales que enfrentan actualmente en sus lugares de trabajo, producto de los cambios sociales que estamos viviendo. El aumento de las exigencias en los niveles de producción de los empleados, consecuencia de la disminución de la

¹⁰⁰ Término creado por James MacGregor Burns, que se define como *“el tipo de liderazgo ostentado por aquellos individuos con una fuerte visión y personalidad, gracias a la cual son capaces de cambiar las expectativas, percepciones y motivaciones, así como liderar el cambio dentro de una organización”*. Véase Innovation Factory Institute, *¿Qué es el liderazgo transformacional? fomentando el cambio y la creatividad*, (abril 9, 2017, 3:00PM), <https://www.innovationfactoryinstitute.com/blog/el-lider-transformacional-fomentando-el-cambio-y-la-creatividad/>

¹⁰¹ Ley 167, *Id.*

fuerza laboral¹⁰², de por sí, es un estresor. Ello sin contar las ineficientes estrategias administrativas y de recursos humanos de las agencias administrativas que han convertido este ambiente laboral en uno tóxico. Como, por ejemplo, administrar los recursos humanos basado en favores políticos; no tener actualizados los planes de clasificación y redistribución de puestos; tener sistemas de compensación incompetentes en comparación al sector privado; no desarrollar sistemas de evaluación a empleados confiables y estructurados; poca atención al aspecto de salubridad laboral; entre otras estrategias ineficientes y destructivas. En ese marco, la seguridad y salud psicosocial en las agencias administrativas debe constituir un objetivo fundamental del Estado. Un objetivo que beneficie a todos los sectores por igual y redirija los esfuerzos hacia la clase obrera y no, solamente, a los grupos de poder que son los que más se benefician del ambiente obrero patronal actual. Además, de los que, irónicamente, depende el éxito operacional de las agencias administrativas, porque los grupos políticos y de poder económico han dominado por varios años los procesos operacionales de las mismas para su beneficio; cuando han sido llamados a regular lícita y justamente las operaciones de estas dependencias gubernamentales al servicio del país.

En fin, sería beneficioso para toda la ciudadanía organizacional que la administración pública no esté matizada por influencias y favores políticos. Irónicamente, la administración pública está exageradamente reglamentada por estatutos legislativos que, al llevarlos a la práctica, crucifican las exposiciones de motivos de las leyes protectoras del empleado para satisfacer intereses políticos partidistas. Existe mucha legislación y estatutos en beneficio de la salud de los trabajadores, pero pocos ambientes de trabajo psicológicamente saludables en el sector público. Paradójico, ¿no? En su quehacer fiscalizador y de auditoría¹⁰³ del cumplimiento de los valores éticos del trabajo, OCALARH, OGP y la Oficina de Ética Gubernamental deben trabajar por establecer ambientes de trabajo en el sector público en donde las motivaciones políticas y discriminatorias no sean escondidas bajo el manto de la sana administración pública con estatutos escritos en papel, pero sin ser llevados a la práctica.

Si el Gobierno de Puerto Rico no toma acción en relación a este asunto, existirá un ambiente de trabajo psicosocialmente enfermo y una sociedad que desconfiará del servicio público. El no emplear políticas que viabilicen la consecución de un entorno de trabajo psicológicamente saludable en todos los niveles organizacionales podría desembocar en un sinnúmero de efectos negativos; como lo son el

¹⁰² El Nuevo Día. *Superada la migración boricua del 50*. Edición electrónica, domingo, 1 de mayo de 2016. Véase <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/superadalamigracionboricua-del-50-2193771/>

¹⁰³ Ley de Ética Gubernamental, Ley 1-2012, exposición de motivos.

estrés, 'burnout', ausentismo, presentismo¹⁰⁴, falta de motivación, baja producción, insatisfacción de los clientes o beneficiarios del servicio y enfermedades psicoemocionales; y que consecuentemente afectaran a la ciudadanía en general.¹⁰⁵ Ante la inigualable crisis económica que atraviesa nuestra sociedad en Puerto Rico, las operaciones, la productividad, la motivación y salud psicosocial de los empleados gubernamentales puede verse afectada de manera perjudicial¹⁰⁶ y Puerto Rico no puede darse ese lujo.

Por último, en términos del carácter participativo, es medular para estos propósitos que se aúnen esfuerzos de diversos sectores del país. Es necesario la colaboración de diversos grupos que abarquen la salud física, mental, social y emocional de los empleados. Tiene que ser un trabajo de un equipo multidisciplinario en donde se atiendan todas las dimensiones de la salud de los trabajadores. Toda organización debe contar con un programa de salud ocupacional, no solamente porque proteger la salud de sus empleados es un deber moral, sino porque debe constituir una obligación social. Los empleados públicos de nuestro país, no deben ser la excepción y el gobierno de Puerto Rico tiene hacer valer estos derechos y actuar ¡YA, PORQUE SE LE HACE TARDE! Ojalá no nos pase lo mismo que nos pasó con la actual crisis económica autoprofetizada.

¹⁰⁴ Antónimo del ausentismo, se define como la presencia del trabajador para cumplir con la jornada laboral establecida, pero no existe una relación proporcional entre esta presencia y el nivel de producción del empleado. Véase <http://www.funecu.es/.../presentismolaboral-es-lo-contrario-de-absentismo-laboral-1618/>.

¹⁰⁵ Robbins, S.P. & Judge, T.A., *Organizational Behavior*. Duodécima Edición, Prentice Hall of India Private Limited, Nueva Delhi, India (2007); World Health Organization, *Crear Lugares de Trabajo Saludables y Equitativos para Hombres y Mujeres: Guía para empleadores y representantes de los trabajadores*, Véase <http://www.ilo.org/safework/arcasofwork/gender-andoccupational-safety-and-health/lang-es/index.htm> (2011); Healthy Workplaces Manage Stress: Tips and tools to manage stress and psychosocial risks in your workplace, Véase <https://www.healthy-workplaces.eu/en>; Health, Safety and Well-being Committee, Véase http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10767&Itemid=41403&lang=es; Asociación de Psicología de Puerto Rico (Comité de Organizaciones Psicológicamente Saludables), *Construyendo una Cultura de Paz en las Organizaciones*, Véase <http://www.asppr.net/#!comite-ops/c1404>.

¹⁰⁶ Sección Por Dentro Bienestar, *Riesgo de Embolia Cerebral*, Periódico El Nuevo Día, viernes, 25 de marzo de 2015, p. 2; Sinclair, R.R. *Se puede combatir el estrés*, Sábado, 9 de abril de 2016. Sección Perspectiva, periódico El Nuevo Día, p. 45. El Nuevo Día es un periódico de circulación general en la isla de Puerto Rico; Casio, W.F. & Aguinis, H., *Applied Psychology in Human Resource Management*. Sexta Edición. Pearson Prentice Hall, Nueva Jersey, EEUU (2005).

¡MÍRAME!: LA CULTURA DEL CINE COMO INSTRUMENTO DE DENUNCIA Y SENSIBILIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS LGBTIQ.¹

LUIS CONTI RIVERA VILLANUEVA²

RESUMEN

Este artículo tiene como propósito exponer el estado de los Derechos Humanos y las vejaciones que sufren las comunidades LGBTI en el Caribe ante las violaciones de estos Derechos. Desde la falta de acceso a servicios gubernamentales, hasta la falta de reconocimiento al derecho a la Identidad, pasando por la ausencia de protecciones en el ámbito laboral, social, económico y moral en sus países de origen. Estas violaciones están contenidas en Informes Anuales, Informes Especiales y Requerimientos de importantes organismos como la Organización de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría de Asuntos LGBTI de la CIDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Amnistía Internacional entre otros. Estos informes denuncian algunas de las realidades culturales, sociales y políticas de estas comunidades, ante este panorama es difícil hablar de avances. Esto nos lleva a preguntarnos qué es lo que sigue sin ver el Derecho en algunos países de la región y que herramientas están al alcance para lograr que el Derecho en todas sus dimensiones tome nota de esas realidades.

Palabras clave: *derechos lgbti, derecho y cine, trans, cine social.*

ABSTRACT

This article aims to expose the state of Human Rights and the vexations suffered by LGBTI communities in the Caribbean in the face of violations of

¹ En este texto se optó por la denominación LGBTIQ (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans, Intersexual y Queer) adoptado por el Colectivo Orgullo Arcoiris, principal organización LGBTIQ de Puerto Rico. Sin embargo, ILGALAC (Asociación Internacional de Lesbianas y Gays de Latinoamérica y el Caribe) utiliza las siglas LTTTGBI (Lesbianas, travestis, transsexuales, transgénero, gays, bisexuales e intersexuales).

² Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Máster en Cultura Jurídica: Seguridad, Justicia y Derecho de la Universitat de Girona en Catalunya, España. Cualquier comentario puede ser enviado a luiscntilaw@gmail.com.

their Rights. From the lack of access to government services, to the lack of recognition of the right to identity, to the absence of protection in the labor, social, economic and moral field in their countries of origin. These violations are contained in Annual Reports, Special Reports and Requirements of important organizations such as the United Nations Organization, the Inter-American Commission on Human Rights, the IACHR Rapporteurship on LGBTI Issues, the Inter-American Court of Human Rights, Amnesty International and others. These reports denounce some of the cultural, social and political realities of these communities, before this panorama it is difficult to speak of advances. This leads us to ask ourselves what does not follow the law in some countries of the region and what tools are available to make law in all its dimensions take note of these realities.

Keywords: LGBTI law, law and film, trans, social film.

ARTÍCULO

I. INTRODUCCIÓN

“El amor es como el arte, es una fuerza que entra en nuestras vidas sin expectativas, reglas, ni limitaciones. El amor como el arte debe ser libre.”
- Hernando³

Se ha escrito mucho sobre las violaciones a los derechos humanos; probablemente mucho más de lo que muchos de nosotros hemos podido leer. Pero, ¿cuántas de estas violaciones hemos logrado mirar? ¿Cómo lo hemos hecho? ¿Desde qué perspectiva? Resulta importante que reconozcamos que cada región tiene características y tradiciones muy propias, las cuales sacadas fuera de su contexto cultural parecieran violaciones a los derechos humanos visto desde los ojos de un espectador ajeno a esta. No obstante, la realidad es que existen entendidos internacionales sobre las garantías mínimas que deben existir en los países como protecciones a los derechos humanos en general. Los menciono en general, porque la realidad es que, en la medida en que se han ido atendiendo unos grupos, otros han quedado rezagados o relegados a niveles de atención muy bajos por parte de algunos países. La protección de los derechos humanos y civiles han escrito páginas en la historia de naciones alrededor del mundo entero. Desde el apartheid, hasta el movimiento de

³ *Sense8: Death Doesn't Let You Say Goodbye* (Netflix 2015) (Hernando es un personaje gay interpretado por el actor Alfonso Herrera).

derechos civiles en Estados Unidos, pasando por los derechos de los pueblos indígenas, el voto de la mujer y el movimiento por los derechos LGBTIQ.

De todo lo anterior, podemos decir con certeza que surgen unas realidades que el Derecho parece no ver. Lo más grave de ello es que, mientras el Derecho no sea capaz de ver y entender estas realidades, las comunidades LGBTIQ continuarán sufriendo día a día y en carne propia las violaciones a sus derechos fundamentales en muchos de los países que componen la región caribeña.

Ante esto es importante preguntarnos: ¿Cómo puede el Derecho ver el sufrimiento que provoca su aparente inacción o su acción bien intencionada pero desconectada de la realidad? Es aquí donde herramientas como el cine, con propuestas marcadas por esas realidades que el Derecho ignora, apuesta por la sensibilización, la denuncia y la educación, con la intención de hacer que se puedan ver y con ello lograr cambios. El cine ha logrado mostrar el pensamiento social, ya sea como un recuento histórico para referencias futuras o mostrando realidades sin atenderse. De hecho, aun sin saberlo, mucho de lo que creemos saber, o inclusive, de la forma en la que pensamos sobre determinados temas se debe en parte a algún filme que hemos visto y ha dejado una huella en nuestro pensamiento. Esto es así, pues nos hemos visto reflejados o hemos visto la historia o la realidad de gente muy cercana a nosotros, retratadas en esas historias que el cine muestra en pantalla grande. De eso trata este escrito, de mostrar al cine, como herramienta para las nuevas generaciones.

La propuesta que presento es una mirada a esas realidades que el Derecho ignora: una cultura de cine que educa y sensibiliza a través de la denuncia. Con este trabajo pretendo enmarcar esas realidades ignoradas y cómo estas se ven reflejadas en el cine de algunos países. Es una propuesta idónea para que la educación no sólo la jurídica, mire al cine social como recurso y herramienta pedagógica para la sensibilización de los componentes que impactan legislación, políticas públicas y jurisprudencia.

II. LOS DERECHOS HUMANOS LGBTIQ EN AMÉRICA LATINA

“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.”

– Preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ⁴

A. El Derecho Vigente

Cuando hablamos de derechos humanos, el término suele ser tan amplio que podemos no tener una definición clara que permita abordar el tema con seguridad. De

⁴ A.G. Res. 217 (III) A, Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última visita, 29 de noviembre de 2016, 3:00 pm).

hecho, dependiendo de las realidades propias de quien exponga la balanza parece darles cierto peso a determinados derechos sobre otros, provocando así una peligrosa *estratificación* de derechos humanos. Es ahí cuando los derechos relacionados a las comunidades de minorías sexuales y de género pasan a ser mencionados propiamente como derechos humanos LGBTIQ. Al reconocerse como tal, se pretende dar visibilidad a estas comunidades que, por distintas razones, habían quedado fuera del temario general con respecto a los derechos humanos. Con la evolución de las luchas, la apertura y la visibilidad se ha logrado a diferentes avenidas que impactan directamente escenarios como la legislación de leyes, de políticas públicas y la jurisprudencia. Estas son, en parte, reflejo del cambio constante en el pensamiento social con relación a las comunidades LGBTIQ. La cultura jurídica⁵ es otra de esas áreas que se ha visto influenciada por estas manifestaciones. Y es que, del modo en que opera, se ve influenciada desde el exterior al interior y vice versa. Es así como se han logrado avances en legislación y política pública en muchos de los países de la región. Debe entenderse que, cuando se habla de derechos humanos, lo LGBTIQ sigue estando presente, aun cuando no se le nombre propiamente. Ejemplo de ello es la definición que la Organización de las Naciones Unidas tiene sobre los derechos humanos. Esta reconoce a los derechos humanos como “garantías esenciales para que podamos vivir como seres humanos. Ello provoca que sin ellos no podemos cultivar ni ejercer plenamente nuestras cualidades, nuestra inteligencia, talento y espiritualidad”.⁶

A nivel internacional, el referente de mayor peso con relación al tema lo es, sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas⁷, la Declaración surge:

[C]omo un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante

⁵ La noción de “cultura jurídica” se ha desarrollado como herramienta conceptual para la comprensión del Derecho como fenómeno social, esto es, como proceso actualmente operante en el interior de la sociedad. Dentro de la cultura jurídica, se entiende el Derecho como un fenómeno cultural, no como un conjunto de prescripciones o reglas de conducta particulares.

⁶ NACIONES UNIDAS, *Derechos Humanos*, <http://www.un.org/es/rights/overview/> (última visita, 29 de noviembre de 2016, 4:50pm).

⁷ *Id.* Establecida en 1945 en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General ocupa un lugar central como principal órgano deliberativo, de formulación de políticas y representativo de las Naciones Unidas. La Asamblea está integrada por los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas y proporciona un foro para el debate multilateral de toda la gama de cuestiones internacionales que abarca la Carta. También desempeña un papel importante en el proceso de establecimiento de normas y en la codificación del derecho internacional. La Asamblea celebra en forma intensiva un período ordinario de sesiones cada año, de septiembre a diciembre, o durante más tiempo si fuese necesario.

la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.⁸

Otro elemento trascendental y que evocamos con frecuencia versa sobre el concepto de la dignidad del ser humano y la inviolabilidad de esta. Sobre el particular, la profesora Ana Irma Rivera Lassén comenta que: “[l]a Declaración de Derechos Humanos está redactada en base a estos fines: libertad, solidaridad, igualdad y dignidad inviolable de cada persona, aunque se ha necesitado de mucho esfuerzo para que no sea la Declaración de los Derechos del Hombre”.⁹ A esto añade que:

La dignidad del ser humano, a la vez trasciende esta individualidad, ya que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. Mediante esta Declaración, los Estados se comprometieron a asegurar que todos los seres humanos, ricos y pobres, fuertes y débiles, hombres y mujeres, de todas las razas y religiones, son tratados de manera igualitaria¹⁰.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹ de la Organización de Estados Americanos surge como uno de los referentes más modernos en cuanto a los compromisos que los países en la región deben garantizar. Un ejemplo de ello es el Artículo 1.¹² Este establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idio-

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos. Ver nota 4.

⁹ Ana I. Rivera Lassén, *Del Dicho al Derecho Hay Un Gran Trecho O El Derecho A Tener Derechos: Decisiones Del Tribunal Supremo De Puerto Rico Ante Los Derechos De Las Mujeres Y De Las Comunidades LGBTTI* (Ponencia), 44 REV. JUR. UPR 39, 41 (2010).

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), San José, Costa Rica (7 al 22 de noviembre de 1969). Por su parte, la Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. Fue creada en 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951.

¹² *Id.*

ma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Adicionalmente, su Artículo 24 establece la Igualdad ante la Ley y expone que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.¹³

Aun así, cuando se trata de personas LGBTIQ, estos compromisos no lucen necesariamente inclusivos. Tampoco las acciones concretas para garantizar esa igualdad ante la ley para todos y todas. Para efectos de la Convención Americana de Derechos Humanos, el término “persona” se refiere a todo ser humano. Muchos de los conceptos que más resuenan en el discurso de derechos humanos a nivel internacional encuentran similitudes con mandatos o aspiraciones en muchas de nuestras constituciones. Conceptos como la igualdad ante la ley, la equidad y las libertades, son tan inherentes al ser humano como lo son la dignidad y su inviolabilidad. Pero, cuando por ejemplo hablamos en relación a los derechos sexuales y reproductivos, los cuales son evidentemente inherentes al ser humano, las interpretaciones suelen tener matices poco inclusivos, machistas y, sobre todo, excluyentes para las comunidades LGBTIQ. En un artículo sobre la inaccesibilidad en la salud sexual, Annelly Hernández menciona que “[l]a equidad y la libertad son la raíz de todos los derechos esenciales propios de ser una persona autónoma. Garantías constitucionales que no tengan esto como base violentan la dignidad del ser humano”.¹⁴ En esto concurro.

En Puerto Rico, por ejemplo, la inviolabilidad de la dignidad humana está expresa en la Constitución.¹⁵ Pero, ¿sabemos realmente en qué consiste la dignidad? La dignidad le pertenece a la condición humana. Ésta no es un valor intercambiable que no depende de nada ni de nadie, por lo que es irrenunciable.¹⁶ Esto, como muchas otras valoraciones constitucionales de carácter fundamental, queda a merced de la interpretación de nuestros tribunales. Instituciones compuestas por personas de carne y hueso, con sesgos, realidades, creencias, valores y dogmas propios de su contexto sociocultural, político y económico que, en muchas ocasiones, distan de aquellos que se ven compelidos a seguir dichas interpretaciones. Ante esa irrenun-

¹³ *Id.*

¹⁴ Annelly Hernández, *La Revolución del Clitoris: Una Crítica a la Inaccesibilidad de la Salud Sexual*, 12 REV. CRÍT. UPR 31 (2016).

¹⁵ CONST. E.L.A., art. II, § 1.

¹⁶ Hernández, *supra* nota 15, (citando a: Carlos E. Ramos González, *La Inviolabilidad de la Dignidad Humana: lo indigno de la búsqueda de expectativas razonables de intimidad en el derecho constitucional puertorriqueño*, 10 REV. ACAD. PR JURIS. LEGIS. 1), (disponible en <http://academiajurisprudenciapr.org/new/discurso-del-academico-de-numero-carlos-e-ramos-gonzalez/>) (última visita, 3 de diciembre de 2016).

ciabilidad y la falta de reconocimiento o de acción por parte de organismos estatales y locales, ¿qué herramientas tienen las comunidades LGBTIQ? La comunidad internacional, consciente de que el proceso de reconocimiento de derechos humanos es un proceso lento (mucho más lento de lo que quisiéramos) ha creado organismos en las esferas internacionales y, más recientemente, regionales. Estos, en sus distintos roles, asumen importantísimas posturas con relación a los derechos humanos LGBTIQ. Para propósitos de este artículo, miraremos dos de esas principales posturas. En primer término, las instituciones creadas por los estados u organismos internacionales, seguido por las organizaciones no gubernamentales.¹⁷ Veamos.

B. De las Instituciones Internacionales y su Rol en la Defensa de los Derechos Humanos LGBTIQ.

“La legalidad no es igual a accesibilidad.” - Annelly Hernández¹⁸

A nivel internacional y regional encontraremos varias instituciones llamadas a velar por los derechos humanos. Como se mencionó antes, tenemos primero las instituciones a las que están integrados los estados¹⁹ y, segundo, otras organizaciones no gubernamentales,²⁰ locales, regionales y supranacionales. ¿Cuál ha sido su rol frente a los temas de derechos humanos LGBTIQ? La intención de esta breve exposición es familiarizar al lector con dichos escenarios para que pueda tener una idea clara sobre los próximos subtemas en materia de los informes que estos organismos y organizaciones emiten para medir el desarrollo de los derechos humanos.

El primer órgano internacional es uno adscrito a Naciones Unidas, es a la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Esta oficina tiene el mandato de promover y proteger el goce y la plena realización, para todas las personas, de todos los derechos contemplados en la Carta de las Naciones Unidas y en las leyes y tratados internacionales en materia de derechos humanos.²¹ A nivel

¹⁷ En adelante, ONGs.

¹⁸ Hernández, *supra* nota 15.

¹⁹ La Organización de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM), la Unión Europea, la Unión de Países Africanos, entre otras.

²⁰ Algunos ejemplos son Amnistía Internacional, Centro de Acción de los Derechos Humanos, Human Rights Watch, International Lesbian & Gay Rights (ILGA) entre otros.

²¹ NACIONES UNIDAS, *Mandato de la ACNUDH*, <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/Mandate.aspx>, (última visita, 29 de noviembre de 2016). El mandato incluye prevenir casos de violaciones de derechos humanos, asegurar el respeto de todos los derechos humanos, promover la cooperación internacional para proteger los derechos humanos, coordinar actividades conexas en toda la Organización de las Naciones Unidas, y fortalecer y hacer más eficiente el sistema de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos. Además de las res-

de las Américas, la Organización de Estados Americanos²² tiene entre sus principios “[l]a educación de los pueblos deben orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz”.²³ La Carta de la OEA tiene el Artículo 106 que crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁴ la cual: “tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.”²⁵

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA encargado de la promoción y protección de los derechos humanos el continente americano. Además, sirve como órgano consultivo de la OEA en dicha materia. La Comisión realiza su trabajo con base en tres pilares de trabajo: i) Sistema de Petición Individual; ii) el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros; y iii) la atención a líneas temáticas prioritarias. A través de este andamiaje, la Comisión considera que:

[E]s fundamental dar atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación. En forma complementaria, otros conceptos informan su trabajo: el *principio pro persona*, la necesidad de acceso a la justicia, y la incorporación de la perspectiva de género a todas sus actividades.²⁶

ponsabilidades encomendadas por el mandato, la Oficina encabeza los esfuerzos por integrar un enfoque de derechos humanos en todas las actividades de los organismos de las Naciones Unidas. La OACDH se atiene en su labor al mandato encomendado por la Asamblea General en su resolución 48/141, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los subsiguientes instrumentos de derechos humanos, la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) y el Documento Final de la Cumbre Mundial (2005).

²² En adelante, OEA.

²³ Organización de Estados Americanos, *Principios: Principio N*, <http://www.oas.org/es/accrca/principios.asp>. (última visita, 29 de noviembre de 2016).

²⁴ En adelante, la CIDH. Fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. La CIDH fue formalmente establecida en 1960, cuando el Consejo de la Organización aprobó su Estatuto. es uno de los dos órganos del Sistema Interamericano responsables de la promoción y protección de los derechos humanos. Está integrada por siete miembros, elegidos por la Asamblea General, quienes ejercen sus funciones con carácter individual por un período de cuatro años, reelegibles por una sola vez.

²⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Tratados Multilaterales Interamericanos, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, http://www.oas.org/cs/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Capítulo XV, (última visita, el 29 de noviembre de 2016).

²⁶ *Id.* (énfasis suplido). La interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser humano.

Cumpliendo con el mandato que le fue dado a partir del año 1990, la CIDH empezó a crear relatorías temáticas con el fin de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión en determinado tema. El objetivo de esta fue brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto. Continuando con esa línea de trabajo, en 2001 la CIDH creó la Unidad de Defensores de Derechos Humanos (UDDH), la cual fue convertida en Relatoría en 2011. Una de las iniciativas más importantes y de mayor trascendencia para los derechos humanos en Latinoamérica y el Caribe es la Relatoría LGBT.²⁷ A esta se le encomendó monitorear la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales en la región de América Latina. Con el propósito de salvaguardar los derechos humanos de estas personas, se le otorgaron cuatro diferentes funciones:

1. [A]tender los casos y peticiones individuales, que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.
2. Asesorar a los Estados miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA en esta materia.
3. Preparar informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA en los campos de la política pública, la legislación y la interpretación judicial sobre los derechos humanos de estas personas.
4. Monitorear las violaciones a derechos humanos de las personas LGBTI en las Américas y visibilizar dichas violaciones.

Si bien son claros los avances que a nivel internacional han hecho estos organismos para adelantar el tema de derechos humanos, esto parece no ser suficiente. Todas estas instituciones han producido a lo largo de los años convenios, entendidos, declaraciones, pactos y un sinnúmero de mecanismos destinados a salvaguardar, proteger y fomentar el respeto por los Derechos Humanos, incluidos los de las comunidades LGBTIQ. Sin embargo, esto no se ha visto traducido en adelantos a nivel nacional de estas comunidades.

²⁷ Creada en 2011 como una unidad de trabajo, fue elevada al rango de Relatoría en el año 2014.

C. De las violaciones a los derechos humanos LGBTIQ

*“Es imperante la voluntad jurídica de los operadores legales en ser creativos en sus argumentos para así utilizar el potencial de nuestros principios constitucionales y hacer verdadera justicia protegiendo los derechos humanos. Hay que recordar que el Derecho no siempre es sustantivo, el Derecho sigue siendo palabra, es cambiante y dinámico.” - Annelly Hernández*²⁸

A pesar de contar con el derecho vigente a nivel internacional, y en algunos casos también a nivel nacional, las realidades que viven en el día a día los integrantes de las comunidades LGBTIQ en sus países dista mucho de lo que aspira el Derecho. Años tras año, a pesar de las denuncias hechas por las ONGs y por organismos oficiales internacionales, muchos de estos países continúan ignorando estos vejámenes. Todas estas denuncias se ven reflejadas en la preparación, compilación y publicación de datos mediante informes, requerimientos y otros mecanismos que estas ONGs y los organismos oficiales tienen disponibles. Estos mecanismos se nutren de las informaciones que compilan a nivel regional sus oficinas, capítulos y ONGs locales, donde no cuentan con presencia debido a múltiples factores.²⁹ En el caso de la ONU, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos trabaja mediante la presentación de un informe anual sobre el estado de los derechos humanos en el mundo. Lo mismo ocurre a nivel de la OEA y la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁰ que, además de generar informes, emite requerimientos o solicitudes de información, publicaciones y órdenes. Las ONGs además de llevar casos de violaciones de derechos humanos ante la Corte, publican Informes Anuales en los que las denuncias aparecen de manera concreta.

Estos informes son los que mantienen a los defensores de derechos humanos al tanto, no solo de las tendencias en cuanto a violaciones, sino a posibles escenarios que puedan enfrentar a nivel local. También, le permite a las ONGs nutrirse de información veraz, actualizada y con credibilidad sobre las violaciones de los derechos humanos que pasan las personas en sus países de origen y así pueden trazar estrategias conjuntas que superan las fronteras físicas. Los operadores jurídicos pueden encontrar en ellos herramientas argumentativas y estadísticas que les permitan levantar bandera sobre estas violaciones. Hay que tener claro algo, hablar de derechos humanos no es hablar de un tema inconexo de otras situaciones; es

²⁸ Annelly Hernández, *La Revolución del Clitoris: Una Crítica a la Inaccesibilidad de la Salud Sexual*, 12 Rev. Crit. UIPR 31 (2016).

²⁹ Entre estos destacamos la falta de personal por asuntos de seguridad, la carencia de fondos para operar en otros lugares y estrategias colaborativas conjuntas para no competir.

³⁰ Adscrita a la CIDH. En adelante, la Corte.

hablar de asuntos diplomáticos, políticos, económicos, sociales y culturales. Las tendencias a nivel internacional muestran que más y más países y empresas miran el estado de los derechos humanos de los distintos lugares donde buscan hacer negocios. Esta es una hipótesis que podemos evaluar con datos fiables, pero este no es el fin de este artículo.

Pasemos a analizar los más recientes informes a los que me he referido. Lo reflejado en ellos es precisamente algunos de los principales temas que aborda el cine, particularmente el cine LGBTIQ que se produce o que hace referencia a Latinoamérica y el Caribe. Para exponer un panorama claro, me doy la tarea de presentar detalles particulares sobre dichos informes. El primero es el Informe Anual 2014³¹ de la Relatoría de Asuntos LGBTI que, por tratarse de su primer año de formación, se dedicó a trazar las áreas de trabajo para la misma. Esta informó que sus cuatro líneas de trabajo serían:

1. la presentación de un informe regional sobre la situación de la violencia hacia las personas LGBTI;
2. procesar peticiones y casos;
3. prestar asesoramiento técnico a los Estados Miembros de la OEA; y
4. monitorear la situación de derechos Humanos en la región dando así visibilidad a las violaciones de sus derechos humanos.

En su primer Informe, en 2015,³² la Relatoría menciona que existe “un conjunto de desafíos que ha identificado en la región”, de estos menciona:

1. la prevalencia de formas de violencia contra las personas LGBTI en el hemisferio, incluyendo física, psicológica, sexual, económica, institucional, y otras manifestaciones;
2. las fallas en el cumplimiento del deber de actuar con debida diligencia, incluyendo la prevención, la investigación, la sanción, y la reparación de violaciones de derechos humanos que afectan a las personas LGBTI;
3. las múltiples formas de discriminación e interseccionalidad (por ejemplo, indígenas, afro-descendientes, con discapacidad, viviendo con VIH/SIDA); y

³¹ Relatoría de Asuntos LGBTI, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2014*, págs. 337-341(2014).

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2015: Relatoría de asuntos LGBTI*, págs. 456-459 (2015). Disponible en, <http://www.oas.org/cs/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap3-ES.pdf>.

4. los obstáculos en el ejercicio de los derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales de las personas LGBTIQ.

Durante este año, y luego de haber sido aprobado por la CIDH en noviembre de 2015, la Relatoría publicó el primer Informe Regional sobre los derechos de personas LGBTI en el continente americano. El informe elaborado por la Relatoría fue titulado *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*³³ (“Violencia contra Personas LGBTI”). Está compuesto de siete capítulos que abordan la problemática de la violencia cometida contra personas LGBTI por agentes estatales y no estatales. Se enfoca en la violencia física y la falta de una respuesta estatal efectiva para hacer frente a la misma. Además, ausculta el incumplimiento del deber de los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar esta violencia. Este informe desarrolla el concepto de violencia por prejuicio contra personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas, o cuyos cuerpos difieren de la corporalidad binomial estándar “femenina” o “masculina”.³⁴ En este informe, la CIDH observó que:

[S]i bien en varios países de la región se han registrado avances significativos en el reconocimiento de derechos de las personas LGBTI, continúan registrándose altos índices de violencia en todos los países de la región, los cuales se caracterizan por su alto grado de ensañamiento y crueldad. Asimismo, la CIDH encontró que la gran mayoría de asesinatos y actos de violencia contra personas LGBTI quedan impunes, e identificó los obstáculos más significativos en el acceso a la justicia de personas LGBTI y sus familiares.³⁵

De manera similar el Informe del 2015 titulado *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*,³⁶ de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, reconoce los progresos realizados en materia de Derechos Humanos de algunos países en Latinoamérica. El informe destaca a Chile y Honduras por tomar medidas para abordar la violencia homofóbica y transfóbica. Estas medidas van dirigidas a penalizar delitos motivados por prejuicios, facilitando así los procesos judiciales en

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 12 (tomado el 29 de noviembre 2016).

³⁴ Pendiente a consulta sobre las definiciones del informe.

³⁵ CIDH, *supra* nota 36.

³⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23 (2015).

determinados casos e imponiendo severas penas en modalidad de agravantes para este tipo de actos. También, menciona la creación de Unidades Especializadas en la persecución de delitos motivados por prejuicios por orientación sexual e identidad de género.³⁷ Otra iniciativa es la creación de materiales de formación sobre los derechos de los privados de libertad que se identifican como LGBTIQ por parte de Ecuador. Por su parte, la CIDH en su Informe 2015³⁸ reveló que hizo dos *Solicitudes de Información* bajo el artículo 41, inciso (c) de la Convención Americana³⁹ a Jamaica con relación a *Homelessness and LGBT Youth* y a República Dominicana sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas LGBTI.

En el contexto de las ONGs, en su *Informe Anual* de 2009 ILGALAC,⁴⁰ reportó que once países latinoamericanos penalizan prácticas asociadas a la no heterosexualidad. Dando como conclusión que, “[e]l área de América Central y el Caribe es el foco más intensamente represivo en materia legal”.

[L]as penalidades con diversos grados y modalidades, van desde los 5 a los 25 años de cárcel en Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominica, Granada, Belice, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas y Trinidad y Tobago. En Guyana, Barbados y Trinidad y Tobago pueden acarrear la privación de libertad de por vida (cadena perpetua); en Belice y Trinidad y Tobago las leyes migratorias prohíben el ingreso de homosexuales al país. En Jamaica, uno de los países considerados como el más homofóbico de la región, es una tradición entre los cantantes rastafaris la homofobia de sus letras, denunciada y censurada durante sus giras a países europeos. Otro ejemplo lo es República Dominicana, donde han sido denunciadas restricciones a la libertad expresión y se prohíbe por ley la adopción por parte de personas homosexuales.⁴¹

³⁷ En Honduras, México, Colombia.

³⁸ CIDH, *supra* nota 35.

³⁹ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (7 al 22 de noviembre de 1968), disponibles en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

⁴⁰ ILGALAC es la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex para América Latina y el Caribe. Su Oficina Regional con sede en Buenos Aires, contribuye a mejorar la comunicación y la interconexión con las más de 250 organizaciones miembro presentes en todos los países de la región.

⁴¹ Carlos Figari, *El movimiento LGBT en América Latina: institucionalizaciones oblicuas*, MOVILIZACIONES, PROTESTAS E IDENTIDADES POLÍTICAS EN LA ARGENTINA DEL BICENTENARIO, pág. 231. Disponible en https://sexrojas.files.wordpress.com/2010/10/figari_institucionalizaciones-oblicuas.pdf, (última visita, 18 de mayo de 2017, 10:00 pm).

De otra parte, Amnistía Internacional,⁴² para su Informe 2014-2015, incluyó el *Estado de los Derechos Humanos de personas LGBTI*.⁴³ En el mismo aparecen nombrados Haití, Puerto Rico, Jamaica y Trinidad y Tobago con acciones o informaciones de envergadura en materia de derechos para personas LGBTI.⁴⁴ Desde la no intervención en Haití por parte de la policía en agresiones verbales o físicas contra estos, hasta quedando impunes los responsables, brutalidad policiaca, hostigamiento y persecución por parte de la Policía en Jamaica debido a su orientación sexual. También la persecución de activistas de derechos humanos, particularmente a mujeres, colectivo LGBTIQ, migrantes, periodistas, blogueros y blogueras y sindicalistas. En el caso de Trinidad y Tobago, la homosexualidad es ilegal y es castigada con penas de hasta 25 años.⁴⁵ De hecho, a la fecha del informe seguían vigentes leyes que prohíben la entrada de gente gay al país.

En el caso de Jamaica, la situación es dramática. El documental *Young and Gay: Jamaica's Gully Queens*⁴⁶ retrata la situación de las personas LGBTIQ en dicho país. Sus realizadores comentan que los ataques, asesinatos y las violaciones son hechos comunes contra las personas LGBTI, con poco o ningún castigo o justicia en contra de los responsables. Muchos indigentes jamaicanos LGBTI han encontrado refugio en los sistemas de drenaje de tormenta de Kingston, conocido localmente como “gullies”. Añaden que, para las niñas transexuales y los hombres gays que no pueden o no quieren ocultar su sexualidad, el sentido de la comunidad y la seguridad relativa del barranco provee actos como un santuario bienvenido, y para muchos, una esperanza de cambio por venir.

Con relación a Puerto Rico, el informe presenta la situación previa a *Obergefell v. Hodges*⁴⁷ en la que, a nivel de la Corte Federal del Distrito de Puerto Rico, el juez Pérez Jiménez había fallado en contra del matrimonio igualitario. El informe 2015-2016 ya contiene el estado de Derecho vigente, incluyendo la falta de protocolos

⁴² Amnistía Internacional es un movimiento global de más de 7 millones de personas que se toman la injusticia como algo personal. Trabajamos por un mundo en el que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.

⁴³ Amnistía Internacional, *Informe sobre el estado de los derechos humanos de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)* (2014/2015). pág. 24.

⁴⁴ Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998.

⁴⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23 (2015).

⁴⁶ *Young and Gay: Jamaica's Gully Queens*, VICC (28 de julio de 2014), <https://news.vicc.com/video/young-and-gay-jamaicas-gully-queens-full-length>, tomado el 19 de noviembre de 2016.

⁴⁷ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (resolviendo que bajo la Decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos el matrimonio constituye un Derecho Fundamental y por ende no puede ser prohibido por legislación estatal).

para atender a las personas trans. Esto, a pesar de que en los últimos dos años la administración gubernamental ha intentado cumplir con las normativas federales del gobierno de los Estados Unidos con relación a las personas trans. Con relación al Caribe, en su Informe 2015 sobre la *Violencia contra personas LGBTIQ*, la Comisión Interamericana de Derecho Humanos expuso que:

[O]nce⁴⁸ Estados Miembros de la OEA, de la región del Caribe Anglófono, tienen vigentes leyes que criminalizan las relaciones sexuales y otros actos sexuales consensuales entre adultos realizados en privado. Un Estado tiene vigente legislación que criminaliza el uso de prendas tradicionalmente asociadas a otro género, lo que tiene un impacto negativo en la vida de las personas trans. Si bien no es común que se inicien procesos penales en aplicación de estas disposiciones legales, la Comisión nota que este tipo de legislación refuerza un ambiente que condena la discriminación, estigmatización y violencia contra las personas LGBT. Estas leyes refuerzan los prejuicios sociales existentes y aumentan los efectos negativos que tales prejuicios tienen en las vidas de las personas LGBT, particularmente en contextos donde la violencia por prejuicio contra personas LGBT es predominante. Estas leyes condonan socialmente el abuso, reproducen la intolerancia, y han sido utilizadas para justificar detenciones arbitrarias, abuso policial, extorsión y tortura. Como resultado, las personas LGBT son criminalizadas dentro del sistema de justicia penal. Como consecuencia de su privación de libertad y criminalización sufren aún mayor discriminación y violencia. Asimismo, la Comisión considera que estas disposiciones legales son incompatibles con el principio de igualdad y no discriminación, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁹

A modo de ejemplo analizaré algunas de estas situaciones concretas. Algunas son, al día de hoy, tema recurrente en distintas naciones latinoamericanas y caribeñas. Para esto es más que imperante entrar un poco en la diversidad que tiene el Caribe, dando una mirada a un trasfondo que hace más o menos de introducción a la región.

⁴⁸ Énfasis suplido.

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, Resumen Ejecutivo, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 (12 noviembre 2015).

III. UNA MIRADA CRÍTICA AL CARIBE: SUS CONTRASTES HISTÓRICOS

A. El Caribe Antillano, un Caribe geográfico, lingüístico y socio-culturalmente diverso

Con más de treinta países a su haber y relaciones políticas muy diversas con relación a sus autonomías, existiendo algunos independientes, otros dependientes o en algún tipo de relación política con países europeos o Estados Unidos, el Caribe es una región diversa. Producto de la colonización, el pase de territorios entre las principales potencias de entonces (comenzando con España y su primer viaje de “Descubrimiento de América”) crearon la atmósfera perfecta para el cuadro casi artístico que representa este mosaico antillano. Islas al fin, se enfrentan a retos que son difíciles de ignorar. Uno de los principales problemas que enfrenta es el de movilidad,⁵⁰ que, debido a su geografía, plantea uno de los principales retos de la región. La diversidad de idiomas se alza como otro de los retos cuando se habla del Caribe antillano. Con el español como lengua predominante hablada por casi 25 millones de personas, Cuba, República Dominicana y Puerto Rico lideran en este renglón. El francés y el criollo haitiano en Haití y algunas islas alcanzan unos 9 millones de hablantes. De otra parte, el inglés alcanza unos 5 millones (Jamaica, en las Bahamas y en la mayor parte de las Pequeñas Antillas) y, en menor medida, el neerlandés y el papiamentu (unas 300,000 personas en conjunto).⁵¹

El tercero, y quizá más notable de los retos, es la diversidad socio-cultural. De esto destacamos algunos aspectos importantes y que, consideramos claves para entender la región. El primero de ellos es la composición étnica. Aun cuando la población es étnicamente heterogénea, la mayoría de los negros son descendientes de esclavos africanos y los blancos descienden de los colonos españoles, franceses, británicos u holandeses.⁵² Esto ha provocado una diversidad de costumbres de modo que, al mezclarse (sobre todo el en Caribe Español), podamos hablar de afrocaribeños y caribeños en el mismo espacio y contexto. Incluyendo la adopción por sincretismo de determinadas costumbres, bailes, creencias y ceremonias. Desde el aspecto religioso, el catolicismo es la religión predominante en las islas hispano y francoparlantes. Mientras que el protestantismo es la norma en los territorios de ha-

⁵⁰ Por el problema de movilidad establecemos lo costoso de moverse entre las islas en aviones comerciales, la principal alternativa. Esto, sumado a la poca oferta disponible creando casi un monopolio entre algunas compañías aéreas.

⁵¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Base de Datos y Publicaciones de Estadísticas*, disponible en: http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/WEB_CEPALSTAT/perfilesNacionales.asp?idioma=c, (tomado el 30 de noviembre de 2016, 8:39 pm).

⁵² Ruthie García Vera, *Geografía de las Antillas* (2013) (diapositivas), disponible en <http://www.mrsruthie.net/wp-content/uploads/2013/08/Geograf%C3%ADa-de-las-Antillas-12.pdf>.

bla inglesa y holandesa. Hay que señalar que la cultura de los pueblos caribeños es una mezcla de influencias africanas, indo americanas, europeas y, en algunos casos, asiática.⁵³ ¿Cómo estos aspectos influyen en la situación de los Derechos Humanos LGBTIQ? ¿Son aspectos morales y culturales los responsables de las continuas violaciones a los Derechos Humanos LGBTIQ? Hernández Santos plantea un no como respuesta a la interrogante que, si tiene el significado de dignidad algo que ver con el contexto cultural y concurro con tal postura.⁵⁴

La Organización Mundial de la Salud (OMS) nos dice que los derechos humanos son aquellos inherentes a los seres humanos, pero que el reconocimiento de esos derechos inherentes no crea derechos de por sí. La valoración que entonces debemos mirar es que los derechos humanos están sobrepuestos en relación a los valores culturales. ¿Cuándo una cultura en particular tiene una costumbre que va en contra de un derecho humano, se necesita cambiar el valor cultural? Algunos opinan que así debe ser. Tal es el caso de la OMS con temas relacionados a los derechos sexuales y reproductivos en países donde, por ejemplo, la ablación femenina es una costumbre local. Para los parámetros occidentales es una violación a los derechos humanos de las niñas víctimas de esta práctica. Pero, desde una mirada antropológica, ¿podemos obligar a otros a actuar conforme a nuestros estándares? Este tema es uno amplio, que no es objeto de este artículo, pero las consideraciones son similares desde el contexto de cómo manejar el discurso de derechos humanos en los países del Caribe. Estos escenarios escapan de alguna forma a la amplia mirada que muchos le adjudican al Derecho como un ojo que todo lo ve. Empero, tratándose de derechos humanos, no basta con ver, hay que actuar.

IV. EL CINE COMO HERRAMIENTA DE LA CULTURA AL SERVICIO DE LOS DDHH. LGBTIQ PARA SENSIBILIZAR EDUCAR Y DENUNCIAR.

“Desde que nació la industria del cine su relación con el derecho se volvió casi automática dentro y fuera de la pantalla” - Benjamín Rivaya⁵⁵

A. La relación entre el Cine y el Derecho

Un tanto alejado de Hollywood, en una zona donde el sol nos calienta la piel y nos acaricia la brisa, *los cambios no parecen llegar con la misma velocidad de los*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ La cultura puede ser considerada como barbaric porque en el fondo es la regulación de los impulsos naturales. Véase, Francisco Fernández Bucy, *Tres notas sobre civilización y barbarie* (diciembre, 2015), disponible en http://www.upf.edu/materials/politica/_img/int5.pdf (última visita, 3 de diciembre de 2016).

⁵⁵ BENJAMÍN RIVAYA, DERECHO Y CINE SOBRE LAS POSIBILIDADES DEL CINE COMO INSTRUMENTO PARA LA DIDÁCTICA JURÍDICA EN UNA INTRODUCCIÓN CINEMATOGRÁFICA AL DERECHO 12-27 (2006).

vientos y el cine que refleja esto es escaso. Y es que, las comunidades LGBTIQ están amenazadas por diversas fuerzas que, influenciadas fundamentalmente por aspectos morales y promovidas por grupos religiosos, dejan a estas comunidades a merced de su influencia en la legislación y las interpretaciones judiciales. Tales fuerzas juegan un papel significativo las cuestiones sociales y culturales marcadas por sistemas jurídicos poco receptivos a las denuncias de este tipo de violaciones de derechos humanos LGBTIQ. Estas circunstancias impactan de manera negativa (muy pocas lo hacen positivamente) a las comunidades LGBTIQ. Históricamente, tales comunidades han estado en los últimos espacios de las filas del rezago. Esto ha provocado un estado de vulnerabilidad mucho mayor si se le compara con otros grupos.

A juicio de algunos escritores, una de las grandes líneas de investigación en la relación establecida entre el cine y el derecho se encuentra en el análisis de aquellas películas que tratan situaciones de inferioridad y desigualdad por cuestiones de clase, etnia o género. Es sobre esta última que Pablo Bonorino escribe “*La violación en el cine*”. Para este,

[E]l cine es capaz de retroalimentarse de lo que la sociedad le ofrece al tomar de estas últimas situaciones de la vida diaria, elaborarlas y aderezarlas con la creación de unos escenarios ad hoc hasta conseguir el efecto que se proponga el filme, para devolverlas finalmente a los miles de espectadores que interiorizan los mensajes y asumen como válidos los presupuestos que presenta el argumento cinematográfico.⁵⁶

De otro lado, Figari nos menciona que la política de visibilidad del movimiento LGBT apunta al reconocimiento de una especificidad cultural y al reclamo de ser considerados como sujetos plenos de derecho.⁵⁷ Desde este accionar, consumo, estilos de vida y cuestiones políticas y sociales del colectivo LGBT se tornan mucho más visibles en los medios de comunicación. La violencia homofóbica, la discriminación en el mercado de trabajo, cuestiones relativas al derecho de adopción, de herencia y matrimonio pasan a ser tratados con inusitada frecuencia por diarios, revistas y programas de televisión.⁵⁸ Una realidad ineludible es el hecho de que compartimos el español como lengua vernácula. Esto ha permitido que el cine producido en lugares como España, Argentina, México, Cuba, Chile, entre otros, funcione para plasmar diversas realidades del entorno LGBT. Aunque los filmes

⁵⁶ M^a. Del Carmen Rodríguez Fernández, *Reseña de La violación en el Cine*, Pablo Bonorino Ramírez, Valencia, Tirant Lo Blanch, p.221, 225, 2011.

⁵⁷ Figari, *supra* nota 44, págs. 231-232.

⁵⁸ *Id.*

pueden tener diversos propósitos desde el punto de vista artístico, desde el Derecho las aproximaciones que estos filmes ofrecen van en el orden de facilitar tres aspectos que a mi juicio son fundamentales para este tipo de cine social, sensibilizar, denunciar y educar.

B. Lo que el cine nos muestra

Hay que reconocer que las artes plásticas, la pintura, la música, el baile, el teatro, la literatura, el cine y otras manifestaciones han sido medios utilizados para denunciar, para mostrar, protestar o simplemente para llamar la atención sobre asuntos de alto interés público; en ese contexto, la realidad es que la televisión y el cine llevan la ventaja. Méndez, citando a Albert Laffay dice que: “El cine es la mecanización de lo novelístico, la poesía de la extensión, el calidoscopio que nos permite contemplar la empresa de vivir, el arte que hace del ser humano un testigo sin ataduras y lo salva de la incoherencia de la visión de las cosas”.⁵⁹ Añade que el cine “es el vehículo artístico que permite a la técnica impactar más fuertemente los sentidos”.⁶⁰

Sin embargo, cuando miramos esto en el entorno de las comunidades LGBTIQ, han sido pocas las ocasiones en las que el cine ha tenido la oportunidad de mostrar esa visión de las cosas desde una perspectiva socio jurídica libre de matices positivistas o conservadoras. Mucho menos desde una perspectiva inclusiva y representativa de los verdaderos protagonistas de sus historias. Desde que los primeros personajes homosexuales (hombres en su mayoría) comenzaron a aparecer en filmes en el Cine Mudo, su rol era uno meramente humorístico al verse demasiado afeminado, lo que a juicio de algunos realizaba la masculinidad de la contraparte. Hasta principios de la década del 90, durante la epidemia del SIDA, los gays⁶¹ estuvieron expuestos en el cine primero como depravados, asesinos, violadores y enfermos. Entonces, no es difícil entender porque estas generaciones crecieron temiendo a la homosexualidad. La visión general sobre el hombre gay en las décadas del 40, 50 y mediados del 60 los mostraban como un personaje oscuro, solitario, pederasta y depredador sexual. La revolución o más bien evolución de esas visiones comenzarán visiblemente con los disturbios de *Stonewall Inn* en el verano del 1969, y de ahí comenzaría todo un discurso sobre los rostros de las comunidades LGBTIQ. Desde entonces, la lucha por reflejar los rostros de sus integrantes se ha vuelto una lucha dentro de la lucha. Con intereses en común, y otros muy particulares, las comunidades se han organizado, han luchado y han abierto espacios a las nuevas generaciones a seguir con la

⁵⁹ José Luis Méndez, *Cinematografía y Sociedad*, en INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA DE LA LITERATURA, págs. 111 y 122 (2014).

⁶⁰ *Id.* (citando a ALBERT LAFFAY, LÓGICA DEL CINE, 160 y 166 (1973)).

⁶¹ Para este entonces el término comunidad LGBTIQ no se usaba, se limitaba más que nada a gays y lesbianas. Estas últimas casi invisibles dentro del mismo movimiento controlado mayormente por hombres.

lucha, pero en escenarios y con armas diversas. Hoy son más y más jóvenes, diestros en tecnología, expuestos a las redes sociales y a la web quienes alzan sus voces, quienes se miran a sí mismos y a otros desde la corriente principal de la cultura sin dejar de lado lo alternativo, lo *queer* y lo que desafía el *establishment*.

En *Cinema et société moderne*, Annie Goldmann nos dice que “el cine asume entre los jóvenes el lugar que ocupaba la literatura, pues estos lo consideran un medio de expresión privilegiado más cercano a nuestro mundo que el libro.”⁶² De ahí en parte surge la importancia del impacto social a través de las redes sociales y medios de comunicación impresos, radiales y televisivos sobre lo que se ve en la televisión y el cine. Todo esto, de alguna manera u otra, genera reacciones en distintas áreas de la sociedad. Las conversaciones en centros de trabajo, ocio y los debates en las aulas académicas, sobre los temas que impactan o trastocan la sensibilidad del receptor de esos mensajes, sin dudas es uno de los efectos que tiene el cine en las personas. ¿Quién no ha sido parte de una discusión sobre determinada obra, libro o película? ¿Quién no ha tenido algo que comentar o aportar sobre un diálogo, un capítulo o una escena que le haya *movido* o hecho cuestionar sobre lo que piensa u opina respecto a eso?

A través de los años, el cine ha sido herramienta clave en la sensibilización, no sólo de los operadores jurídicos y formuladores de política pública, sino de la sociedad en general; provocando con ello cambios sociales de envergadura. Un ejemplo en la memoria reciente lo es el largometraje *Selma*,⁶³ que, tras cincuenta años de la lucha por los derechos civiles de las personas afroamericanas, particularmente el derecho al voto, capturó la esencia de la lucha. El filme es uno que expone al espectador a las realidades históricas de lo acontecido en Selma, Alabama. Hoy, pudiera parecernos una fantasía, un hecho impensable, pero nada más lejos de la realidad. Reflejando la brutalidad de sus acciones, el exceso de fuerza por parte del estado y la impunidad de los actos violentos que ocurrieron durante la década de 1960 en el sur de los Estados Unidos. La película nos permite no olvidar que hace apenas algunas décadas las cosas eran muy diferentes. Allí yace la importancia de ese filme: *su valor como pieza histórica para no olvidar lo que pasó*. En una crítica al filme, Sebastián Sáez describe lo que a mi juicio es uno de los aciertos de este filme como una herramienta para sensibilizar y recalcar la importancia de no olvidar.

Las escenas donde gente de color es atacada o reprimida han sido filmadas en cámara lenta, o agregándole mayor dramatismo a la situación, con la finalidad de conmover al público. Además, lo que es importante resaltar es la música elegida para sonorizarlas. Un coro

⁶² ANNIE GOLDMAN, *CINEMA ET SOCIÉTÉ MODERNE* 15 (1971).

⁶³ *SELMA* (Paramount Pictures 2014). Este film, retrata una de las primeras luchas de Martin Luther King por lograr “derechos igualitarios” para los habitantes de Selma, Alabama.

de música afroamericana acompaña a las imágenes de la represión, mientras un reportero relata lo que sucede, subrayando lo que estamos viendo. Todo esto, sumado, le da un aire de “cacería” sádica a todo lo que sucede, mezclado con un dejo de “western” proveniente de los policías golpeando a los manifestantes desde sus caballos al galope.⁶⁴

El autor nos recuerda con esto que “esta película nos dejará reflexionando sobre los derechos que han ido ganando, luego de intensas batallas sociales. E intentará reavivar la llama, para que estos hechos no vuelvan a suceder.”⁶⁵

Un filme que se ha convertido en uno de memoria histórica en temática de derechos humanos LGBTIQ lo es *Philadelphia*.⁶⁶ Estrenada en 1993, muestra la situación a la que se enfrenta un abogado homosexual con VIH que es despedido de su empresa por alegada incompetencia. El protagonista (interpretado por Tom Hanks) contrata a un abogado de la raza negra (que tiene sus propios prejuicios en contra de la enfermedad) para demandar a su ex patrono por discriminación. Para el contexto histórico en el que la cinta es presentada⁶⁷ podría considerarse de vanguardia en aspectos de derecho laboral. Pero sin duda alguna, el filme abrió toda una discusión hacia la rudeza del trato a quienes padecían la enfermedad. Si bien es cierto que el estigma se ciñó sobre hombres homosexuales, la realidad es que, desde su descubrimiento al presente, miles de personas han fallecido a consecuencia del VIH/SIDA. Al día de hoy muchos países del mundo cuentan con legislación que protege a quienes padecen esta y otras enfermedades similares. Los esfuerzos internacionales para encontrar la cura y erradicar la misma son multimillonarios, pero el estigma de la enfermedad como una asociada a la comunidad gay continúa. Si hay algo que distingue a estos dos filmes de otros que tocaremos es que ambos, provenientes de la meca estadounidense del cine, han tenido todo un andamiaje financiero y mediático para facilitar su producción. En estos tiempos, donde nuevas tecnologías como las redes sociales permiten llevar información, mensajes e ideas con mayor agilidad y precisión, la falta de recursos económicos luce como el mayor reto para el cine social. Esto, a pesar de que parece ser esa apuesta segura de organizaciones, cineastas y otros agentes interesados en continuar logrando cambios sociales.

Las desigualdades, el sufrimiento, los vejámenes y el dolor que causa el discrimin es uno de los puntos neurálgicos en cualquier discusión que aborde el tema

⁶⁴ Sebastián Sácz Burgos, *March On!*, EL ESPECTADOR IMAGINARIO (Nº 60 - marzo 2015), disponible en <http://www.clespectadorimaginario.com/sclma/>.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *PHILADELPHIA* (TriStar Pictures 1993). Es una película de Jonathan Demme protagonizada por Tom Hanks y Denzel Washington en 1993.

⁶⁷ La epidemia del VIH/SIDA en los Estados Unidos comenzó a principios de la década de 1980.

LGBTIQ. Mucha gente quizá no visualiza desde un escrito una situación, aun cuando la narración sobre la misma venga cargada con el dramatismo real que lleva consigo el discrimen. Es por esto que son necesarias las historias contadas por sus protagonistas, de ahí a poder llevar a una puesta en escena, ya sea mediante una obra de teatro o un filme, la labor del cineasta es no dejar de reflejar con las escenas eso que palpa en cada historia. Un primer aspecto está en la accesibilidad a servicios de salud, particularmente para las poblaciones viviendo con VIH y las poblaciones Trans. Ambos han sido temas presentes en la lucha de las comunidades LGBTIQ desde el inicio de los movimientos alrededor del mundo. Estos se hicieron públicamente visibles a finales de los años 80 y principios de los años 90 con la epidemia del SIDA. Es importante reseñarlos por separado momentáneamente porque ambos han tenido desarrollos diametralmente opuestos. En el filme *The normal heart*⁶⁸ podemos ver cómo fueron los inicios de parte del desarrollo de la lucha. Este se centra en la figura de Ned Weeks y la lucha de los activistas gay y sus aliados de la comunidad médica para exponer la verdad acerca de la creciente epidemia del SIDA en la Norteamérica de 1980, tras ser testigo impotente de cómo su pareja contrae la enfermedad. Es entonces cuando Weeks funda un grupo de apoyo a las víctimas de SIDA con el que pretendía llamar la atención de los dirigentes y sensibilizar a una sociedad todavía homofóbica para la década en que ocurre. El SIDA fue una enfermedad que mayormente afectó a hombres que tienen sexo con hombres para la época en que se descubrió. Este hecho ha sido retratado en un sin fin de filmes, pero pocos han documentado la lucha de las comunidades por acceder a servicios de salud. De otro lado, la lucha de las compañeras y compañeros trans ha sido una marcada por la doble discriminación. El filme *Mala Mala*⁶⁹ recoge la situación de un grupo de mujeres trans puertorriqueñas antes del estado de Derecho vigente, en donde siguen siendo vitales el acceso a servicios de salud y los protocolos para tratamientos hormonales.

Un segundo aspecto que el cine aborda es el discrimen por orientación sexual e identidad de género. El derecho a “ser quien soy” o a “quien quiero ser” es uno que se recoge bajo la inviolabilidad de la dignidad humana. ¿Cuándo no se tiene el derecho de ser quien se quiere ser, qué queda entonces? En este tema tan denso varios filmes han sido trabajados desde una perspectiva transversal, que no solo recogen el asunto de la orientación sexual y la identidad de género, sino que también recoge los vejámenes de cuando todo parece juntarse. *Mia*⁷⁰ es un filme argentino que toca

⁶⁸ *THE NORMAL HEART* (HBO 2009). Basado en la obra de teatro (ganadora de varios premios Tony) del activista gay Larry Kramer.

⁶⁹ *MALA MALA* (Strand Releasing 2014).

⁷⁰ *MIA* (Primer Plano 2011). Ganadora del Mejor Guion Inédito en el Festival Internacional del Nuevo Cine Latinoamericano, La Habana (Cuba) y del premio del público y del jurado a mejor Película en el Puerto Rico Queer Film Fest, San Juan, Puerto Rico. (2012).

temas como la discriminación, la marginación, la exclusión social y la intolerancia. Estos temas quedan enmarcados en el personaje de Mía, una joven transexual y pobre de Buenos Aires. Otros temas afloran a través de personajes secundarios: la situación del inmigrante, la pobreza y el choque de visiones entre dos mundos que conviven paralelamente en un mismo espacio físico. Este filme de 2011 tiene dos historias en una. Pero es el diario vivir de Mía lo que retrata los vejámenes que pasan las chicas trans pobres. De hecho, la trama gira en torno a esa realidad de marginación al vivir excluidas de la sociedad en un espacio que hicieron suyo y del que el gobierno de la ciudad finalmente les expulsó al quemarles sus viviendas.

También de Argentina, el filme *El último verano de la Boyita*⁷¹ es un filme que retrata la historia de una niña y su verano en donde, entre preguntas, termina por enfrentarse a temas difíciles de manejar. Criado como un chico, su amigo Mario es un adolescente intersex. El filme nos ofrece esa mirada a lo difícil que es ser diferente en espacios como el campo donde las costumbres y los valores culturales atentan contra la salud y la integridad física y emocional de un adolescente intersex. En 2012 se aprobó la Ley de Identidad de Género en Argentina, esto permitió que un número considerable de ciudadanos pudieran hacer los cambios en sus documentos de acuerdo a su identidad de género.

Un tercer aspecto a considerar, que ha sido reseñado por el cine y que ha traído consigo, aunque de manera posterior al hecho, ha sido el matrimonio igualitario, la adopción y lo que éste enlaza: las familias diversas. Estas familias al margen de la tradición son invisibles ante la sociedad y ausentes en la legislación en muchos de los países, aunque han existido desde tiempo inmemorial. El filme argentino *Familias por igual*,⁷² según sus creadores, busca visualizar a las familias homoparentales como uno de los temas pendientes en nuestra sociedad. Propone que la educación es el inicio para dar una batalla cultural y abrir las puertas de un pasado y una tradición que han ocultado un derecho tan básico a las personas por su orientación sexual. Con este largometraje buscaban promover la desmitificación y erradicar los miedos para que nuestros hijos nazcan en una sociedad más justa y libre.

C. La influencia europea y estadounidense en el Cine LGBTIQ Latinoamericano.

Toda esta gama de películas, sumadas a otros cientos más, tienen dos elementos interesantes que merecen una breve mención. Pues es aquí donde se hace visible el esfuerzo de decenas de personas cuya labor está en adelantar los ideales ausentes que estos filmes pretenden enmarcar. El primero de ellos es la aportación que hacen terceros países en la formación de los cineastas y productores ofreciendo becas en

⁷¹ *El último verano de la Boyita* (Film Movement 2009). Selección Oficial Internacional y Festival de Málaga 2010. Sección Cine Latinoamericano.

⁷² *Familias por igual* (2013) (documental independiente).

escuelas de cine para cursar estudios y que de no ser por estas oportunidades o llegarían a poder concretar carreras en sus países. El segundo es los fondos de apoyo al cine y el arte que estos y otros países mantienen a través de ministerios, organizaciones públicas y organismos internacionales cuyos fines consideran el adelanto de los derechos humanos.

Esta visión de avanzada la comparten algunos países europeos e iberoamericanos en materia derechos humanos LGBTIQ. Mediante diversas herramientas han logrado encarrilar producciones cinematográficas significativas. Desde el financiamiento de proyectos cinematográficos y otros proyectos de colaboración como redes de apoyo, programas de becas y espacios de exposición, como festivales cinematográficos nacionales e internacionales que presentan este tipo de filmes. La mayoría de los filmes que muestran trabajos que tocan el tema LGBTIQ y sus variantes carecen de un gran problema de financiación privada. Es a través de proyectos y fondos gubernamentales que logra levantarse parte de ese capital. Una mirada a los propósitos de estos fondos en algunos países y cuál es el verdadero interés detrás de los mismos nos hace entender que se busca con ellos adelantar los derechos humanos en países cuyos ciudadanos sufren en carne propia la falta de estos o la violación de los mismos. Algunos de estos son Alemania, España,⁷³ Francia y Argentina. Destaco como algo importante el hecho de que desde hace más de cuatro décadas se han hecho visibles festivales literarios y de cine enteramente LGBTIQ, así como eventos para celebrar el orgullo LGBTIQ en distintos países. No obstante, estos apenas tienen menos de tres décadas de existencia en la región caribeña. Lo que muestra la ruptura que siempre ha mantenido el norte con el sur, particularmente en América.⁷⁴

Según el Anuario de Cine Iberoamericano⁷⁵ en 2015 en los veintidós países que comparten el español como lengua materna se estrenaron 791 obras de producción propia, con 81.9 millones de espectadores. Una cifra que dista mucho de las 4,135 películas estadounidenses lanzadas ese mismo año en la zona. Gregorio Belinchón, del periódico El País,⁷⁶ reporta que el público latino en Estados Unidos ya compra el 25% de las entradas del país, pese a representar el 17% de la población, según los últimos estudios de la Academia del Cine de EE.UU. Ahora bien, tratándose de cine social (que casi siempre es uno para nichos), las cifras ni siquiera parecen registrarse. A eso, resulta necesario añadir el factor del cine que observamos. Tanto en

⁷³ MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, Becas Ayudas y Subvenciones, disponible en <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cine/informacion-servicios/sc/becas-ayudas-y-subvenciones.html>, (última visita, 3 de diciembre de 2016).

⁷⁴ Eventos como Marchas del Orgullo Gay, caravanas, festivales, entre otros.

⁷⁵ Fundación Euroamérica, Anuario de cine iberoamericano, <http://euroamerica.org/conferencia/anuario-cine-iberoamericano> (última visita, 3 de diciembre de 2016).

⁷⁶ Gregorio Belinchón y Tommaso Koch, Latinoamérica no quiere verse en el cine, El País.COM (26 de enero de 2017), http://cultura.elpais.com/cultura/2017/01/26/actualidad/1485441445_581228.html.

Estados Unidos como en Latinoamérica, el cine LGBTIQ es visible, pero no a nivel de Hollywood, el principal productor de películas en este lado del mundo. Cuando entonces miramos la región del Caribe, no es difícil percatarse de lo rezagado que se encuentra.

D. Sobre el cine de Hollywood ⁷⁷

No hay duda de que el cine como medio de comunicación social es uno poderoso por su capacidad para llegar a multitudes, traspasando fronteras y, con ello, transmitiendo ideas y mensajes. El cine como arte es una fuente inagotable de placer y entretenimiento.⁷⁸ Como ejemplo de una industria poderosa, tenemos a Estados Unidos y su industria cinematográfica. Gómez García comenta que la identidad cultural se ha forjado en gran medida sobre su industria del cine. Como cuestión de hecho, el cine hollywoodense es considerado el referente más importante del mundo, al menos en Estados Unidos.⁷⁹ Esto le ha ganado elogios, particularmente porque sobre esta se cierne todo un complejo de instituciones al servicio de la industria. Pero también le ha ganado y generado críticas a lo largo de los años. Desde actores, directores y casas productoras pasando por acciones concretas o inacciones que han lacerado sensibilidades, no sólo en filmes, sino en cuanto al comportamiento de la industria.

A lo largo de los años y como la propia historia del cine norteamericano cuenta, los personajes y temáticas LGBTIQ han sido invisibles hasta hace solo unos años. Esto desde el cine puramente hollywoodense, ya que, no podemos olvidar que existe la gama del cine independiente que ha sobrevivido encontrando nichos y reconocimientos en festivales, muestras, círculos y otros eventos de cine dentro y fuera de los Estados Unidos. La crítica principal toma dos contextos: una por ser esta poco representativas en cuanto a las figuras, las tramas o sus discursos que reflejen las realidades de las comunidades LGBTIQ, y otra en la línea de que los actores y actrices que han interpretado a personajes de las comunidades no pertenecen a las mismas. Una tercera línea gira en torno a la heteronormativización de lo LGBTIQ para que pueda “encajar” en Hollywood. Aún en años recientes, con la incursión en programas de televisión o series con personajes y/o temática LGBTIQ,⁸⁰ mayormente en la pantalla chica, el cine de Hollywood continúa dando pasos lentos en esa dirección.

⁷⁷ CHARLES CASEY, *CRITICAL QUEER STUDIES, LAW, FILM, AND FICTION IN CONTEMPORARY AMERICAN CULTURE* (1951).

⁷⁸ Juan Antonio Gómez García, *Los estudios de Derecho y Cine como ámbito de investigación*, UNED, 2009.

⁷⁹ Bollywood (Mumbai, India) genera muchos más ingresos y producciones particularmente para su propio mercado de 1,200 millones de espectadores.

⁸⁰ Ellen Degeneres, Anderson Cooper, Rachel Maddow, Samira Wiley y Laverne Cox por mencionar algunos.

De los filmes relacionados a Hollywood se encuentra *Philadelphia* en 1993, con tema central en el SIDA y la discriminación laboral por padecer esta enfermedad en plena crisis de la misma a principios de la década del noventa. Pasando por *The Birdcage*⁸¹ en 1996, en la que el tema de una familia no tradicional se encuentra de manera jocosa a la realidad de una familia tradicional y conservadora para unir a los hijos de ambas parejas, no es hasta 2005 que irónicamente se asume la homosexualidad en los papeles de sus actores principales en un filme de una manera realista, no estereotipada y pensada para el mercado heteronormativo en Estados Unidos y eso es gracias al director Ang Lee con *Brokeback Mountain*.⁸² Otra oferta de Hollywood que trató la perspectiva que abordamos aquí es *Milk*.⁸³ Aun así, la nueva frontera para visibilizar las problemáticas LGBTIQ parece moverse al campo de los servicios *streaming* como Netflix y Hulu. Con series como *Sense8*⁸⁴ que muestra la bisexualidad, la transexualidad y el sexo como temas cotidianos en la vida de sus protagonistas. Es a través de esta temática en donde surgen poderosos argumentos en los diálogos de sus protagonistas. Uno de ellos es expresado por una de sus protagonistas Nomi, una transexual atormentada por su familia, pero con una capacidad increíble para sobreponerse de cada reto. En un determinado momento en su vida, cuando esta decide volverse contra su familia cuenta “la violencia es imperdonable, pero que la verdadera violencia imperdonable es la que nos infligimos nosotros cuando tememos ser lo que somos de verdad”. Es justo mencionar que a lo largo de la última década otros filmes de temática gay han visto la luz en Estados

⁸¹ *THE BIRDCAGE* (United Artists 1996). Esta obra convertida en filme tiene como tema central a una familia que intentan fingir que son una familia cristiana y tradicional, en lugar de una familia gay y judía, cuando se lo pide Val hijo biológico de Armand fruto de un “desliz” heterosexual de juventud y que ambos han criado juntos, porque se quiere casar con la hija de un senador ultraconservador. Llaman a la madre del muchacho para completar la comedia el día de la petición de mano, pero cuando no puede llegar debido al tráfico Albert se presenta travestido como la madre de Val. Los enredos y cómicos equívocos terminan cuando finalmente se presenta la madre y se descubre la farsa. Entonces la prensa se presenta en los alrededores de la casa y el club gay que la pareja regenta con el objetivo de fotografiar al senador en una situación comprometida y consiguen solucionar el problema travistiendo para salir de forma inadvertida.

⁸² *BROKEBACK MOUNTAIN* (Focus Features 2005). Este filme cuenta la historia de dos vaqueros y su relación que se desarrolla en la década del sesenta en Wyoming uno de los estados más conservadores del país. Cuidado en sus escenas más sublimes, con actores heterosexuales, atléticos y masculinos para que pudiera entrar en el mercado americano sin más tropiezos de los que ya había tenido desde que su texto original como un libro había visto la luz.

⁸³ *MILK* (Focus Features 2008). Gus Van Sant dirige el biopic sobre el primer hombre gay reconocido que ocupó un cargo público. Esta historia real se desarrolla en San Francisco, en 1977. ‘Harvey Milk’ interpretado por Sean Penn, fue galardonado con un Oscar por su impecable interpretación.

⁸⁴ *Sense8* (Netflix 2015)

Unidos, pero no necesariamente desde Hollywood y aquellos en el tintero, ya tiene matices de *hollywoodization*.⁸⁵

V. ASPIRACIONES PARA LA CULTURA DEL CINE COMO HERRAMIENTA DE DENUNCIA Y SENSIBILIZACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS LGBTIQ.

El escenario político, social y de derecho ha sufrido una sacudida en los últimos meses. En ese escenario, hoy más que nunca, es necesaria la lucha por la justicia, la libertad y la dignidad. Más que aspiraciones, creo firmemente en que hay un llamado claro para evolucionar en la cultura jurídica de nuestros respectivos países. Resulta innegable que la educación es la clave y el cine es un vehículo para ello. Sensibilizar a los operadores jurídicos desde las aulas y al entorno, dejándoles ver que más allá del Derecho existen individuos cuya existencia y realidades dependen de la capacidad que tengamos para ser agentes de cambio. Que ya es hora de asumir la equidad desde nuestros espacios de formación y facilitar con ello esa transición que permita la integración de comunidades marginadas a los espacios que le corresponde como iguales ante la ley.

Más allá de mirar en la superficie, nos toca mirar a la cara a un sinnúmero de rostros que están en la desesperanza, porque no hay qué les haga justicia mientras el Derecho no los mire de frente. Finalmente, con esta exposición busco dar el reconocimiento a las y los protagonistas de esas historias y sus realidades. Aun tratándose de este tipo de manifestaciones, existe esa invisibilización de algunas de estas figuras en los espacios creativos que merecen ser visibilizadas y mostradas tal y como son. Por esto es que el cine debe seguir siendo esa herramienta de denuncia social para sensibilizar, para educar, para sanar, para construir, para visibilizar y para soñar con que es posible cambiar al mundo con cada escena que muestre las realidades de nuestra humanidad.

⁸⁵ Término utilizado por Casey Charles para describir el tono heteronormativo que se le pretende impartir a los filmes de temática LGBTIQ como *Brokeback Mountain*.

DERECHO Y NACIONALISMO DE ESTADO EL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO Y LA IDENTIDAD NACIONAL

GUSTAVO A. QUIÑONES PÉREZ¹

RESUMEN

En este artículo se analizan una serie de casos en los que el Tribunal Supremo define la naturaleza política y jurídica del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. El estudio abarca el periodo de mediados de siglo XX hasta el presente. Ello con el fin de establecer un desplazamiento discursivo (evolutivo para unos o involutivo para otros) por parte del máximo foro judicial en torno a la esencia del status político puertorriqueño. El autor analiza las opiniones del máximo foro judicial a la luz de diversas teorías sobre la nación y el nacionalismo de autores como Benedict Anderson, Otto Bauer, Ernest Gernell, Eric Hobsbawn y Miroslav Hroch, entre otros. Dicho análisis es uno de naturaleza historicista y tiene la finalidad de reflexionar sobre cómo dicho Tribunal imaginaba a Puerto Rico como nación, por medio de aquellas decisiones que versan sobre el EIA como status político, desde la década de 1950 hasta la decisión del caso de Pueblo v. Sánchez Valle 192 DPR 594 (2015) en el año 2015. El autor analiza además el contexto histórico en el que se emiten las opiniones del Tribunal. Sobre todo, en lo que respecta a las diversas fases del nacionalismo (cultural, radical y estatal) y sobre cómo la jurisprudencia analizada guarda cierta correlación con el surgimiento de un fuerte nacionalismo de Estado. El estudio culmina con un análisis normativo sobre dónde se encuentra el País en términos discursivos y hacia dónde parece dirigirse.

Palabras clave: *Nación, Nacionalismo, Puerto Rico, Nacionalismo de Estado, Nacionalismo Cultural, Nacionalismo Radical, Discurso político, Ane-xionismo, Autonomismo, Soberanía, Tribunal Supremo*

¹ Estudiante de Segundo Año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

ABSTRACT

This article analyzes a series of cases in which the Supreme Court defines the political and legal nature of the Commonwealth of Puerto Rico. The author study the period from the mid-twentieth century until present day, to establish a discursive displacement of the Court around the Puerto Rican political status. The author analyzes the views of the Supreme Court of Puerto Rico through the light of diverse theories about nation and nationalism. The purpose of this article is to reflect how the Court imagined Puerto Rico as a nation reviewing those decisions that deal with the Puerto Rico's political status, from the 1950s to the decision of the case of Pueblo V. Sánchez Valle 192 DPR 594 (2015) in the year 2015. The author also analyzes the historical context in which the Court's opinions are issued. Above all, with respect to the various phases of nationalism (cultural, radical and state) and how the jurisprudence analyzed correlates with the emergence of strong national nationalism. The study ends with a normative analysis on where the country is right now and where it seems to be heading.

Keywords: *Nation, Nationalism, Puerto Rico, State Nationalism, Cultural Nationalism, Radical Nationalism, Political Nationalism, Political Discourse, Annexation, Autonomism, Sovereignty*

ARTÍCULO

I. INTRODUCCIÓN: A LA NACIÓN Y EL NACIONALISMO

Los estudiosos de los conceptos “nación” y “nacionalismo” se encuentran en un debate constante sobre cuál de éstos vino primero: si la nación o si el nacionalismo. Se trata de un tema que se puede tornar pasional en cualquier momento. Mientras algunos señalan que la nación es perenne, que es más un sentimiento colectivo que un fenómeno social y que por ello trasciende los límites del entendimiento humano,² otros señalan que es simplemente un fenómeno de la modernidad.³ Asimismo, unos sostienen que la nación es la que crea al Estado,⁴ como en el caso de Israel, mientras otros afirman que es el Estado quien diseña la nación,⁵ como en el caso de

² MIJAIL BAKUNIN, *ESTATISMO Y ANARQUÍA* 209 (1era edición. Traducción de Juan Gómez Casas, 2004) (1873).

³ ERIC HOBSBAWM, *NACIONES Y NACIONALISMO DESDE 1780*, 48-49 (2da. ed. Traducción de Jordi Beltran, 1998).

⁴ ERNEST GILLINER, *NACIONES Y NACIONALISMO* 80-83 (1ra. ed. Traducción de Javier Soto, 1991).

⁵ OTTO BAUTER, *LA CUESTIÓN DE LAS NACIONALIDADES Y LA SOCIALDEMOCRACIA* 16-30 (3ra. ed. Traducción de Conrado Ceretti, Rodolfo Burkart e Irene del Carril, 1979).

Italia. En el primer ejemplo, tenemos una nación que desde tiempos bíblicos carecía de Estado hasta que en 1948 tuvo la oportunidad de constituir su propio Estado nacional. Por otro lado, en el caso italiano ocurre lo opuesto. Una vez constituido el Estado italiano, Massimo Taparelli, Marqués de Azeglio, señaló, “[h]emos hecho a Italia, ahora hemos de hacer a los italianos.”⁶ De manera que, en este último ejemplo, es el Estado el que crea la nación.

El concepto “nacionalismo”, por su parte, también suele ser objeto de debate entre sus estudiosos. Hay tratadistas que afirman que el nacionalismo inventa naciones allí donde no existen.⁷ A lo cual una corriente reciente ha replicado que, a la hora de analizar la nación, no se debe partir del hecho de si es inventada o no, sino de cómo la nación se imagina a sí misma.⁸ Y es que a pesar de las discrepancias que existen entre unas y otras escuelas de pensamiento, lo cierto es que todas coinciden en el hecho de que la nación es, ante todo, una comunidad. Los comuneros de la nación poseen como mínimo una historia, una cultura, un idioma y un destino común.

Según Benedict Anderson, la nación es una comunidad política imaginada. Es imaginada pues, a diferencia de una comunidad pequeña en donde todos sus miembros comparten cotidianamente, tienen conciencia de pertenecer a ella y se conocen entre sí, tal no es el caso en las comunidades grandes. Una comunidad que consista de una cantidad sustancial de personas que difícilmente pueden compartir cotidianamente y conocerse entre ellos, necesariamente ha de ser una comunidad imaginada. Para Anderson, “[a nation] is imagined because the members of even the smallest nation will never know most of their fellow-members, meet them, or even hear of them, yet in the minds of each lives the image of their communion.”⁹

La nación, precisamente por su tamaño, por la diversidad de intereses de aquellos que la componen y las peculiaridades inherentes a la convivencia humana, es una comunidad imaginada. Ello pues a pesar de que sus miembros no pueden conocerse totalmente entre sí, ni compartir a diario entre ellos, existen momentos y lugares que, curiosa y extrañamente, apelan a un sentimiento similar en cada uno de los miembros que la componen. Tal es el caso del atleta de una nación que acude a unas olimpiadas y es premiado con una medalla de oro. Los miembros de la nación que el atleta representa, a pesar de no conocerse entre ellos, comparten un sentimiento de orgullo y efusividad similar hacia ese atleta, pues dicho deportista constituye la representación de su nación venciendo a otras comunidades en un evento dado. De igual manera,

⁶ En ÁLVARO LOZANO, MUSSOLINI Y EL FASCISMO ITALIANO 26 (2013). Éste es el caso de Italia luego de la Unificación. Discurso pronunciado por Massimo Taparelli, Marqués de Azeglio en la Primera Sesión del Parlamento Italiano el día 18 de febrero de 1861.

⁷ ERNEST GELLNER, *supra* nota 4, en la pág. 86.

⁸ BENEDICT ANDERSON, IMAGINED COMMUNITIES. REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM 11-12 (1983).

⁹ *Id.* en las págs. 11-12.

cuando miembros de una diáspora ven una imagen de un lugar histórico de su tierra de origen o escuchan canciones de ese lugar, pueden experimentar un sentimiento de nostalgia que un extraño a la comunidad nacional sería incapaz de sentir. Por tal razón, se ha dicho que la nación no sólo es una comunidad política imaginada, sino que, además, existe entre sus miembros una camaradería profunda y horizontal.¹⁰

Luego, si la nación es una comunidad política imaginada, lo próximo sería auscultar cómo se imagina la nación, o, para efectos de este artículo, cómo se imagina Puerto Rico, por ejemplo. El Dr. Juan Manuel Carrión ha logrado resumir de forma admirable las diversas versiones de ese imaginario nacional:

Los que imaginan a Puerto Rico como nación se han dividido históricamente entre autonomistas e independentistas. Habría entonces dos versiones principales del imaginario nacional puertorriqueño, v.g., el que encuentra sus orígenes en Román Baldorioty de Castro y Luis Muñoz Rivera y tiene como patriarca a Luis Muñoz Marín; y el que en sus orígenes encuentra a Ramón Emeterio Betances y considera a Pedro Albizu Campos la figura cimera del nacionalismo. Dos Imaginarios nacionales, dos nacionalismos puertorriqueños distintos ... Ambos movimientos pueden describirse como nacionalistas en el sentido de que para ambos Puerto Rico es la nación y no [Estados Unidos]. Los nacionalismos no necesariamente buscan la independencia, aunque ése sea el caso más común cuando no se posee Estado propio. Otros puertorriqueños consideran a Estados Unidos su nación. Un imaginario nacional formulado por puertorriqueños se articula como versión ‘criolla’ del imaginario nacional ‘metropolitano’...¹¹

Durante la primera mitad del siglo XX, estos tres ideales se encontraban en una competencia por instaurar su discurso como discurso institucional del Estado puertorriqueño. La pugna entre estos ideales consistía en cuál de ellos llegaría a establecer su ideal como nacionalismo de Estado, como una religión civil impuesta desde arriba, desde el aparato estatal. Para entender la importancia del nacionalismo de Estado es preciso remitirnos a Nietzsche. Según Nietzsche, no hay hechos, hay interpretaciones.¹² Luego, si no hay hechos, entonces, ¿dónde está la verdad?

¹⁰ *Id.* en las págs. 11-16.

¹¹ Juan Manuel Carrión, *El Imaginario Nacional Norteamericano y el Nacionalismo Puertorriqueño*, 7 REV. CIE. SOC. UPR 66, 69 (1999).

¹² FRIEDRICH NIETZSCHE, *SÄMTLICHE WERKE, KRITISCHE STUDIENAUSGABE* 315 (2da. ed.1980), citado en MAURICIO NAVIA Y AGUSTÍN RODRÍGUEZ, *HERMENÉUTICA: INTERPRETACIONES DESDE NIETZSCHE, HEIDEGGER, GADAMER Y RICOEUR* 54 (2008); Véase, además, FRIEDRICH NIETZSCHE, *LA VOLUNTAD DEL PODER* 298 (1ra. ed. Traducción Aníbal Troufe, 2000).

Foucault va a decir que la verdad es la interpretación que hace el poder sobre determinado hecho. Así, la verdad es hija del poder, impuesta por éste a las masas.¹³ Por lo tanto, uno de los fines que persigue toda facción que aspira a controlar el Estado, es convertir su discurso en la verdad establecida desde el Estado, desde el poder. Iré enlazando estos conceptos a lo largo del artículo, pero, por lo pronto conviene ahora revisar el desplazamiento del nacionalismo puertorriqueño a lo largo del siglo pasado.

II. EL DISCURSO AUTONOMISTA: EVOLUCIÓN Y HEGEMONÍA

El nacionalismo en el Puerto Rico del siglo XX pasó por las tres (3) fases que identifican M. Hroch y P. Chatterjee en sus respectivas obras.¹⁴ Estas son: a) el nacionalismo de arranque de corte académico, en el que los intelectuales cuestionan los discursos establecidos; b) el nacionalismo radical, en el que los nacionalistas dirigen acciones bélicas contra el Estado y; c) una fase de nacionalismo institucionalizado, es decir, un nacionalismo de Estado.¹⁵

Las primeras dos fases se manifestaron en la Isla a través de un grupo de intelectuales nacidos en las postrimerías del siglo XIX que tenían un pie en dicho siglo y el otro en el siglo XX. A pesar de que no se formaron en el siglo XIX, fueron educados e influenciados fuertemente por los usos y costumbres de la sociedad decimonónica y por las instituciones de entonces¹⁶. Estos personajes se dividieron en dos: los que canalizaron su nacionalismo por medio de los escritos y a través de la Academia, y los que prefirieron el activismo político y las armas.

El nacionalismo intelectual de la primera fase se expresaba, casi en su totalidad, por medio de obras escritas, tales como el *Insularismo*¹⁷ de Antonio S. Pedreira o el *Prontuario Histórico de Puerto Rico*¹⁸ de Tomás Blanco, por mencionar algunas. Su característica principal era la crítica a un Puerto Rico que era extraño para ellos; la nostalgia por los tiempos de la soberanía española, así como el rechazo a las

¹³ MICHEL FOUCAULT, UN DIÁLOGO SOBRE EL PODER Y OTRAS CONVERSACIONES 11-20 (2000); Véase, además, Canal Encuentro, *Filosofía aquí y ahora: Los intelectuales y el poder* (Encuentro 2012), (última visita, Mar. 27, 2017, 5:45PM), <http://encuentro.gob.ar/programas/serie/8011/2696?temporada=5#>.

¹⁴ MIROSLAV HROCH, SOCIAL PRECONDITIONS OF NATIONAL REVIVAL IN EUROPE (1985); PARTILA CHATTERJEE, NATIONAL THOUGHT AND THE COLONIAL WORLD: A DERIVATIVE DISCOURSE 39-43 (1998) (citados en HOBBSBAWM, *supra* nota 3).

¹⁵ citado en HOBBSBAWM, *supra* nota 3, en la pág. 114.

¹⁶ ALFRED W. MCCOY, FRANCISCO SCARANO, COLONIAL CRUCIBLE: EMPIRE IN THE MAKING OF THE MODERN AMERICAN STATE 142 (2009); JOSÉ JUAN RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, EL SUEÑO QUE NO CESA: LA NACIÓN DESEADA EN EL DEBATE INTELECTUAL Y POLÍTICO PUERTORRIQUEÑO: 1920-1940 19 (2004).

¹⁷ ANTONIO S. PEDREIRA, *INSULARISMO: ENSAYOS DE INTERPRETACIÓN PUERTORRIQUEÑA* (1934).

¹⁸ TOMÁS BLANCO, *PRONTUARIO HISTÓRICO DE PUERTO RICO* (1935).

instituciones norteamericanas. Este grupo fue encabezado por Antonio S. Pedreira, canalizado por medios tales como la Revista *Índice*. Esta publicación contó con la participación de Tomás Blanco, Géigel Polanco, Luis Palés Matos, Samuel R. Quiñones y Antonio R. Colorado, entre otros.¹⁹ La segunda fase, la del nacionalismo radical, llegó a su máxima expresión con el Partido Nacionalista y Pedro Albizu Campos como timonel; mientras que la tercera fase, la del nacionalismo de Estado, se manifestó en la Isla con la llegada al poder del Partido Popular Democrático (en adelante, “PPD”) con Luis Muñoz Marín a la cabeza. Dicho partido, que representaba el ideal autonomista en el País, logró convertir su discurso en el discurso hegemónico.²⁰

La Constitución de 1952 permite al gobernador nombrar jueces. Como el PPD era el partido hegemónico logró dominar tanto la rama ejecutiva como la legislativa. De manera que quedaba por hacer lo propio con la rama judicial. Por ello, el gobernador, ahora electo por el Pueblo, comenzó a nombrar jueces que eran confirmados por la rama legislativa, que a su vez estaba compuesta por individuos que compartían el mismo ideal que el primer ejecutivo.

Así las cosas, miembros defensores de un mismo discurso comenzaron a ocupar las tres ramas de gobierno. La ideología autonomista comenzó a dominar las instituciones del Estado y por ello, el Estado comenzó a difundir su discurso autonomista hegemónico desde arriba, desde el poder. El dominio político del discurso autonomista en el Estado puertorriqueño fue de tal magnitud, que, de un total de veintiséis (26) jueces nombrados durante el período de 1952 a 1986, veinticuatro (24) fueron nombrados por gobernadores que pertenecían al PPD, mientras que, durante el mismo período, sólo dos (2) fueron nombrados por gobernantes de ideología anexionista.²¹

A. Sobre el poder del Tribunal Supremo para construir “la verdad” del poder

En la opinión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de *Marbury v. Madison*,²² se aclara que en un sistema republicano de gobierno:

[i]t is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If,

then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitution.²³

Con el poder de la revisión judicial, el Tribunal Supremo obtuvo la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo y las leyes del legislativo. De manera que el Tribunal adquirió un poder no contemplado en el diseño original del sistema político y que iba por encima de las ramas políticas.²⁴ Según Thomas Jefferson, “*the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the Legislature & Executive also, in their spheres, would make the judiciary a despotic branch.*”²⁵

La importancia de la adjudicación de la máxima Curia estriba en el hecho de que sus expresiones tienen fuerza de ley y consecuentemente carácter coercitivo. Luego, para ir trenzando los conceptos, si como decíamos anteriormente, la nación es una comunidad política imaginada, y cada sector imagina la nación de forma distinta, la manera en la que el Tribunal Supremo imagina la nación por medio de sus decisiones no es una versión más entre tantas otras, sino que es *la versión*.

En otras palabras, es aquella verdad confeccionada por el Estado y legitimada por éste. Algunos estudiosos les preocupa el hecho de que los jueces, humanos al fin, antepongan sus criterios en sus decisiones, a los principios generales del Derecho. Huelga decir que el Tribunal, con el fin de evitar conflictos con otras ramas, se ha autoimpuesto una serie de requisitos constitucionales y prudenciales para así

¹⁹ GUSTAVO A. QUIÑONES PÉREZ, SOFOCRACIA: EL IMAGINARIO NACIONAL DE LOS INTELLECTUALES PUERTORRIQUEÑOS 1920-1940 92 (2016).

²⁰ JOSÉ JUAN RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, EL SUEÑO QUE NO CESA: LA NACIÓN DESEADA EN EL DEBATE INTELLECTUAL Y POLÍTICO PUERTORRIQUEÑO: 1920-1940 28 (2004).

²¹ SERRANO GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO I, 758-759 (1997).

²² 5 U.S. 137 (1803).

²³ *Id.* en la págs. 177-178.

²⁴ SERRANO GEYLS, *supra* nota 21, en la pág. 38, citando a ALEXANDER HAMILTON: THE FEDERALIST No. 78.

²⁵ SERRANO GEYLS, *supra* nota 21, en la pág. 41, citando a THOMAS JEFFERSON, LETTER TO MRS. JOHN (ABIGAIL) ADAMS, September 11, 1804, 8 THE WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 310 (1897).

evitar intervenciones innecesarias.²⁶ Pero lo importante de este organismo es que en nuestro ordenamiento jurídico las opiniones de la máxima Curia constituyen una normativa jurídica que han de seguir los ciudadanos. Sobre este particular el catedrático Efrén Rivera Ramos señala muy atinadamente que:

[t]hrough developments known to those familiar with U.S. constitutional history, the Supreme Court of the United States became entrusted with the task of being a final arbiter in struggles about constitutional meaning. Within this context, in the 19th and early 20th centuries the United States ... experienced an accelerated process of “institutionalization of general practical discourse”²⁷ through the judiciary, epitomized in the functions of the Supreme Court. Law became objectified morality, given with an authoritative voice by judges throughout the land, with the ultimate sanction of the body of brethren who sat in Washington.²⁸

He aquí un poder avasallador. El máximo tribunal tiene la capacidad de legitimar y, en consecuencia, institucionalizar un discurso. Dicho discurso desplaza y margina el resto de las concepciones nacionales mediante lo que Foucault llamaría la relación saber-poder que se lleva a cabo a través de las instituciones estatales.²⁹ Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo posee la capacidad de sancionar un discurso y repudiar otros.

Quizás uno de los ejemplos más ilustrativos de este poder podemos encontrarlo en el caso de los conflictos resultantes de la segregación racial en EE.UU. En *Plessy v. Ferguson*,³⁰ el máximo foro judicial norteamericano sancionó el discurso de “separados pero iguales”, en torno a la referida separación de razas. Empero, años más tarde a mediados del siglo XX, esa misma Curia estableció en *Brown v. Board of Education* que: “*in the field of public education the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal.*”³¹

Así, de un plumazo, el Tribunal impone todo un cambio de paradigma, de una forma de pensar, de proceder y una cultura de segregación. Este desplazamiento discursivo no necesariamente es acogido de forma instantánea por la sociedad civil.

²⁶ Warth v. Seldin, 422 U.S. 490 (1975).

²⁷ JÜRGEN HABERMAS, LEGITIMATION CRISIS (1988), citado en EFRÉN RIVERA RAMOS, THE LEGAL CONSTRUCTION OF IDENTITY: THE JUDICIAL AND SOCIAL LEGACY OF AMERICAN COLONIALISM IN PUERTO RICO 122 (2001).

²⁸ *Id.*

²⁹ GILLES DELEUZE, FOUCAULT 18 (1987).

³⁰ 163 U.S. 537 (1896).

³¹ 347 U.S. 483, 495 (1954).

Como sabemos, la decisión en cuestión trajo consigo un sinnúmero de manifestaciones negativas en la sociedad civil. Una de ellas fue la de Little Rock en 1957, en la que el propio presidente Eisenhower tuvo que intervenir para que el gobernador de Arkansas dejara entrar a un grupo de estudiantes negros a la escuela de esa ciudad.

El gobierno federal al ejercer el monopolio de la violencia³² y valiéndose de sus recursos, paulatinamente, convirtió su nueva visión en la visión de las masas. Lo más importante de estos dos casos es que evidencian la facilidad con la que el máximo foro judicial puede hacer a un lado un discurso para apoyar otro. Luego, como ese nuevo discurso es ahora sancionado por el Tribunal, se convierte en la ley del país.

Es momento de entretelar los conceptos que hasta ahora he discutido de forma dispersa para que así tengamos la base sobre la que se fundamentará el resto de este escrito:

- 1) La nación es una comunidad política imaginada;
- 2) En Puerto Rico existen tres versiones de un imaginario nacional: anexionista, soberanista y autonomista;
- 3) El poder impone su verdad;
- 4) El ideal autonomista controla el Estado durante una gran parte de la segunda mitad del siglo XX y desde ahí promueve su versión del imaginario;
- 5) En nuestro ordenamiento constitucional el Tribunal Supremo tiene la capacidad de construir, endosar o rechazar un discurso.

Habiendo establecido estos fundamentos, es menester auscultar si el Tribunal Supremo de Puerto Rico, durante los años de la hegemonía autonomista, logró fomentar por medio de sus decisiones, la ideología política preponderante en el período de 1954 a 1988. En otras palabras, la intención de este artículo es analizar si el Tribunal, por medio de sus decisiones fue parte de ese nacionalismo de Estado, característico del referido período y al mismo tiempo explorar cuál era la versión, si alguna, que endosaba el máximo tribunal sobre la verdadera naturaleza política del País. Dicho de otro modo, pretendemos descifrar cómo el Tribunal Supremo imaginaba a Puerto Rico en términos políticos.

III. LA JURISPRUDENCIA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD PUERTORRIQUEÑA

Las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico (en adelante, "TSPR") no se circunscriben únicamente a los hechos y el derecho aplicable a la controversia

³² MAX WEBER, *THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION* 154 (1964).

bajo su consideración. Existe un tercer factor que influye sobremanera en estas decisiones: el contexto histórico. Mi intención es desplazarnos a lo largo del siglo XX utilizando las decisiones del máximo foro judicial como retratos de la época en que tienen lugar. Las referidas decisiones constituyen una excelente herramienta historiográfica para investigar cuál era la visión que tenía la máxima Curia sobre el País.

La primera ley orgánica que establece EE.UU. para Puerto Rico fue la Ley Foraker de 1900.³³ Dicha ley imponía un gobernador no electo por los puertorriqueños y un Consejo Ejecutivo compuesto por funcionarios electos por el presidente de los EE.UU.³⁴ Este Consejo ejercía poderes legislativos y ejecutivos al mismo tiempo. Además, la Ley Foraker creaba una Asamblea Legislativa electa por puertorriqueños³⁵. Ambos cuerpos conformaban una suerte de “Congreso” en el que el Consejo era la cámara alta y la Asamblea la cámara baja. La prensa insular no vaciló en opinar al respecto a la referida ley:

Toda la atención del país se fijó entonces en las Cámaras nacionales de donde esperaba que había de surgir por lo menos la declaración de Territorio para la infeliz cenicienta, y sólo se nos arroja la piltrafa del bill Foraker, como un gran favor que se hacía a estos “desgraciados indios”, incapaces de tener un gobierno honrado e indignos de ser honrados e indignos de ser como ciudadanos de la soberbia Unión.³⁶

En 1917, las condiciones materiales de la época movieron al Congreso a aprobar una nueva Carta Orgánica, conocida como la Ley Jones.³⁷ A diferencia de su antecesora, la Ley Jones le otorgaba mayores poderes en el ámbito legislativo a los puertorriqueños. Empero, el gobernador seguía siendo nombrado por el Presidente de EE.UU. De modo que el reclamo de los principales partidos puertorriqueños al Congreso durante ese período era, entre otras cosas, la posibilidad de que los boricuas eligieran a su propio gobernador. Esta petición no sería atendida hasta 1948. Cabe resaltar que la figura del gobernador no tendría las facultades de las cuales hoy goza hasta la aprobación de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico³⁸ en 1952. Sin embargo, aún estaban presentes en el ambiente jurídico y po-

³³ LEY FORAKER, 1 LPRA (Documentos Históricos).

³⁴ LEY FORAKER, art. 18, 1 LPRA (Documentos Históricos).

³⁵ LEY FORAKER, art. 27, 1 LPRA (Documentos Históricos).

³⁶ FRANCISCO A. SCARANO, PUERTO RICO: CINCO SIGLOS DE HISTORIA 661 (2000) citando el PERIÓDICO LA DEMOCRACIA, 16 de febrero de 1901.

³⁷ 1 LPRA (Documentos Históricos).

³⁸ 1 LPRA § 1.

lítico, ciertas dudas sobre las implicaciones de la recién aprobada Constitución. Es en esta coyuntura en la que tiene lugar el siguiente caso.

A. *PUEBLO V. FIGUEROA*: SOBRE LA NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1952³⁹

En 1953, un año después de la aprobación de la Constitución de Puerto Rico, el señor Manuel Figueroa fue acusado de delito grave por comprar mercancía a sabiendas de que ésta había sido hurtada. Uno de los abogados del acusado renunció al derecho a juicio por jurado de su cliente y el Tribunal de Primera Instancia admitió dicha renuncia. El señor Figueroa acude al TSPR señalando que el Tribunal de Primera Instancia erró al permitirle la renuncia a juicio por jurado por medio de su abogado sin requerir el consentimiento del acusado personalmente. Ello, según lo establecido en el caso *Patton v. United States*⁴⁰ donde se requería “la anuencia del abogado del gobierno, la sanción de la corte y el consentimiento expreso e inteligente del acusado.”⁴¹ Según el acusado, el derecho a juicio por jurado contenido en el Artículo II, Sección 11 de nuestra Constitución podía renunciarse solamente en la manera establecida en el caso de *Patton*. El razonamiento del acusado era el siguiente:

La Ley Pública 600, que autorizó al pueblo de Puerto Rico a adoptar una constitución, dispuso que ésta contendrá una carta de derechos. Esto indicaba el interés especial en una carta de derechos. Ésta, incluyendo el derecho a juicio ante jurado en casos de delitos graves, fue aprobada por el Congreso cuando éste aceptó la Constitución. Según el acusado, por lo tanto, el derecho a juicio por jurado existe en Puerto Rico por disposición expresa del Congreso. Por esta razón para ser más efectivo, el ejercicio del derecho constitucional a juicio por jurado en Puerto Rico, éste debe ser garantizado bajo las mismas condiciones que se garantiza este derecho en las cortes federales.⁴²

Este caso plantea las siguientes interrogantes: ¿acaso la Constitución de Puerto Rico es una carta fundamental de gobierno local, o es meramente una ley federal?; y, ¿es Puerto Rico una comunidad política autónoma, o un territorio sobre el cual el Congreso tiene poderes plenarios? El Juez Aaron Cecil Snyder emitió la opinión del Tribunal. La máxima Curia plantea que si bien las Cartas Orgánicas anteriores a la

³⁹ 77 DPR 188 (1954) (opinión del Juez Snyder).

⁴⁰ 281 U.S 276 (1930).

⁴¹ *Id.* en la pág. 312.

⁴² *Figueroa*, 77 DPR en la pág. 193.

de 1952 (Ley Foraker de 1900⁴³ y Ley Jones de 1917⁴⁴) eran leyes federales, cuya autoridad de interpretación radicaba en el Tribunal de Apelaciones del Circuito de Boston y en el Tribunal Supremo de EE.UU., la Constitución de 1952 en cambio, contenía una cláusula sobre el debido procedimiento de ley la cual, establecía que sería interpretada con absoluta autoridad y “aplicada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico *como cuestión de ley local*”.⁴⁵ Además, señala el Tribunal:

Bajo los términos de la Ley Pública 600 la Constitución no podía empezar a regir hasta que el Congreso la aceptara. Y el Congreso dio su aceptación bajo ciertas condiciones, las cuales fueron luego aprobadas por el pueblo de Puerto Rico. Pero esto no milita en contra de nuestra conclusión de que la Constitución es una carta básica de gobierno local y no una ley federal.⁴⁶

El Tribunal aprovecha esta oportunidad para sentar las bases sobre cuál es la naturaleza jurídica del Estado Libre Asociado (en adelante, “ELA”). A esos efectos realiza una distinción entre las leyes orgánicas anteriores y la Constitución de 1952. Al analizar la forma en la que el máximo foro judicial cataloga las tres constituciones podemos ver cómo a la Ley Foraker⁴⁷ y a la Ley Jones⁴⁸ las llama meramente “Cartas Orgánicas” y a la de 1952 la llama Constitución del Estado Libre Asociado, como queriéndole atribuir a esta última un carácter de superioridad jerárquica sobre sus predecesoras.

El Tribunal sostiene que distinto a las Cartas Orgánicas anteriores, con la ley 600 el Congreso mantuvo “que, reconociendo ampliamente el principio del gobierno por consentimiento de los gobernados, se aprueba esta Ley, con el carácter de un convenio, de manera, que el pueblo de Puerto Rico pueda organizar un gobierno basado en una constitución adoptada por él mismo.”⁴⁹ Luego pasa a considerar el hecho de que el preámbulo de la Constitución, comienza con “[n]osotros el Pueblo de Puerto Rico ... ordenamos y establecemos esta Constitución para el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.”⁵⁰ Según el Tribunal, estas palabras, unidas al hecho de que el Congreso aprobó el documento redactado por la convención constituyente dan cuenta de que la Carta de 1952 es una constitución local y no una ley federal.

⁴³ 1 LPRA (Documentos Históricos).

⁴⁴ 1 LPRA (Documentos Históricos).

⁴⁵ *Figueroa*, 77 DPR en la pág. 188 (énfasis suplido).

⁴⁶ *Figueroa*, 77 DPR en la pág. 194 (citás internas omitidas).

⁴⁷ *Id.* en la pág. 193.

⁴⁸ 1 LPRA (Documentos Históricos).

⁴⁹ *Figueroa*, 77 DPR en la pág. 196.

⁵⁰ CONST. ELA, 1 LPRA § 1.

De esta forma, el máximo foro judicial le atribuye unas cualidades cuasi soberanas a aquel Puerto Rico que surge del nuevo arreglo conocido como Estado Libre Asociado. Siguiendo esa línea de pensamiento, si la Carta Orgánica de 1952⁵¹ es la Constitución de Puerto Rico y no una ley federal, la máxima Curia aprovecha su decisión para aclarar que la interpretación de dicha Constitución corresponde al TSPR como la máxima autoridad judicial del País.⁵²

Esta es una de las primeras decisiones del TSPR en las que este foro se expresa sobre la nueva realidad de Puerto Rico después de la implementación de la Constitución de 1952. Como podemos ver el Tribunal sanciona la visión del discurso autonomista en la Isla. Esta decisión constituye el prólogo de una serie de decisiones posteriores que van a seguir expandiendo el significado de la naturaleza jurídica del ELA.

Lo importante de esta opinión es que sienta el fundamento, desde el TSPR, de que lo ocurrido en 1952 fue un acto bilateral en la naturaleza de un pacto entre Puerto Rico y Estados Unidos, donde el primero conviene con el segundo un arreglo político-jurídico que regirá las relaciones entre ambas naciones.⁵³ Dicho pacto presupone que ambos Estados actuaron como entes soberanos y, partiendo de dicha soberanía, acordaron este convenio. De la misma forma, esta decisión valida el ELA como la nueva fórmula de status. Cada elemento del tríptico (Estado, Libre y Asociado) es analizado individualmente y legitimado por el Tribunal. De modo que el TSPR se da la tarea de explicar cómo en ocasiones Puerto Rico figura como un Estado de la nación norteamericana y en otras como un Estado soberano e independiente. Asimismo, el Tribunal también aclara en qué sentido el País ejercita el último de los elementos de dicha fórmula, es decir, lo referente a que el Estado es Asociado.

Un ejemplo de Puerto Rico como Estado de la nación estadounidense es la contención del Tribunal, por voz del Juez Snyder, de que “la Corte Suprema de los Estados Unidos ha resuelto uniformemente que el significado de las disposiciones de constituciones y estatutos es determinado por las cortes estatales”,⁵⁴ y consecuentemente, es al TSPR a quien corresponde interpretar la nueva Constitución. Por otro lado, un ejemplo de Puerto Rico como Estado libre y soberano, no colonial, es la cita que el máximo foro judicial hace sobre Muñoz Marín, cuando este último sostiene que “[el ELA] hace y puede cambiar su constitución dentro de los términos

⁵¹ CONST. ELA, 1 LPRA § 1.

⁵² *Figueroa*, 77 DPR en la pág. 194.

⁵³ *Figueroa*, 77 DPR en las págs. 194-196.

⁵⁴ El TSPR cita, entre otros, a: *A.F. of L. v. Watson*, 327 U.S. 582, 596 (1946); *Rescue Army v. Municipal Court*, 331 U.S. 549 (1947); *Spector Motor Co. v. McLaughlin*, 323 U.S. 101 (1944); *Federation of Labor v. McAdory*, 325 U.S. 450 (1945); *Pueblo v. Romero*, 71 DPR 66, 69-70 (1950).

del convenio, que incluye los principios aplicables de la Constitución de los Estados Unidos.”⁵⁵

Un dato curioso sobre esta decisión es que, con el fin de fundamentar su argumento, el TSPR incorpora de forma expresa el discurso autonomista del PPD en la Opinión, citando a Muñoz Marín, gobernador en aquel entonces y uno de los principales ideólogos del discurso autonomista en la Isla. El Tribunal entonces opera de forma unísona con el primer ejecutivo al cual cita en su opinión.⁵⁶ Al así actuar, el Tribunal endosa el discurso Muñoz y tácitamente lo suscribe, lo legitima, lo hace suyo y lo impone a la comunidad política puertorriqueña.

Discutidos los primeros dos elementos de este nuevo status, es decir, lo referente al Estado Libre, falta por discutir al tercer elemento de dicho status, aquel que se refiere a la asociación con EE.UU. El Tribunal hace énfasis en el preámbulo de la Constitución de Puerto Rico, específicamente en la parte que reza: “en el ejercicio de nuestro derecho natural ahora creamos *dentro de nuestra unión con los Estados Unidos de América*.”⁵⁷

Este caso sienta una jurisprudencia que es de suma importancia en el desarrollo discursivo del autonomismo en la Isla. Según esta decisión, la Constitución de Puerto Rico es un cuerpo legal digno de ese nombre y no una ley federal. En segundo lugar, afirma que el TSPR es el máximo intérprete de esa Constitución. Por último y no menos importante, al interpretar la recién estrenada Constitución, el TSPR decide endosar el discurso autonomista de que la Constitución fue desarrollada bajo un pacto sinalagmático entre dos naciones soberanas; que dicha gestión se realizó bajo la naturaleza de un convenio, y que, consecuentemente, este arreglo sólo podría ser enmendado de forma bilateral por ambas naciones.

B. SOBRE EL PODER DEL ELA DE IMPONER TRIBUTOS: *R.C.A. COMM. V. GOB. DE LA CAPITAL*⁵⁸

Diez años más tarde el TSPR se enfrenta a los siguientes hechos. Las corporaciones R.C.A. Communications, Inc., *et. als*, demandan al Municipio de San Juan, solicitando que se les devolviera ciertas cantidades pagadas por concepto de patentes. En su demanda, alegaron que el cobro de las referidas patentes fue ilegal toda vez que las demandantes hacían negocio en el comercio interestatal y sus actividades

⁵⁵ *Figueroa*, 77 DPR en la pág. 195 (citando a Muñoz Marín, *Puerto Rico and the U.S., Their Future Together*, FOREIGN AFFAIRS, Julio 541, 547 (1954)).

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Figueroa*, 77 DPR en la pág. 13 (énfasis suplido).

⁵⁸ 91 DPR 416 (1964) (opinión del Juez Santana Becerra) (Este caso fue revocado cuarentaiocho años más tarde en *Estado Libre Asociado de Puerto Rico v. Northwestern Selecta, Inc.*, 185 D.P.R. 40 (2012)).

estaban reglamentadas por legislación del Congreso. Alegaron, además, que la contribución que les impuso el municipio de San Juan era una intervención indebida en el comercio interestatal de Estados Unidos y constituía un obstáculo a dicho comercio.⁵⁹ De modo que el Tribunal debió responder la siguiente interrogante: ¿puede el ELA imponer contribuciones por concepto de patentes a corporaciones que operan en su jurisdicción? Según el TSPR,

contrario a los regímenes territoriales de la Ley Foraker y de la Carta Orgánica de 1917 de autoridad y poderes meramente delegados por el Congreso y sujetos a su supervisión, los poderes públicos y gubernamentales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en la autoridad que le es privativa, y el más fundamental entre ellos de imponer tributo consustancial con su creación misma como un Estado político y esencial a su subsistencia y para su supervivencia de Estado, emanan de sí mismo y de su propia autoridad, y siéndole ésta privativa en lo que concierne al poder de tributación, ejerce este poder libre de autoridad superior, sujeto sólo a las limitaciones de su propia Constitución y su Carta de Derechos, que ya el Congreso determinó que no era contraria a las disposiciones aplicables de la Constitución de los Estados Unidos, y a aquellas obligaciones que el pueblo se impuso al aceptar las relaciones federales que habrían de existir y existen con los Estados Unidos a tenor de la Ley 600...⁶⁰

En este caso, el Tribunal proyecta una vez más al ELA como una suerte de república soberana que está vinculada con los EE.UU. por un tratado internacional. Según el TSPR, una vez el Congreso aprueba la Constitución redactada por el Pueblo puertorriqueño, y ésta entra en vigor en 1952, en la Isla dejó de imperar el régimen territorial.⁶¹ A partir de la puesta en vigor del nuevo ordenamiento constitucional, Puerto Rico según la máxima Curia, ostentaba unos poderes que prácticamente rayaban en la soberanía. Existían, sin embargo, ciertos vínculos con los EE.UU. que pueden constatarse en el preámbulo de la nueva Constitución.⁶² No obstante, dichos vínculos no incluían la sujeción de Puerto Rico al poder del Congreso para regular el comercio interestatal.⁶³ Ello es así pues, según el Tribunal el Estado de Puerto Rico, es libre de cualquier “autoridad superior”, dado a que el Congreso así lo esti-

⁵⁹ *R.C.A.*, 91 DPR en la pág. 421.

⁶⁰ *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR en la pág. 428.

⁶¹ *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR, en la pág. 422.

⁶² *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR, en las págs. 424 & 428.

⁶³ *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR, en la pág. 429.

puló implícitamente al ratificar la Constitución.⁶⁴ Y entre esos poderes que poseía el nuevo régimen insular se encontraba aquel de poder imponer tributaciones.

De hecho, según el TSPR, la aprobación de la Constitución de 1952 supuso un momento coyuntural y fundacional en el devenir histórico del País, debido a que era la primera ocasión en que sus habitantes se organizaron “como un Estado político con su propio gobierno, lo cual debía ser objeto de legítimo orgullo para [el] Pueblo”.⁶⁵ En lo referente al poder de tributación del Estado, según el Tribunal, dicha facultad no descansa ni depende de las disposiciones del Estatuto de Relaciones Federales, que eran una expresión característica de una “época anterior de autoridad delegada”.⁶⁶ En cambio, la autoridad del período posterior a la aprobación de la Carta Orgánica de 1952, emanaban del Pueblo de Puerto Rico. Y en el ejercicio de esa autoridad “privativa” del Estado, se encontraba la potestad de imponer tributos.⁶⁷

De lo dicho por el Tribunal podemos colegir que para el máximo foro existían dos períodos bajo la dominación norteamericana en la Isla, a saber: 1) el período de 1898 a 1952 en el que el poder del Estado puertorriqueño era uno delegado por el Congreso de Estados Unidos y; 2) el período de 1952 en adelante. En este segundo período, como resultado de la aprobación de la Constitución, el Pueblo de Puerto Rico es la fuente del poder público, de acuerdo con el convenio que establecía un gobierno propio pleno. Esta soberanía del Pueblo surge del consentimiento mutuo de ambas naciones. Ergo, los puertorriqueños en cualquier momento futuro podrían modificar dicha relación, pues la misma surgía de un acuerdo libremente concertado entre ambos pueblos.⁶⁸

C. LA DOBLE EXPOSICIÓN: *PUEBLO V. CASTRO DÍAZ*⁶⁹

En 1988 nuestro máximo foro judicial se enfrentó a la siguiente interrogante: ¿es el ELA una entidad soberana para efectos de la cláusula de doble exposición de la Constitución de EE.UU.? Ramón Castro Díaz fue acusado junto a otros individuos por violación a varios artículos de la Ley de Armas de Puerto Rico.⁷⁰ Seis meses más tarde, la defensa presentó una *Moción de Supresión de Evidencia y para desestimar bajo la Regla 64 (e) y (f)*. Ello, debido a que, según el abogado defensor,

⁶⁴ *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR, en la pág. 428.

⁶⁵ *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR, en la pág. 427.

⁶⁶ *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR, en la pág. 429.

⁶⁷ *R.C.A. Commc'ns, Inc.*, 91 DPR, en la pág. 429.

⁶⁸ *R.C.A. Commc'ns, Inc.* 91 DPR, en las págs. 9 a la 10. (El Tribunal cita la Resolución Núm. 23 de la Convención Constituyente del 4 de febrero de 1952).

⁶⁹ 120 DPR 740 (1988).

⁷⁰ Ley de Armas de Puerto Rico del año 2000 25 LPRA §§ 416, 418 y 421.

los acusados ya habían sido convictos en relación a los mismos hechos en la esfera federal, por poseer armas cuyo número de serie había sido mutilado, en violación al correspondiente estatuto federal.⁷¹

El Tribunal de Primera Instancia (en adelante, “TPI”) falló a favor de los acusados arguyendo que la Quinta Enmienda de la Constitución de EE.UU.⁷² prohíbe que una persona sea expuesta dos veces por el mismo delito. Del mismo modo, resolvió que un fallo contrario violaría el derecho del ciudadano contra la doble exposición, según garantizado por la sección 11 de Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico.⁷³ El TPI fundamentó su fallo en el hecho de que Puerto Rico no era un país soberano y que, por el contrario, su soberanía emanaba de los EE.UU. Por lo tanto, el tribunal, citando un artículo de American Jurisprudence 2nd señala: “[w] here the different jurisdictions or courts are ‘creations emanating from the same sovereignty,’ successive prosecutions are impermissible. Thus, successive prosecutions by federal and territorial courts contravene the prohibition against double jeopardy since the two courts emanate from the same sovereignty.”⁷⁴ Consecuentemente, la teoría del TPI es que, como el ELA no es soberano, éste es necesariamente un “brazo” del gobierno federal por lo que sería una misma jurisdicción exponiendo a una persona dos veces por un mismo delito. De la Resolución emitida por el TPI el Procurador General acudió entonces al TSPR.

El TSPR abordó el discurso del ELA, tal y como lo hiciera en 1954 en *R.C.A. Commc’ns., Inc. v. Gobierno de la Capital*,⁷⁵ esto es, desde el punto de vista de la naturaleza jurídico-política de dicho status. Específicamente de la capacidad que tiene el ELA como ordenamiento constitucional para crear delitos y de cómo dicho poder coexiste, con el poder del gobierno federal para hacer lo propio en la jurisdicción del ELA.

Detrás de toda esta argumentación jurídica, claro está, existe un planteamiento político, a saber, si Puerto Rico, para los efectos de la doctrina de la doble exposición, es un país soberano. Dicho de otro modo, si lo establecido por la máxima Curia en *Pueblo v. Figueroa*⁷⁶ y *R.C.A. Commc’ns., Inc.*,⁷⁷ a los efectos de si los eventos que llevaron a la redacción de la Constitución del ELA, constituían un acto mediante el cual, el Pueblo de Puerto Rico había redactado y aprobado la referida

⁷¹ Unlawful Acts 18 USC §§ 922 (b) (2) y 924 (a)]; *Castro García*, 120 DPR en las págs. 745-746.

⁷² U.S. CONST. amend. V.

⁷³ *Castro Díaz*, 120 DPR 740, 745 (1988) (haciendo mención de la CONST. ELA, art. II, § 11).

⁷⁴ *Id.* en la pág. 744 (citando 21 Am. Jur. 2d § 281).

⁷⁵ 91 DPR 416 (1964).

⁷⁶ 120 DPR 740 (1988).

⁷⁷ *R.C.A. Commc’ns., Inc.*, 91 DPR.

Carta Magna, en la cual el Estado puertorriqueño figuraba como la máxima “autoridad privativa” del territorio, o si en cambio, dichos eventos no eran más que una mera delegación del Congreso, reteniendo éste los poderes soberanos sobre el territorio. El TSPR se enfrenta a esta situación de la siguiente manera:

La cuestión es determinar, para la aplicación de esta doctrina [la doctrina de la doble exposición], si las dos entidades que pretenden procesar a un acusado por el mismo curso de conducta son soberanos para efectos de la Quinta Enmienda. Esta soberanía es determinada por la fuente definitiva o esencial de donde derivan su poder para procesar al acusado. . . [el Tribunal Supremo de EE.UU.] sostuvo que las leyes del Territorio de Hawaii no eran “leyes estatales” . . . indicando: “Aunque, por supuesto, todos los tribunales han de tener gran respeto por las leyes de la legislatura territorial así como por las decisiones de los tribunales territoriales, la razón predominante para establecer el Código Judicial Sec. 266 no existe con respecto a los territorios. *Esta razón fue un propósito congresional para evitar interferencias innecesarias con las leyes de un estado soberano.* En nuestro sistema dual de gobierno, la posición de un estado como soberano en aquellas materias no reguladas por la Constitución requiere una deferencia para con la acción legislativa de un estado que va más allá de la requerida con respecto a las leyes de un territorio. Un territorio está sujeto a la regulación congresional”⁷⁸.⁷⁹

Nótese cómo el TSPR enfatiza la decisión de la máxima Curia federal en lo que respecta a distinguir entre un Estado soberano y un territorio del Congreso. Ello, habida cuenta de que el Congreso no debe interferir innecesariamente con las leyes del Estado soberano, pero sí puede hacerlo con las de un territorio. El Tribunal pone de relieve aquella parte de la decisión que se refiere a la interferencia del Congreso en los Estados soberanos mas no destaca la última oración de esta cita, en la que se establece que un territorio está sujeto a regulación por parte del Congreso. Esto puedo sugerir que la mayoría de los jueces que componían el TSPR en 1988 imaginaban a Puerto Rico como un país soberano asociado a EE.UU. y no como un territorio sujeto a los poderes plenarios del Congreso.

El máximo foro judicial procede entonces a citar a *R.C.A. Comm'cs., Inc. v. Gobierno de la Capital*,⁸⁰ con el fin de historiar cómo el Congreso al permitirle a

⁷⁸ 336 U.S. a las págs. 377-378 (notas al calce omitidas) (énfasis suplido por el Tribunal).

⁷⁹ *Castro Garcia*, 120 DPR en la pág. 36.

⁸⁰ 91 DPR 416 (1964).

los boricuas redactar su propia Constitución, les otorgó el poder de establecer un Estado cuyos poderes emanan de sí mismo y de su propia autoridad.⁸¹

A continuación, la mayoría del Tribunal anuncia que el juez Rebollo López emitirá una opinión disidente, la cual parte de un enfoque restrictivo que da lugar a la conclusión de que lo único que logró aprobarse con la ley 600 y ratificarse la Constitución del ELA, fue aprobar una nueva ley orgánica. Adelantándose al juez Rebollo, el Tribunal concluye que “el *status* actual es el producto bilateral de un proceso que goza de la naturaleza de un convenio entre dos entes gubernamentales. A los efectos del punto a resolver, la intención de ambas partes fue reconocer y otorgarle al Pueblo de Puerto Rico un grado de gobierno propio similar a los estados”.⁸²

D. LA NATURALEZA DEL ELA DESDE DIVERSOS PUNTOS DE VISTA

Al analizar las decisiones citadas hasta el momento podemos llegar a varias conclusiones generales sobre cómo el TSPR, a través de su desarrollo jurisprudencial, definía la naturaleza política y jurídica del ELA:

1) antes de la Constitución de 1952 el Congreso de los Estados Unidos delegaba su soberanía en un gobierno insular constituido mediante Cartas Orgánicas;

2) el proceso de redacción de la Constitución de Puerto Rico se da como resultado de un convenio entre Puerto Rico y Estados Unidos;

3) la Constitución del Estado Libre Asociado es puesta en vigor por el Pueblo de Puerto Rico en el ejercicio de su poder soberano;

4) dicha Constitución se logró por medio de un pacto bilateral entre ambas naciones;

5) al aprobar la Constitución de Puerto Rico el Congreso reconoció el poder del Estado puertorriqueño como la autoridad máxima y privativa en ese País;

6) dicha autoridad es consustancial con su poder para crear delitos e imponer tributos, entre otros poderes;

7) la soberanía del Estado puertorriqueño no emana del Congreso sino del Pueblo de Puerto Rico;

8) consecuentemente, el Estado Libre Asociado es soberano a los efectos de la doctrina de la doble exposición.

⁸¹ *Castro García*, 120 DPR en la pág. 52.

⁸² *Id.*

A pesar de que a nivel del Tribunal Supremo Federal se habían emitido una serie de decisiones que resultaban antagónicas⁸³ a esta visión del status que había establecido el TSPR, lo cierto es que dicho Tribunal se mostraba renuente a cambiar su concepción sobre la naturaleza jurídica del ELA.

E. A CADA PTOLOMEO LE LLEGA SU COPÉRNICO: LA OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ REBOLLO EN *PUEBLO V. CASTRO GARCÍA*⁸⁴

En este caso de 1988 aparece la voz solitaria pero implacable del Juez Rebollo, quien, desde la disidencia, intenta desarmar todo un discurso que para entonces llevaba construyéndose desde hacía treintaiséis (36) años. Francisco Rebollo López había sido nombrado por el Honorable Carlos Romero Barceló, un gobernador que suscribía el discurso de la anexión de Puerto Rico a los EE.UU. El referido magistrado se encomendó a la difícil tarea que supone cuestionar un discurso hegemónico en cuya premisa descansa toda una manera de concebir la relación de Puerto Rico con los EE.UU., y lo que es más, la filosofía sobre la cual se erige el sistema político puertorriqueño. Según Rebollo:

Aun cuando en nuestro carácter personal tenemos el derecho constitucional absoluto a crear y pensar acorde con nuestra particular visión de la vida y del mundo en que nos desenvolvemos, los integrantes de este Tribunal no podemos darnos el lujo de actuar y resolver los asuntos ante nuestra consideración *conforme a esas creencias o deseos personales, con total abstracción de la realidad jurídica que nos rodea*. La opinión que suscribe y endosa una mayoría de este Tribunal en el presente recurso adolece de esa falla La doctrina jurisprudencial de la “soberanía dual”, por definición, no es aplicable al caso de Puerto Rico, por cuanto resulta ser un hecho histórico y jurídico incuestionable que nuestro País nunca ha sido soberano y de que, conforme lo resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, constitucionalmente continuamos siendo hoy día *un territorio* sujeto al poder de legislación del Congreso de Estados Unidos bajo la “cláusula territorial” del Art. IV, Sec. 3 de la Constitución federal, hecho que, inclusive, se acepta en la opinión mayoritaria emitida. En otras palabras, el Tribunal le atribuye a Puerto Rico una condición de “soberano”--la cual supuestamente adquirió luego del advenimiento del Estado Libre Asociado en el año 1952--para efectos de la doctrina de la “soberanía dual”, cuando lo cierto es

⁸³ Siendo una de las más notorias la de Harris v. Rosario, 466 U.S. 651 (1980).

⁸⁴ *Castro García*, 120 DPR.

que desde un punto de vista estrictamente jurídico, de “soberano” Puerto Rico no tiene nada, por cuanto “su fuente última de poder” para procesar a las personas que cometen delito dentro de sus límites territoriales continúa siendo el Congreso de Estados Unidos.⁸⁵

A continuación, el juez Rebollo procede a atacar de manera frontal el discurso mayoritario utilizando como arma la propia historia de cómo se estableció el ELA. Particularmente, el Juez se vale de extractos de ese relato que el Tribunal omitió mencionar en el curso de su jurisprudencia sobre el tema de la naturaleza política del ELA. Tales relatos al parecer eran considerados como “apócrifos” para la máxima Curia.

Uno de estos eventos notorios que cita el juez Rebollo consiste en transcripciones de las vistas públicas que se celebraron en el Congreso en ocasión de la aprobación de la ley 600. Allí el entonces Gobernador, Hon. Luis Muñoz Marín, dijo en relación a dicha ley:

*You know of course, that if the people of Puerto Rico would go crazy, Congress can always get around and legislate again. But I am confident that the Puerto Ricans will not do that, and invite congressional legislation that would take back something that was given to the people of Puerto Rico as good United States citizens.*⁸⁶

Además, el Juez Rebollo cita al entonces Comisionado Residente, Antonio Fernós Isern, cuando sostuvo: “*S. 3336 would not change the status of the island of Puerto Rico relative to the United States. It would not alter the powers of sovereignty acquired by the United States over Puerto Rico under the term of the Treaty of Paris*”.⁸⁷

El juez Rebollo mediante su opinión disidente cuenta una versión distinta de aquella que el Tribunal en ocasiones previas había suscrito. Según el magistrado, la mayoría del Tribunal estaba haciendo alusión sólo a aquella parte de la historia que le era útil para sustentar sus argumentos en torno a la naturaleza soberana del ELA. Para Rebollo López, esta otra parte de la historia sirve de forma complementaria para entender la totalidad de las circunstancias en las que se dio todo aquel proceso de la aprobación de la Constitución del ELA.

El magistrado de la Corte Suprema sostiene que los personajes más importantes de esa pléyade de individuos que participaron en dicho proceso, entre ellos

⁸⁵ *Id. en la pág.* 786.

⁸⁶ *Id. en la pág.* 790.

⁸⁷ *Id.* (énfasis en la opinión disidente del Juez Rebollo López, J).

Fernós y Muñoz Marín, conocían de primera mano la naturaleza unilateral de aquel convenio. Muñoz alegaba que el Congreso siempre podía volver a legislar “si los puertorriqueños se volvieran locos”, mientras que Fernós admitía que nada de lo allí pactado alteraba de forma alguna los poderes soberanos que el gobierno de los Estados Unidos, en virtud de las disposiciones del Tratado de París, había adquirido sobre Puerto Rico.⁸⁸

El juez Rebollo señala además que el Tribunal, pasa por alto el hecho de que la Constitución de Puerto Rico fue enmendada unilateralmente por el Congreso después de ésta haber sido aprobada por el Pueblo de Puerto Rico. Dicha enmienda consistió en la eliminación de la Sección 20 de la Carta de Derechos del referido cuerpo normativo. A esos efectos el Juez Rebollo opina: “mal puede hablarse de que Puerto Rico es un ente soberano cuando otro ente político tienen el poder para unilateralmente enmendarle su Constitución.”⁸⁹

Otro aspecto interesante de la opinión disidente del magistrado Rebollo es que el propio juez, tal vez inconscientemente, revela su propia versión del imaginario nacional puertorriqueño. Al citar el caso de *Harris v. Rosario*,⁹⁰ en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos establece que “el Congreso, bajo la Cláusula Territorial, tiene la facultad para hacer todas las Reglas o Reglamentos necesarios con respecto al Territorio ... perteneciente a los Estados Unidos puede tratar a Puerto Rico de manera distinta a los estados siempre que exista una base racional para su acción.”⁹¹ Al citar este caso, el magistrado Rebollo se refiere al Tribunal Supremo de los Estados Unidos como “el Tribunal Supremo *nacional*.”⁹²

Como recordaremos, en las primeras páginas de este ensayo expuse la tesis del profesor J.M Carrión en relación a las tres versiones del imaginario nacional puertorriqueño. Allí, el catedrático apunta que hay “puertorriqueños [que] consideran a Estados Unidos su nación. Un imaginario nacional formulado por puertorriqueños se articula como versión ‘criolla’ del imaginario nacional ‘metropolitano’ ...”⁹³ Así las cosas, podemos percibir cómo el propio Juez Rebollo incurre en la misma práctica que él al principio de su opinión disidente criticó: la de “resolver conforme a sus creencias y deseos personales.”⁹⁴ Ello, debido a que al afirmar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es el “Tribunal nacional” el Juez Rebollo está negando implícitamente la existencia de una nación puertorriqueña, a la vez que asevera que Estados Unidos es la nación de los puertorriqueños.

⁸⁸ *Id.* en las págs. 791-793 (opinión disidente del Juez Rebollo López, J).

⁸⁹ *Id.* en la pág. 793.

⁹⁰ 466 U.S. 651.

⁹¹ Castro García, 120 DPR en la pág. 793. (Opinión disidente del Juez Rebollo López, J).

⁹² Castro García, 120 DPR en la pág. 793. (Opinión disidente del Juez Rebollo López, J).

⁹³ Carrión, *supra* nota 11.

⁹⁴ Castro García, 120 DPR en la pág. 786. (Opinión disidente del Juez Rebollo López, J).

Creo, sin embargo, que la grandeza del Juez Rebollo en su opinión disidente estriba en que la misma constituye un ataque frontal al discurso hegemónico de entonces. Lo que lo convierte en una suerte de revolucionario en el fuero judicial. Quizás ahora, desde la comodidad del presente y a raíz de decisiones recientes de los máximos foros judiciales de Puerto Rico y Estados Unidos que discutiré más adelante en este artículo, parezca lógico lo esbozado por el Juez Rebollo en esta su opinión disidente. Pero hay que tener en cuenta que el contexto en que el magistrado disiente es uno muy distinto al de nuestros tiempos. En aquel momento, lo que hizo el Juez Rebollo en dicha opinión, no distaba mucho, en términos de forma, de lo que representaba el sistema de Copérnico en un mundo gobernado por el enfoque de Ptolomeo, o las ideas de Giordano Bruno en un mundo dominado por la filosofía aristotélica. De manera que la opinión disidente del Juez Rebollo era un acto revolucionario.

Debemos tomar en cuenta que esta decisión fue emitida en 1988. Que tan sólo cuatro (4) años más tarde se celebraría en toda la Isla la Conmemoración del Quinto Centenario del Descubrimiento de América. Estas efemérides eran sumamente importantes para aquellos que creían en el ideal autonomista, toda vez que el discurso que defendían era el único en el que ser hispanófilo y a la vez valorar la unión permanente con los Estados Unidos, no resultaba ser algo contradictorio. Además, como hemos visto, la rama judicial había incorporado desde 1954 el discurso autonomista al Derecho puertorriqueño por medio de sus decisiones.⁹⁵ De manera que esta concepción de Puerto Rico como un Estado Libre y a la vez Asociado con Estados Unidos, más que un discurso, se había tornado en una suerte de dogma, en un nacionalismo de Estado.

Es por ello que la percepción del Juez Rebollo sobre la verdadera naturaleza del status puertorriqueño esbozada en aquella opinión disidente resultaba a todas luces revolucionaria. Y tal como ocurre con casi todos los actos revolucionarios, la opinión del Juez Rebollo fue duramente criticada en su época. Pero hoy en día, esa opinión, otrora disidente, se ha convertido en el Estado de Derecho actual. A continuación, nos proponemos historiar como las condiciones materiales, o la dialéctica ideológica hegeliana, o, si se quiere, cómo el universo conspiró para que tal desplazamiento ideológico tuviera lugar.

IV. UN CAMBIO DE PARADIGMA: EL CASO DE *SÁNCHEZ VALLE*⁹⁶

La configuración de la Corte Suprema de Puerto Rico comienza a cambiar desde finales del siglo XX. Pero en la primera década del Siglo XXI el Tribunal sufre un

⁹⁵ Pueblo v. Figueroa 77 DPR 188 (1954); R.C.A. Comm'cs., Inc. v. Gobierno de la Capital, 91 DPR 416 (1964); Pueblo v. Castro García, 120 DPR 740 (1988).

⁹⁶ 192 DPR 594 (2015).

cambio radical en su composición. El gobernador Luis Fortuño quien pertenecía al Partido Nuevo Progresista (PNP), partido que promueve el ideal anexionista en la Isla, tuvo la oportunidad de nombrar seis (6) jueces a un Tribunal Supremo que recientemente había sido aumentado a nueve (9) jueces. De forma que estamos hablando de un TSPR ideológicamente distinto a aquel que venimos analizando a lo largo de este artículo. De hecho, es la primera vez desde la aprobación de la Constitución en 1952, que este Tribunal está compuesto por una mayoría de jueces nombrados por un gobernador de corte anexionista.

En el año 2015, este Tribunal reconfigurado tiene ante su consideración unos hechos que le permitirán exponer su visión sobre la relación jurídico-política de Puerto Rico con EE.UU. Allá para el año 2008 dos individuos fueron acusados por violar ciertos artículos de la Ley de Armas de Puerto Rico. Sin embargo, ambos habían sido previamente acusados, convictos y sentenciados por los mismo hechos en el Tribunal Federal de Estados Unidos del Distrito de Puerto Rico. Los acusados argumentaron que iniciar un proceso en la esfera estatal por los mismos hechos iba en contravención de la cláusula contra la doble exposición de la Quinta Enmienda. El Tribunal de Primera Instancia falla a favor de los acusados. El Tribunal de Apelaciones revoca al Tribunal inferior basándose fundamentalmente en el caso de *Pueblo v. Castro Diaz*.⁹⁷ Inconforme, el acusado recurrió al TSPR, que revocó al Tribunal intermedio.⁹⁸

El caso plantea tres interrogantes: 1) ¿acaso Puerto Rico, para los efectos de la doctrina de la doble exposición, es un Estado soberano, o es solamente un brazo, una extensión del gobierno federal?; 2) si la aprobación en 1952 de la Constitución del ELA supuso la creación de un Estado soberano o si por el contrario, dicha Constitución era una ley federal cuyo propósito era proveer para la administración del territorio no incorporado y; 3) en última instancia: ¿en quién recae la soberanía de Puerto Rico, en los puertorriqueños o en el Congreso?

Así las cosas, el nuevo Tribunal tuvo la oportunidad de dar su versión sobre la verdadera naturaleza política y jurídica del ELA. Señala el TSPR que el artículo II, sección 11 de la Constitución de Puerto Rico establece la protección constitucional contra la doble exposición. Esta cobija a todo imputado de delito en la medida en que se le garantiza no ser puesto en riesgo de ser castigado dos veces por el mismo delito. Asimismo, la Enmienda Quinta de la Constitución de Estados Unidos establece que nadie podrá ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio.⁹⁹ La doctrina de la soberanía dual es una excepción a la aplicación de la protección contra la doble exposición. De acuerdo con dicha doctrina, si dos entes soberanos

⁹⁷ 120 DPR 740 (1988).

⁹⁸ *Pueblo v. Sánchez Valle*, 192 DPR 594, 598- 602 (2015).

⁹⁹ *Sánchez Valle*, 192 DPR en la pág. 602.

separados procesan criminalmente a un individuo por la misma ofensa, la protección constitucional contra la doble exposición no se activa.¹⁰⁰ Lo determinante, para aplicar la doctrina de soberanía dual, es la última fuente de poder de donde las acusaciones provinieron.¹⁰¹ Sin embargo, afirma el Tribunal:

Contrario a las tribus nativo-americanas o a los estados, Puerto Rico nunca ha ejercido una soberanía original o primigenia. Con el propósito de acabar con la Guerra Hispanoamericana de 1898, España cedió a Estados Unidos la isla de Puerto Rico y las demás que estaban bajo su soberanía en las Indias Occidentales y en el Pacífico mediante el Tratado de París ... [La Constitución de 1952] no constituye una renuncia irrevocable ni una terminación del poder del Congreso. El Pueblo de Estados Unidos le otorgó al Congreso, por medio de la Constitución, un poder amplio para administrar los territorios. Por esa razón, el Congreso no puede renunciar de manera irrevocable a un poder que le fue conferido por el Pueblo de Estados Unidos.¹⁰²

El Tribunal, por tanto, concluye que el poder que ejerce Puerto Rico para castigar el crimen emana de la soberanía de los EE.UU. y no de una soberanía primigenia puertorriqueña.¹⁰³ Huelga decir que el Gobierno de Puerto Rico recurrió al Tribunal Supremo Federal mediante recurso de certiorari con el fin de que se revocara al TSPR. Sin embargo, para sorpresa de muchos, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos confirmó la decisión del TSPR.¹⁰⁴ Como si esto fuera poco, durante la vista argumentativa previa al caso, comparece ante el referido Tribunal el Departamento de Justicia de los EE.UU. en calidad de *amicus curiae*. Su alegato fue demoledor para el ELA, pues afirmaba que al ser Puerto Rico un territorio, la soberanía insular reside en el Congreso de los EE.UU.¹⁰⁵ y que la Constitución de 1952 en nada alteró el status territorial de Puerto Rico.¹⁰⁶

Todo lo anterior demostraba indudablemente un cambio en la percepción que se tenía sobre el ELA. En el caso de Puerto Rico, podemos argüir que la razón por la

¹⁰⁰ *Sánchez Valle*, 192 DPR, en la pág. 608.

¹⁰¹ *Sánchez Valle*, 192 DPR, en la pág. 611.

¹⁰² *Sánchez Valle*, 192 DPR, en la pág. 638.

¹⁰³ *Sánchez Valle*, 192 DPR, en la pág. 642.

¹⁰⁴ La intención de este artículo es analizar el surgimiento, desarrollo y la decadencia del discurso autonomista a nivel local, por lo que no entraremos en los detalles de la opinión del máximo foro federal.

¹⁰⁵ DONALD B. VERILL, JR, ET. AL, *BRIEF FOR THE UNITED STATES AS AMICUS CURIAE*, 7 (2015).

¹⁰⁶ *Id.* en la pág. 8.

que el TSPR cambió su visión sobre el ELA era porque la otrora Opinión Disidente del Juez Rebollo en *Castro Díaz*, había evolucionado, ganando adeptos hasta convertirse en opinión mayoritaria. Pero en el caso de EE.UU., las razones que motivaron a su máxima curia constituyen hasta la fecha un misterio. Especuladores de la izquierda dirían que es un paso hacia la soberanía, mientras que los especuladores de la derecha dirían que se trata de una transición hacia la anexión.

La decisión de *Sánchez Valle* en el Tribunal Supremo federal tuvo el efecto de anular el centro del espectro político puertorriqueño. Ello pues usualmente el sector que se ubicaba en la esa posición del espectro eran los autonomistas. Estos últimos, sostenían, según vimos, que el Estado Libre Asociado de Puerto Rico era un ente soberano. Según el máximo foro judicial federal: “[b]ack of the Puerto Rican people and their Constitution, the ‘ultimate’ source of prosecutorial power remains the U.S Congress, just as back of a city’s charter lies a state government”.¹⁰⁷ Esta aseveración sacude los cimientos del discurso autonomista que por años venía endosando el TSPR.

Para el ideal estadolibrista resultó ser un golpe mortal el hecho de que la rama ejecutiva federal, la judicial y posteriormente la rama legislativa con la aprobación de la Puerto Rico Oversight Management and Stability Act (PROMESA),¹⁰⁸ que establece una junta de control fiscal cuyos poderes irían por encima del propio gobierno de Puerto Rico, derrumbaran aquel discurso que tan vehemente defendían. Entonces he aquí el principio del final de un discurso. Es el principio del final y no el final del discurso autonomista pues no es posible que un discurso que tomó más de medio siglo elaborar, y que contó con la sanción del Estado pueda colapsar en tan sólo unos meses.

A. El ELA en la memoria colectiva

A pesar de que el ELA supuestamente es el producto de unas negociaciones entre Puerto Rico y EE.UU., lo cierto es que el PPD se considera a sí mismo el padre de esta criatura, o al menos, su mayor defensor. En el año de 1952, en ocasión del establecimiento del ELA, el programa del PPD rezaba:

El 25 de julio de 1952 termina el último vestigio de colonialismo en Puerto Rico. El nacimiento de nuestro Estado Libre, en asociación voluntaria con los Estados Unidos de América, pone en manos del pueblo puertorriqueño toda la autoridad y toda la responsabilidad

¹⁰⁷ *Puerto Rico v. Sánchez Valle*, 136 S. Ct. 1863, 1875 (2016) (*citando a United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978)).

¹⁰⁸ Puerto Rico Oversight Management and Stability Act of 2016 (PROMESA), H.R. 5278, 114th Cong. § 2328 (2016).

para enfrentarse con los problemas del estado y hacer su felicidad en el dominio de su propio destino.

Un año más tarde Luis Muñoz Marín, entonces gobernador de la Isla sostuvo en un discurso:

Las relaciones de ahora en adelante entre Estados Unidos y Puerto Rico se derivan de un pacto libremente concertado entre los dos pueblos... El pacto entre Estados Unidos y Puerto Rico establece lo siguiente: (a) el pleno gobierno propio local en Puerto Rico, (b) la asociación voluntaria como base de las relaciones federativas a existir entre Estados Unidos y Puerto Rico y (c) el principio de que la modificación de dichas relaciones federativas solo podrá realizarse por común acuerdo...¹⁰⁹

Y de hecho ese intento de que no quedara rastro del pasado colonial puertorriqueño por parte del PPD comenzó con la selección de la fecha en que se pondría en vigor la Constitución. Si bien fue ésta fue aprobada en febrero 6 de 1952, lo cierto es que entró en vigor el 25 de julio de ese año. La aprobación de la Constitución fue celebrada con una gran conmemoración. La pregunta obligada es: ¿por qué el 25 de julio? Desde 1898 el día 25 de julio se conmemoraba en la Isla la invasión de los norteamericanos. De manera que esta fecha fue escogida deliberadamente con el propósito de abolir, según el propio Muñoz, “todos los vestigios de colonialismo en las relaciones de los Estados Unidos y Puerto Rico.”¹¹⁰

Estos intentos de “abolir” el pasado colonial no sólo se limitaron a la selección de fechas claves en la historia insular, sino que además se extendieron a puntos tan neurálgicos como el propio sistema educativo del país. En 1960 durante la gobernación de Muñoz Marín (PPD) el Departamento de Instrucción Pública cambia el libro de texto de Historia del autor Paul G. Miller por el de José Luis Vivas Maldonado. Mientras el libro de Miller¹¹¹ tenía como finalidad legitimar la invasión estadounidense enfatizando en las bondades del gobierno norteamericano en Puerto Rico en comparación con el gobierno español, el libro de Vivas iba dirigido a ensalzar las grandes virtudes del ELA. Es preciso señalar que estas obras constituían la

¹⁰⁹ Gobernador Luis Muñoz Marín, *Discurso en el primer aniversario del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (Jul. 25, 1953)*, FUNDACIÓN LUIS MUÑOZ MARÍN, <http://luismunozmarin.net/llmm/llmm-discursos-y-mensajes-de-llmm/> (última visita May. 12, 2016, 2:14PM).

¹¹⁰ *Id. citado en* RAMÓN LÓPEZ TAMES, *EL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO* 141 (1965); FRANCISCO SCARANO, *PUERTO RICO: CINCO SIGLOS DE HISTORIA* 838 (McGraw-Hill, 2da ed. 2000).

¹¹¹ PAUL G. MILLER, *HISTORIA DE PUERTO RICO* (1946) (libro que fue usado en todas las escuelas públicas del País desde 1922 hasta 1952).

historia del País oficializada por el Estado. En la versión de Vivas, el autor se refiere a la Constitución del ELA y a las connotaciones e implicaciones de dicho status de la siguiente manera:

Fue, pues una nueva forma de gobierno surgida por el conflicto entre el orgullo patrio de *terminar con la colonia* “per se” y a la vez, mantener las condiciones que hacían posible el mejoramiento de la Isla hasta colocarla en un nivel económico similar al de otras naciones libre y soberanas. Así, de la lucha, del esfuerzo y la determinación de un Pueblo, dentro de las complicadas situaciones en que le había tocado vivir, surgió un nuevo concepto de gobierno *para brindarlo como ejemplo al mundo*. Puerto Rico hacía su entrada al coro de países y *estados libres*, ofreciendo al hacerlo, algo distinto y original: el Estado Libre Asociado . . . Puerto Rico lograba al fin un *status digno* entre otros pueblos de América.¹¹²

Mientras la solidaridad es el pegamento que mantiene unido a la sociedad¹¹³, es el discurso el que da coherencia y legitimidad al sistema político puertorriqueño. Estos extractos que hemos citado aunados a las opiniones del TSPR, demuestran que el mito fundacional del ELA era propagado desde diversos frentes. Estos frentes en un principio provenían de la sociedad civil con individuos que gozaban de un enorme poder político e instituciones con no menos poder como lo era el PPD. Posteriormente es el Estado quien comienza la propaganda a través de instituciones como el Departamento de Instrucción por medio de sus libros de Historia oficial y según vimos, incluso el TSPR, que, de forma incidental al emitir sus decisiones, terminaba legitimando el discurso.

En cuanto a la propaganda desde la sociedad civil hemos de decir que en comparación con el posterior desarrollo evolutivo del discurso del ELA, éstas primeras expresiones que se dieron en un principio eran sólo pinceladas. Autores posteriores aportarían a pintar el relato no con un pincel, sino con una brocha y otros incluso con un rolo. Hernández Colón, uno de los principales ideólogos del ELA, diría que “los poderes del ELA no emanan del Congreso sino del Pueblo de Puerto Rico”¹¹⁴ y que el ELA “es un pacto de asociación bilateral inviolable, protegido por la Constitución de Estados Unidos”.¹¹⁵

¹¹² JOSÉ LUIS VIVAS, HISTORIA DE PUERTO RICO 236 (2da. ed., 1960).

¹¹³ Émile Durkheim planteaba que la solidaridad era el pegamento que mantenía unido a la sociedad. Véase ÉMILE DURKHEIM, LA DIVISIÓN SOCIAL DEL TRABAJO (1893) disponible en http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/D/Durkheim.%20Emile%20-%20Division%20del%20trabajo%20social.pdf (última visita May. 19, 2006, 6:20PM).

¹¹⁴ RAFAEL HERNÁNDEZ COLÓN, ESTADO LIBRE ASOCIADO: NATURALEZA Y DESARROLLO 354 (2004).

¹¹⁵ *Id.* en la pág. 360.

Si partimos de la premisa de que cada veinticinco (25) años surge una nueva generación y tomando en cuenta a aquellos que eran niños en 1952, tenemos que este discurso del ELA ha sido incrustado en la memoria colectiva del Pueblo por casi tres (3) generaciones. El discurso del ELA tenía su propio mito fundacional. Como vimos, la educación, la literatura e incluso ciertos aspectos del Derecho que se erigieron sobre ese discurso, fueron aportando ladrillos a esa muralla que impide al Pueblo ver su realidad: que vive en un mundo globalizado en el que su status colonial se hace cada vez más palpable.

Uno de los principales atractivos del ELA durante los años de 1952 hasta finales de la década de 1980, aproximadamente, era el acceso privilegiado y con cierta exclusividad al mercado estadounidense.¹¹⁶ En aquella época imperaban en el escenario internacional las fronteras comerciales entre los países, como resultado de la Guerra Fría y de la ausencia de mecanismos internacionales que establecieran políticas para facilitar el comercio internacional. En este contexto, el ELA era la envidia de otros países latinoamericanos que no tenían dicho acceso al mercado norteamericano.¹¹⁷

Factores como la caída de la Unión Soviética; las políticas de libre comercio de Thatcher y Reagan; la creación de la Organización Mundial de Comercio y el Internet, entre otros, fueron paulatinamente eliminando las fronteras comerciales en la comunidad internacional. Acuerdos como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (N.A.F.T.A por sus siglas en inglés) y la Unión de Naciones Suramericanas de 2008 (UNASUR) por mencionar algunos ejemplos, fueron posibles gracias a este cambio de paradigma. El elemento común entre estos acuerdos es que los países que pactan retienen su soberanía por lo que pueden modificar las condiciones del tratado e incluso celebrar múltiples acuerdos de libre comercio con otras naciones.

Si damos una mirada contemporánea a la jurisprudencia que hemos expuesto en este artículo podemos percibir que el Tribunal está describiendo la relación entre Puerto Rico y EE.UU. como algo muy similar a lo que en el mundo contemporáneo sería un acuerdo o tratado entre países soberanos. Pero hoy en día, por las declaraciones del ejecutivo norteamericano en su argumentación oral del caso Sánchez Valle, por la decisión del caso y por la imposición de una Junta de Control Fiscal, sabemos que, a los ojos del gobierno federal, Puerto Rico es un territorio no incorporado de los Estados Unidos cuya soberanía reside en el Congreso de esa nación. El mundo globalizado se ha encargado de develar la naturaleza del ELA. Mientras

¹¹⁶ LORENZO MEYER, JOSÉ L. REYNA, *LOS SISTEMAS POLÍTICOS EN AMÉRICA LATINA* 377 (4ed. 2005). *Artículo de la autoría de Gerard Pierre-Charles titulado Los partidos políticos en el Caribe.*

¹¹⁷ Mario R. Cancel Sepúlveda, *Reflexiones: Puerto Rico desde 1990 hasta el presente XVIII, PUERTO RICO ENTRE SIGLOS: HISTORIOGRAFÍA Y CULTURA* (May. 26, 2016, 2:52PM), <https://puertoricoentresiglos.wordpress.com/tag/guerra-fria/>.

en el pasado era un status ejemplar del que presumían los gobernantes autonomistas ante el resto de las naciones latinoamericanas, la globalización ha demostrado que, en lugar de un privilegio, el ELA es una camisa de fuerza para Puerto Rico. Hoy no es necesario entregar la soberanía de un país a otro con el fin de que ese último se beneficie del primero y viceversa.

Con los avances tecnológicos que se dan de forma acelerada, el mundo ha caído de bruces en el siglo XXI. En unos pocos años los acuerdos, entendidos, paradigmas, prácticas e instituciones del siglo XX se han vuelto obsoletas muy rápidamente en estos tiempos. Basta con ir a una sala de espera y notar que mientras antes todos miraban la televisión, hoy día todos miran el móvil; las campañas políticas y las protestas se mudaron a la Internet; los taxistas en muchas partes del mundo se ven amenazados por Uber y los conductores de Uber pronto se verán amenazados por vehículos que no necesiten conductor. Puerto Rico no es inmune a estos cambios. En años anteriores muchos creían que el ELA era “lo mejor de dos mundos”. Hoy día son pocos los que se atreven a hacer dicha afirmación. De la misma forma en el último año de gobierno del presidente Obama, pudimos ver cómo los políticos puertorriqueños que iban a Washington a ver qué se podía hacer para atender la crisis económica de la Isla, se quejaban de que Cuba y no Puerto Rico tenía la completa atención de la capital federal.¹¹⁸

Lo mismo ocurrió con la forma en la que EE.UU. solía a ver su relación con Puerto Rico. ¿Quién iba a pensar que un caso penal contra dos individuos por violación a la Ley de Armas desencadenaría una serie de eventos que culminarían con lo que un día fue la hegemonía del discurso del ELA? Hubo dos historias paralelas que terminaron convergiendo: el nuevo Tribunal que esperaba su oportunidad para expresarse en torno a la soberanía puertorriqueña y el inicio del proceso judicial contra Luis M. Sánchez del Valle y Jaime Gómez Vázquez que le daría la oportunidad de expresarse al máximo foro judicial.

El nuevo Tribunal dictó lo que sería el nuevo discurso del Estado. Pero lo curioso de la decisión es que le pone fin a la noción del ELA como un pacto sinalagmático entre pueblos soberanos, mas no se impone otro discurso que reemplace al anterior. Esta situación propende a un estado de incertidumbre en el que la colonia que recientemente se descubre a sí misma como tal, se encuentra a la merced, a la expectativa de que sea la metrópolis la que defina el futuro de su territorio no incorporado. De hecho, esta estrategia o ausencia de estrategia es muy común en partidos de centro en Puerto Rico: buscar que sea la metrópoli la que diga que se puede hacer, o que se ésta la que defina la naturaleza de la relación entre Puerto Rico y EE.UU., o que sea la metrópoli la que defina qué es Puerto Rico.

¹¹⁸ David Cordero, *¿Rezagado Puerto Rico frente a Cuba?*, METRO (Mar, 27 2016) <https://www.metro.pr/pr/noticias/2016/03/21/rezagado-puerto-rico-frente-cuba.html> (última visita Feb. 3, 2016, 3:30PM).

Con la decisión por parte del TSPR del caso *Sánchez Valle* el nuevo discurso del Estado puertorriqueño por vía del máximo foro judicial es que no existe tal Estado. O al menos no un Estado cuyo soberano es el Pueblo de Puerto Rico. Quizá este nuevo tribunal repudie la colonia. Pero este repudio puede ser un medio para alcanzar un fin mayor. Y es en ese fin mayor en el que chocan los independentistas con los anexionistas. Mientras los primeros reclaman su soberanía para hacer de Puerto Rico un país libre con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva, los segundos desean ser parte de los EE.UU. para ostentar la soberanía con “s” minúscula que poseen los estados frente al gobierno federal.

Sin un nacionalismo de Estado y ante la ausencia de un nacionalismo radical entonces, siguiendo a Hroch y a Chatterjee, hemos vuelto al lugar donde nos encontrábamos a finales de la década de 1920. Esto es, al nacionalismo de corte intelectual en el que los académicos comienzan a cuestionar el discurso del Estado, las condiciones de vida y a reflexionar sobre hacia dónde debería dirigirse la nación. Ya hemos dicho que Anderson definía la nación como una comunidad política imaginada y que existe entre sus miembros una camaradería profunda y horizontal. Pero Anderson también sostuvo que la nación se imagina a sí misma como soberana. Según el gobierno federal norteamericano Puerto Rico no es un país soberano pues su soberanía es ostentada por el Congreso. Entonces es momento de que los intelectuales puertorriqueños de hoy comiencen a reflexionar sobre cómo y por qué es imperativo realizar actos afirmativos para que nuestra Isla pueda convertirse en una nación soberana. Ello antes de que el Estado imponga un nuevo discurso que mantenga en un limbo jurídico y político a las generaciones futuras tal y como ya ha ocurrido en el pasado.

ÍNDICE REVISTA DE ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO (CLAVE)

ÍNDICES TOMOS 1-10

JOSÉ M. ESTRADA-BOLÍVAR¹

En conversación con la Directora y Editora Jefa de la Revista, Verónica N. Vázquez, se planteó la posibilidad de preparar un índice de lo publicado en los primeros diez tomos de la misma y pusimos manos a la obra.

La Revista de Estudios Críticos del Derecho, antigua Revista Clave, es una revista hecha enteramente por estudiantes, que ha evolucionado mucho, tanto en su contenido como en su forma y no solo en su forma física, al cambiar su tamaño y diseño, sino al pasar también al formato electrónico y aparecer en varias bases de datos y, por supuesto, en la página de la Facultad de Derecho, UIPR. Tengo el honor, y el gusto además, de trabajar con ellos desde hace ya cuatro años y he visto sus cambios y su evolución.

Preparar unos índices es un trabajo arduo sobre todo a la hora de asignar materias a los artículos publicados, pero intentamos hacer, en el poco tiempo de que disponíamos, que las materias fueran lo más claras y precisas posibles para facilitar la búsqueda. Estamos conscientes que hay materias que abarcan un campo muy amplio y otras más específicas, que pudieran estar contenidas dentro de ellas, pero entendimos que por su importancia debíamos ponerlas por separado. Para esto agradezco a la Dra. Ivonne Quintero por su ayuda, consejo y revisión. Se prepararon además índices de autores y títulos que recogen lo impreso en estos volúmenes.

Apoyado en este trabajo, realizamos un somero estudio bibliométrico que esperamos pueda servir de ayuda a las próximas Juntas Editoriales y sus redactores.

Como resultados de este estudio podemos decir en cuanto a los autores que fueron un total de 81, algunos de los cuales publicaron entre dos o tres artículos, pero estos representan la minoría. La mayoría solo publicaron un escrito en estos diez primeros tomos.

Los que más publicaron fueron Karin Robles Ramos, Carlos Alá Santiago Rivera y Luis A. Zayas Monge, con tres artículos cada uno para un aproximado de un 3% individual del total. El tema principal que trataron fue Derecho Laboral.

1 Master en Ciencias de la Información, Universidad de Puerto Rico. Bibliotecario a cargo de las publicaciones seriadas, CAI, Facultad de Derecho, UIPR.

Encontramos a ocho escritores que publicaron dos artículos cada uno para un 2% individual del total; sus temas fueron más variados, trataron el Derecho Laboral, pero también Derecho de Familia, Derechos Civiles, Inmigración y Menores.

En estos años solo dos artículos, relacionados con Derechos Humanos, fueron publicados en coautoría, los de Patricia Otón Olivieri y Ester Vicente, y Derick Ruiz Rosado e Iván N. Salcedo Maldonado.

En cuanto a las materias abordadas en estos primeros diez tomos, identificamos alrededor de 52 en las que el tema más tratado fue Derecho Constitucional, seguido de cerca por Derechos Humanos, Derecho de Familia y Derecho Laboral.

Materias	Cantidad de artículos	Por ciento (%)
Derecho Constitucional	18	12
Derechos Humanos	17	11.3
Derecho de Familia	14	9.3
Derecho Laboral	10	6.6
Discrimen	9	6
Menores	8	5.3

La variedad es grande, encontramos otros muchos como son los de derechos de la Comunidad LGBTT, Cultura, Eutanasia, Personas con impedimento y Personas de Edad Avanzada, Pobreza, Recursos Naturales y la gama de temas sigue.

Espero que estas líneas y estos índices puedan dar una idea del trabajo realizado hasta ahora, que temas son posibles a estudiar y escribir un poco más sobre ellos o cuales no se han tratado y merecen atención de los autores.

ÍNDICE GENERAL

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Álvarez González, Olga	Programa de Asistencia Temporal y Ayuda a Familias con Niños Necesitados (AFNN) y el Derecho de Alimentos	2	1	41	2007
Barada Castro, Michelle	Las cláusulas de no competencia en los contratos laborales	7	1	125	2011
	El deambulante como sujeto de derecho	5	1	121	2010
Bonilla Nieves, Amexis J.	Globalización y Derechos Humanos en Puerto Rico	2	1	222	2007
Bultrón Pereyra, Gaily M.	Oficina de Iniciativa Comunitaria y Bases de Fe: Vistazo de su desarrollo con un enfoque constitucional bajo la Cáusula de Establecimiento	8		139	2012
Bustelo García, María Teresa	La criminalización de los movimientos sociales	9		27	2013
Cabán Vales, Pedro Juan	Prólogo	9		3	2013
Cabrera Umpierre, Alicia	El poder para regular las emisiones de fuentes móviles en Puerto Rico	6	1	85	2010
Call Ortiz, Miguel	Implicaciones del uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos	10		139	2014
Camacho Meléndez, Alexandra	El desarrollo de los proyectos amortiguadores de injusticias: Innocence Project	10		161	2014
Carrero Echevarría, Helga Lorena	El adulterio: Análisis comparativo entre el delito de adulterio, visión de la figura de la mujer, las penas envueltas y la aplicación de la justicia a los acusados bajo la ley del Islam y la ley de Puerto Rico	6	1	151	2010
	La vigilancia electrónica: Vehículo de coacción de los Derechos Civiles	3	1	205	2008
Casas Galbán, Ariel A.	Flexibilidad selectiva como brecha discriminatoria	10		23	2014
Cepeda Miranda, Inés	A la hora de expropiar: ¿Cuán “especiales” son las Comunidades Especiales?	1	1	1	2006
Cruz, Rafael	Transsexual Rights in the Federal Labor System	6	1	69	2010
Díaz Roldán, Sally	Roper v. Simmons: La pena de muerte y el adolescente	1	1	161	2006
Domínguez Rivera, Melissa	La Política Pública y la Violencia Doméstica en Puerto Rico	4	1	187	2009
Feliciano Acosta, John J.	El asomo de una Constitución de factura más estrecha: una mirada crítica al caso Ex parte A.A.R., 187 D.P.R. 835 (2013)	10		1	2014
Figueroa Vázquez, Ayleen	Impacto de la unicameralidad en los procesos legislativos	3	1	147	2008
Flores Soto, Laurimar	Luz y sombra: El umbral socioeconómico y jurídico del cooperativismo	1	1	241	2006
García Ledesma, Ivette Jo	Ley de Violencia Doméstica: 20 años después	7	1	154	2011
García Rosado, Luis Enrique	El proceso de adopción del concepto de calles completas como política pública en Puerto Rico	9		39	2013
García Vélez, Liza M.	La Viabilidad de una Asamblea Legislativa Unicameral	3	1	172	2008

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
González Ramos, Rafael E.	¿Qué vino primero, la solución o el problema? Una propuesta para el manejo de los métodos de reproducción asistida dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico	10		47	2014
Haddock-Domínguez, David	Experiencias de Legislaciones Federales para Apoyar a la Banca y el Consumidor en Tiempos de Crisis Económica	6	1	5	2010
Hernández Martínez, Freddy Antonio	Legislación por Descargue: Análisis del desarrollo histórico de la rama legislativa y el descargue de comisiones	10		73	2014
Hernández Sierra, Arlene M.	Una mirada hacia las múltiples “caras” del adulterio y el escudo protector de las interpretaciones judiciales vigentes de la sociedad puertorriqueña	6	1	109	2010
Junta Editora	Introducción	6	1	1	2010
	Introducción: Perspectivas comparativas de la Protección de Menores en el Caribe	2	1	iv	2007
	Presentación	3	1	1	2008
	Prólogo	1	1	v	2006
	Prólogo	10		v	2014
Leal Orantes, Luis M.	Influencia de la Constitución de la Confederación de Naciones Iroquois en la Constitución Norteamericana: ¿Cuán grande fue el plagio?	2	1	359	2007
López Lloréns, Eric	Realidad de la Política de Protección de Menores en República Dominicana	2	1	95	2007
Lorenzana Rondón, Maribel	La inmigración: Apuntes de la controversia actual	1	1	17	2006
	Inmigración en Estados Unidos: Fraudes y engaños	2	1	283	2007
Maldonado, Zaida	Evidencia de carácter y hábito: Análisis sobre los cambios propuestos por el Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia	3	1	275	2008
Maldonado Rodríguez, Iris Alejandra	Política Pública de Protección de Menores en Puerto Rico: Evolución del Sistema de Pensiones de Alimento	2	1	1	2007
	La validez de la Cláusulas Restrictivas de No Competencia en el Empleo	3	1	126	2008
Marrero-Cruz, Karla Alexandra	El experimento puertorriqueño: capitalismo y democracia	7	1	8	2011
Medina Hernández, Ataveyra	“Spreading Democracy”: La vieja y nueva relación entre el Estado, el poder y la economía en la época de la mundialización	1	1	79	2006
Mercado Ruiz, Melisa	El movimiento pendular del derecho al voto de los afroamericanos en Estados Unidos	5	1	63	2010
Mestey Dávila, Mozart	Aporías pedagógicas y jurídicas: Contrarrestar la violencia y el bullying escolar	8		50	2012
Moreno Arocho, Ausberto	El rol del Tribunal Supremo en el discrimen racial	5	1	79	2010
Navarro Motta, Cristina	El etiquetamiento producido por el registro y la notificación comunitaria de ofensores sexuales y su efecto sobre proceso de rehabilitación y reintegración social en Puerto Rico	4	1	219	2009
Negrón Díaz, Jesús J.	Custodia compartida en Puerto Rico: Un pecado capital en el Siglo XXI	3	1	232	2008
Negrón Landrón, Andrés M.	La política pública de acceso a la justicia y la población de personas de edad avanzada en los tribunales de Puerto Rico: A la búsqueda de las claves para una intervención interdisciplinaria	8		96	2012

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Ortiz Hernández, Grisel	Industrialización de alimentos transgénicos: violación a los derechos del consumidor	10		99	2014
Ortiz Morales, Alba L.	Elevación a rango constitucional del matrimonio entre hombre y mujer ante el derecho internacional y el derecho comparado	7	1	78	2011
Otón Olivieri, Patricia y Ester Vicente	La sexualidad y los derechos humanos: Una plataforma en construcción	8		10	2012
Peña Sánchez, Jimmy	A la defensa de los árboles	2	1	341	2007
Pérez Cabán, Jeffry	El discrimen laboral por razón de ideas políticas y sus implicaciones sociológicas en el servicio público de Puerto Rico	1	1	131	2006
Pérez Camacho, Ana Ivette	Reflexión sobre la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso Ex Parte Alexis Delgado Hernández	1	1	185	2006
Pérez Fernández, Mislin A.	Discrimen en el empleo de las personas con "Síndrome de Down"	2	1	246	2007
Polanco Frontera, Norliz	La constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental: Herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico	10		117	2014
Ponce Javier, Lissette	Estudio de las doctrinas patrono sucesor, álter ego, y un solo patrono en el ámbito federal y local	4	1	71	2009
Quezada, Luz de Alba	Análisis del rechazo a la legalización de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo por parte de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma de Código Civil de Puerto Rico	4	1	137	2009
Quiñones, Marisara	Herejía y terrorismo: Reacciones legales del Santo Oficio de la Inquisición y de los Estados Unidos ante las amenazas mundiales contra sus respectivas hegemonías	4	1	155	2009
Quiñones Ortiz, Marisara	La pena de muerte, la eutanasia y la inyección letal	5	1	181	2010
Ramos, Isis	Madres subrogadas: Un modelo de adopción temprana	3	1	258	2008
Ramos Cruz, María de los Ángeles	Descriminalización de las drogas en Puerto Rico: ¿Es esto una alternativa viable?	9		97	2013
Ramos Ramos, Tamara Mizel	El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico	5	1	93	2010
Reyes Gil, Yanira	Behind the imaginary nation: multiplicity, diversity and self determination for Puerto Rico. Ponencia sobre la complejidad cultural del puertorriqueño dictada en el año 2007 en la convención Lat Crit South-North Exchange en Rio de Janeiro	5	1	iii	2010
	Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de "such is life"	8		154	2012
Rivera Giboyeaux, José I.	Árboles recomendados por el DRNA para sembrarse en áreas urbanas	2	1	375	2007
Rivera Ortiz, Josean M.	Una mirada crítica a la compra, venta, posesión y portación de armas de bala blanca en Puerto Rico	10		169	2014
Rivera Rivera, Nancy E.	El proceso de Ángel Nieves: Semejanzas a la obra de Kafka y el divorcio entre la ley y la justicia	3	1	302	2008
Robles Ramos, Karin	Análisis crítico del Sistema de Administración de Personal del Sector Público	2	1	162	2007
	La ficción del concepto "igual paga por igual trabajo"	1	1	101	2006

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
	El Neoliberalismo y el Derecho del Trabajo	3	1	53	2008
Rodríguez González, Flor Selenita	Raza vs. Género. Encuentros, desencuentros y la lucha por el poder	5	1	1	2010
	¡Sin ritmo ni clave! La música puertorriqueña, según definida por la Ley Núm. 223 del 21 de agosto de 2004, "Ley de Nuestra Música Autóctona Tradicional Puertorriqueña", según enmendada	4	1	37	2009
Rodríguez Rodríguez, Anabelle	Prólogo. Repensando el Derecho: Acercamientos críticos al campo jurídico	8		3	2012
Román Rivera, Neyza	Desaparición de la clase comerciante, una mirada a la posible unificación del Código de Comercio y del Código Civil	2	1	319	2007
Ruiz Rosado, Derick e Iván N. Salcedo Maldonado	National Defense Authorization Act - ¿Amenaza a los Derechos Humanos?	9		143	2013
Ruiz Sánchez, Rosa	Inmigrantes: Antítesis de su Democracia	5	1	37	2010
	El Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa	7	1	48	2011
Salcedo Maldonado, Iván N. y Derick Ruiz Rosado	National Defense Authorization Act - ¿Amenaza a los Derechos Humanos?	9		143	2013
Santana Mieres, Laura M.	Homogenización del Derecho puertorriqueño	2	1	264	2007
Santiago Rivera, Carlos Alá	Apoplejía del Saber: Análisis Crítico de UPR v. APPU, 136 D.P.R. 335 (1994)	2	1	118	2007
	Reducción de jornada: A la buena o a la mala	1	1	55	2006
	Trascendencia del Derecho Laboral	3	1	7	2008
Selpa Báez, Carmen Leonor	Derecho a la igualdad en una sociedad desigual	8		122	2012
	La mirada constante del Estado y el derecho a la intimidad	7	1	111	2011
Silva Musalem, Patricia	La fe ante la muerte: Perspectiva sobre la eutanasia desde el Catolicismo, Islamismo, Hinduismo y Judaísmo	5	1	151	2010
Silva Romero, Carmen L.	Recusación electoral del voto por causal de domicilio en colindancia de precinto: Límites geográficos imaginarios que afectan el derecho constitucional de electores reales	10		125	2014
Smith Ellerbe, Isabel	Reproducción asistida: ¿Familia construida? Análisis del P. del S. 1568 y Derecho comparado	7	1	208	2011
Soriano Miranda, Alejandro L.	¡LUCES, CÁMARA, CINE BORICUA! El resurgir de la actividad cinematográfica nativa a partir de la creación del Fondo para el Desarrollo de las Artes, Ciencias e Industria Cinematográfica de Puerto Rico	4	1	1	2009
Soto, Maritza	Impacto de Facebook™ y otras redes de comunicación social en los procesos de reclutamiento y otros asuntos de recursos humanos en el ámbito laboral	4	1	113	2009
Soto López, Astrid	Los derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las procuradurías	7	1	171	2011
Trujillo Bracero, Catherine	La palabra, principio de todo: Moviéndonos hacia un lenguaje inclusivo en el derecho puertorriqueño	9		9	2013

Autor	Título	Vol.	Nº.	Pág.	Año
Vázquez Matos, Amarylis	La educación especial en Puerto Rico: Discrimen contra los niños con impedimentos	1	1	211	2006
Vélez León, María Fernanda	En busca del libro perdido. ... El acceso a la lectura como estrategia social y económica para alcanzar los ideales truncados de la Sección 20 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico	9		121	2013
Venator Santiago, Charles R.	Introducción	4	1	iii	2009
Vidal Cerra, Ignacio	La ley y la cultura: Hacia una teoría del nacionalismo cultural puertorriqueño	1	1	143	2006
Villanueva Muñoz, Eduardo	Prólogo	7	1	1	2011
Vicente, Ester y Patricia Otón Olivieri	La sexualidad y los derechos humanos: Una plataforma en construcción	8		10	2012
Zayas Monge, Luis A.	Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la legislación social protectora del trabajo, durante el término de 2006-2008	6	1	39	2010
	Despido injustificado y mesada como remedio exclusivo en el Arbitraje Obrero Patronal: Un análisis crítico	3	1	93	2008
	Realidad de la Política Pública de Protección de Menores en Cuba	2	1	65	2007

ÍNDICE DE AUTORES

Autor	Vol.	No.	Pág.	Año
Álvarez González, Olga	2	1	41	2007
Barada Castro, Michelle	5	1	121	2010
	7	1	125	2011
Bonilla Nieves, Amexis J.	2	1	222	2007
Bultrón Pereyra, Gailly M.	8		139	2012
Bustelo García, María Teresa	9		27	2013
Cabán Vales, Pedro Juan	9		3	2013
Cabrera Umpierre, Alicia	6	1	85	2010
Call Ortiz, Miguel	10		139	2014
Camacho Meléndez, Alexandra	10		161	2014
Carrero Echevarría, Helga Lorena	3	1	205	2008
	6	1	151	2010
Casas Galbán, Ariel A.	10		23	2014
Cepeda Miranda, Inés	1	1	1	2006
Cruz, Rafael	6	1	69	2010
Díaz Roldán, Sally	1	1	161	2006
Domínguez Rivera, Melissa	4	1	187	2009
Feliciano Acosta, John J.	10		1	2014
Figueroa Vázquez, Ayleen	3	1	147	2008
Flores Soto, Laurimar	1	1	241	2006
García Ledesma, Ivette Jo	7	1	154	2011
García Rosado, Luis Enrique	9		39	2013
García Vélez, Liza M.	3	1	172	2008
González Ramos, Rafael E.	10		47	2014
Haddock-Domínguez, David	6	1	5	2010
Hernández Martínez, Freddy Antonio	10		73	2014
Hernández Sierra, Arlene M.	6	1	109	2010
Junta Editora	1	1	v	2006
	2	1	iv	2007
	3	1	1	2008
	6	1	1	2010
	10		v	2014

Autor	Vol.	Nº	Pág.	Año
Leal Orantes, Luis M.	2	1	359	2007
López Lloréns, Eric	2	1	95	2007
Lorenzana Rondón, Maribel	1	1	17	2006
	2	1	283	2007
Maldonado, Zaida	3	1	275	2008
Maldonado Rodríguez, Iris Alejandra	2	1	1	2007
	3	1	126	2008
Marrero-Cruz, Karla Alexandra	7	1	8	2011
Medina Hernández, Ataveyra	1	1	79	2006
Mercado Ruiz, Melisa	5	1	63	2010
Mestey Dávila, Mozart	8		50	2012
Moreno Arocho, Ausberto	5	1	79	2010
Navarro Motta, Cristina	4	1	219	2009
Negrón Díaz, Jesús J.	3	1	232	2008
Negrón Landrón, Andrés M.	8		96	2012
Ortiz Hernández, Grisel	10		99	2014
Ortiz Morales, Alba L.	7	1	78	2011
Otón Olivieri, Patricia y Ester Vicente	8		10	2012
Peña Sánchez, Jimmy	2	1	341	2007
Pérez Cabán, Jeffry	1	1	131	2006
Pérez Camacho, Ana Ivette	1	1	185	2006
Pérez Fernández, Mislin A.	2	1	246	2007
Polanco Frontera, Norliz	10		117	2014
Ponce Javier, Lissette	4	1	71	2009
Quezada, Luz de Alba	4	1	137	2009
Quiñones, Marisara	4	1	155	2009
Quiñones Ortiz, Marisara	5	1	181	2010
Ramos, Isis	3	1	258	2008
Ramos Cruz, María de los Ángeles	9		97	2013
Ramos Ramos, Tamara Mizel	5	1	93	2010
Reyes Gil, Yanira	5	1	iii	2010
	8		154	2012
Rivera Giboyeaux, José I.	2	1	375	2007
Rivera Ortiz, Josean M.	10		169	2014
Rivera Rivera, Nancy E.	3	1	302	2008
Robles Ramos, Karín	1	1	101	2006
	2	1	162	2007
	3	1	53	2008

Autor	Vol.	Nº	Pág.	Año
Rodríguez González, Flor Selenita	4	1	37	2009
	5	1	1	2010
Rodríguez Rodríguez, Anabelle	8		3	2012
Román Rivera, Neyza	2	1	319	2007
Ruiz Rosado, Derick e Iván N. Salcedo Maldonado	9		143	2013
Ruiz Sánchez, Rosa	5	1	37	2010
	7	1	48	2011
Salcedo Maldonado, Iván N. y Derick Ruiz Rosado	9		143	2013
Santana Mieres, Laura M.	2	1	264	2007
Santiago Rivera, Carlos Alá	1	1	55	2006
	2	1	118	2007
	3	1	7	2008
Selva Báez, Carmen Leonor	7	1	111	2011
	8		122	2012
Silva Musalem, Patricia	5	1	151	2010
Silva Romero, Carmen L.	10		125	2014
Smith Ellerbe, Isabel	7	1	208	2011
Soriano Miranda, Alejandro L.	4	1	1	2009
Soto, Maritza	4	1	113	2009
Soto López, Astrid	7	1	171	2011
Trujillo Bracero, Catherine	9		9	2013
Vázquez Matos, Amarylis	1	1	211	2006
Vélez León, María Fernanda	9		121	2013
Venator Santiago, Charles R.	4	1	iii	2009
Vidal Cerra, Ignacio	1	1	143	2006
Villanueva Muñoz, Eduardo	7	1	1	2011
Vicente, Ester y Patricia Otón Olivieri	8		10	2012
Zayas Monge, Luis A.	2	1	65	2007
	3	1	93	2008
	6	1	39	2010

ÍNDICE DE TÍTULOS

Título	Vol.	No.	Pág.	Año
A la defensa de los árboles	2	1	341	2007
A la hora de expropiar: ¿Cuán "especiales" son las Comunidades Especiales?	1	1	1	2006
Adulterio: Análisis comparativo entre el delito de adulterio, visión de la figura de la mujer, las penas envueltas y la aplicación de la justicia a los acusados bajo la ley del Islam y la ley de Puerto Rico, El	6	1	151	2010
Análisis crítico del Sistema de Administración de Personal del Sector Público	2	1	162	2007
Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la legislación social protectora del trabajo, durante el término de 2006-2008	6	1	39	2010
Análisis del rechazo a la legalización de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo por parte de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma de Código Civil de Puerto Rico	4	1	137	2009
Apoplejía del Saber: Análisis Crítico de UPR v. APPU, 136 D.P.R. 335 (1994)	2	1	118	2007
Aporías pedagógicas y jurídicas: Contrarrestar la violencia y el bullying escolar	8		50	2012
Árboles recomendados por el DRNA para sembrarse en áreas urbanas	2	1	375	2007
Asomo de una Constitución de factura más estrecha: una mirada crítica al caso Ex parte A.A.R., 187 D.P.R. 835 (2013), El	10		1	2014
Behind the imaginary nation: multiplicity, diversity and self determination for Puerto Rico. Ponencia sobre la complejidad cultural del puertorriqueño dictada en el año 2007 en la convención Lat Crit South-North Exchange en Río de Janeiro	5	1	iii	2010
Cláusulas de no competencia en los contratos laborales, Las	7	1	125	2011
Constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental: Herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico, La	10		117	2014
Criminalización de los movimientos sociales, La	9		27	2013
Custodia compartida en Puerto Rico: Un pecado capital en el Siglo XXI	3	1	232	2008
Deambulante como sujeto de derecho, El	5	1	121	2010
Derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico, El	5	1	93	2010
Derecho a la igualdad en una sociedad desigual	8		122	2012
Derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las procuradurías, Los	7	1	171	2011
Desaparición de la clase comerciante, una mirada a la posible unificación del Código de Comercio y del Código Civil	2	1	319	2007
Desarrollo de los proyectos amortiguadores de injusticias: Innocence Project, El	10		161	2014

Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Descriminalización de las drogas en Puerto Rico: ¿Es esto una alternativa viable?	9		97	2013
Despido injustificado y mesada como remedio exclusivo en el Arbitraje Obrero Patronal: Un análisis crítico	3	1	93	2008
Discrimen en el empleo de las personas con "Síndrome de Down"	2	1	246	2007
Discrimen laboral por razón de ideas políticas y sus implicaciones sociológicas en el servicio público de Puerto Rico, El	1	1	131	2006
Educación especial en Puerto Rico: Discrimen contra los niños con impedimentos, La	1	1	211	2006
Elevación a rango constitucional del matrimonio entre hombre y mujer ante el derecho internacional y el derecho comparado	7	1	78	2011
En busca del libro perdido... El acceso a la lectura como estrategia social y económica para alcanzar los ideales truncados de la Sección 20 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico	9		121	2013
Estudio de las doctrinas patrono sucesor, álter ego, y un solo patrono en el ámbito federal y local	4	1	71	2009
Etiquetamiento producido por el registro y la notificación comunitaria de ofensores sexuales y su efecto sobre proceso de rehabilitación y reintegración social en Puerto Rico, El	4	1	219	2009
Evidencia de carácter y hábito: Análisis sobre los cambios propuestos por el Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia	3	1	275	2008
Experiencias de Legislaciones Federales para Apoyar a la Banca y el Consumidor en Tiempos de Crisis Económica	6	1	5	2010
Experimento puertorriqueño: capitalismo y democracia, El	7	1	8	2011
Fe ante la muerte: Perspectiva sobre la eutanasia desde el Catolicismo, Islamismo, Hinduismo y Judaísmo, La	5	1	151	2010
Ficción del concepto "igual paga por igual trabajo", La	1	1	101	2006
Flexibilidad selectiva como brecha discriminatoria	10		23	2014
Globalización y Derechos Humanos en Puerto Rico	2	1	222	2007
Herejía y terrorismo: Reacciones legales del Santo Oficio de la Inquisición y de los Estados Unidos ante las amenazas mundiales contra sus respectivas hegemonías	4	1	155	2009
Homogenización del Derecho puertorriqueño	2	1	264	2007
Impacto de Facebook™ y otras redes de comunicación social en los procesos de reclutamiento y otros asuntos de recursos humanos en el ámbito laboral	4	1	113	2009
Impacto de la unicameralidad en los procesos legislativos	3	1	147	2008
Implicaciones del uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos	10		139	2014
Industrialización de alimentos transgénicos: violación a los derechos del consumidor	10		99	2014
Influencia de la Constitución de la Confederación de Naciones Iroquois en la Constitución Norteamericana: ¿Cuán grande fue el plagio?	2	1	359	2007
Inmigración: Apuntes de la controversia actual, La	1	1	17	2006
Inmigración en Estados Unidos: Fraudes y engaños	2	1	283	2007
Inmigrantes: Antítesis de su Democracia	5	1	37	2010

Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Introducción	4	1	iii	2009
	6	1	1	2010
Introducción: Perspectivas comparativas de la Protección de Menores en el Caribe	2	1	iv	2007
Legislación por Descargue: Análisis del desarrollo histórico de la rama legislativa y el descargue de comisiones	10		73	2014
Ley de Violencia Doméstica: 20 años después	7	1	154	2011
Ley y la cultura: Hacia una teoría del nacionalismo cultural puertorriqueño, La	1	1	143	2006
¡LUCES, CÁMARA, CINE BORICUA! El resurgir de la actividad cinematográfica nativa a partir de la creación del Fondo para el Desarrollo de las Artes, Ciencias e Industria Cinematográfica de Puerto Rico	4	1	1	2009
Luz y sombra: El umbral socioeconómico y jurídico del cooperativismo	1	1	241	2006
Madres subrogadas: Un modelo de adopción temprana	3	1	258	2008
Mirada constante del Estado y el derecho a la intimidad, La	7	1	111	2011
Movimiento pendular del derecho al voto de los afroamericanos en Estados Unidos, El	5	1	63	2010
National Defense Authorization Act - ¿Amenaza a los Derechos Humanos?	9		143	2013
Neoliberalismo y el Derecho del Trabajo, El	3	1	53	2008
Oficina de Iniciativa Comunitaria y Bases de Fe: Vistazo de su desarrollo con un enfoque constitucional bajo la Cáusula de Establecimiento	8		139	2012
Palabra, principio de todo: Moviéndonos hacia un lenguaje inclusivo en el derecho puertorriqueño, La	9		9	2013
Pena de muerte, la eutanasia y la inyección letal, La	5	1	181	2010
Poder para regular las emisiones de fuentes móviles en Puerto Rico, El	6	1	85	2010
Política pública de acceso a la justicia y la población de personas de edad avanzada en los tribunales de Puerto Rico: A la búsqueda de las claves para una intervención interdisciplinaria, La	8		96	2012
Política Pública de Protección de Menores en Puerto Rico: Evolución del Sistema de Pensiones de Alimento	2	1	1	2007
Política Pública y la Violencia Doméstica en Puerto Rico, La	4	1	187	2009
Presentación	3	1	1	2008
Programa de Asistencia Temporal y Ayuda a Familias con Niños Necesitados (AFNN) y el Derecho de Alimentos	2	1	41	2007
Proceso de adopción del concepto de calles completas como política pública en Puerto Rico, El	9		39	2013
Proceso de Angel Nieves: Semejanzas a la obra de Kafka y el divorcio entre la ley y la justicia, El	3	1	302	2008
Prólogo	1	1	v	2006
	7	1	1	2011
	9		3	2013
	10		v	2014

Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Prólogo. Repensando el Derecho: Acercamientos críticos al campo jurídico	8		3	2012
¿Qué vino primero, la solución o el problema? Una propuesta para el manejo de los métodos de reproducción asistida dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico	10		47	2014
Raza vs. Género. Encuentros, desencuentros y la lucha por el poder	5	1	1	2010
Realidad de la Política de Protección de Menores en República Dominicana	2	1	95	2007
Realidad de la Política Pública de Protección de Menores en Cuba	2	1	65	2007
Recusación electoral del voto por causal de domicilio en colindancia de precinto: Límites geográficos imaginarios que afectan el derecho constitucional de electores reales	10		125	2014
Reducción de jornada: A la buena o a la mala	1	1	55	2006
Reflexión sobre la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso Ex Parte Alexis Delgado Hernández	1	1	185	2006
Reproducción asistida: ¿Familia construida? Análisis del P. del S. 1568 y Derecho comparado	7	1	208	2011
Rol del Tribunal Supremo en el discrimen racial, El	5	1	79	2010
Roper v. Simmons: La pena de muerte y el adolescente	1	1	161	2006
Sexualidad y los derechos humanos: Una plataforma en construcción, La	8		10	2012
¡Sin ritmo ni clave! La música puertorriqueña, según definida por la Ley Núm. 223 del 21 de agosto de 2004, "Ley de Nuestra Música Autóctona Tradicional Puertorriqueña", según enmendada	4	1	37	2009
Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa, El	7	1	48	2011
"Spreading Democracy": La vieja y nueva relación entre el Estado, el poder y la economía en la época de la mundialización	1	1	79	2006
Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de "such is life"	8		154	2012
Transsexual Rights in the Federal Labor System	6	1	69	2010
Trascendencia del Derecho Laboral	3	1	7	2008
Una mirada crítica a la compra, venta, posesión y portación de armas de bala blanca en Puerto Rico	10		169	2014
Una mirada hacia las múltiples "caras" del adulterio y el escudo protector de las interpretaciones judiciales vigentes de la sociedad puertorriqueña	6	1	109	2010
Validez de la Cláusulas Restrictivas de No Competencia en el Empleo, La	3	1	126	2008
Viabilidad de una Asamblea Legislativa Unicameral, La	3	1	172	2008
Vigilancia electrónica: Vehículo de coacción de los Derechos Civiles, La	3	1	205	2008

ÍNDICE DE MATERIAS

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
ACOSO ESCOLAR					
Mestey Dávila, Mozart	Aporías pedagógicas y jurídicas: Contrarrestar la violencia y el bullying escolar	8		50	2012
ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA					
Camacho Meléndez, Alexandra	El desarrollo de los proyectos amortiguadores de injusticias: Innocence Project	10		161	2014
Negrón Landrón, Andrés M.	La política pública de acceso a la justicia y la población de personas de edad avanzada en los tribunales de Puerto Rico: A la búsqueda de las claves para una intervención interdisciplinaria	8		96	2012
Rivera Rivera, Nancy E.	El proceso de Angel Nieves: Semejanzas a la obra de Kafka y el divorcio entre la ley y la justicia	3	1	302	2008
ALIMENTOS					
Álvarez González, Olga	Programa de Asistencia Temporal y Ayuda a Familias con Niños Necesitados (AFNN) y el Derecho de Alimentos	2	1	41	2007
Maldonado Rodríguez, Iris Alejandra	Política Pública de Protección de Menores en Puerto Rico: Evolución del Sistema de Pensiones de Alimento	2	1	1	2007
Ortiz Hernández, Grisel	Industrialización de alimentos transgénicos: violación a los derechos del consumidor	10		99	2014
ARMAS DE FUEGO					
Rivera Ortiz, Josean M.	Una mirada crítica a la compra, venta, posesión y portación de armas de bala blanca en Puerto Rico	10		169	2014
AUTODETERMINACIÓN NACIONAL					
Reyes Gil, Yanira	Behind the imaginary nation: multiplicity, diversity and self determination for Puerto Rico. Ponencia sobre la complejidad cultural del puertorriqueño dictada en el año 2007 en la convención Lat Crit South-North Exchange en Río de Janeiro	5	1	iii	2010
CALENTAMIENTO GLOBAL					
Cabrera Umpierre, Alicia	El poder para regular las emisiones de fuentes móviles en Puerto Rico	6	1	85	2010
COMUNIDAD LGBTT					
Casas Galbán, Ariel A.	Flexibilidad selectiva como brecha discriminatoria	10		23	2014
Cruz, Rafael	Transsexual Rights in the Federal Labor System	6	1	69	2010
Pérez Camacho, Ana Ivette	Reflexión sobre la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso Ex Parte Alexis Delgado Hernández	1	1	185	2006

Auto	Título	Vol	No.	Pág.	Año
Vicente, Ester y Patricia Otón Olivieri	La sexualidad y los derechos humanos: Una plataforma en construcción	8		10	2012
COOPERATIVISMO					
Flores Soto, Laurimar	Luz y sombra: El umbral socioeconómico y jurídico del cooperativismo	1	1	241	2006
CORPORACIONES SIN FINES DE LUCRO					
Bultrón Pereyra, Gaily M.	Oficina de Iniciativa Comunitaria y Bases de Fe: Vistazo de su desarrollo con un enfoque constitucional bajo la Cáusula de Establecimiento	8		139	2012
CUBA					
Zayas Monge, Luis A.	Realidad de la Política Pública de Protección de Menores en Cuba	2	1	65	2007
CULTURA					
Rodríguez González, Flor Selenita	¡Sin ritmo ni clave! La música puertorriqueña, según definida por la Ley Núm. 223 del 21 de agosto de 2004, "Ley de Nuestra Música Autóctona Tradicional Puertorriqueña", según enmendada	4	1	37	2009
Soriano Miranda, Alejandro L.	¡LUCES, CÁMARA, CINE BORICUA! El resurgir de la actividad cinematográfica nativa a partir de la creación del Fondo para el Desarrollo de las Artes, Ciencias e Industria Cinematográfica de Puerto Rico	4	1	1	2009
Vidal Cerra, Ignacio	La ley y la cultura: Hacia una teoría del nacionalismo cultural puertorriqueño	1	1	143	2006
DERECHO - LENGUAJE					
Trujillo Bracero, Catherine	La palabra, principio de todo: Moviéndonos hacia un lenguaje inclusivo en el derecho puertorriqueño	9		9	2013
DERECHO - PUERTO RICO					
Santana Mieres, Laura M.	Homogenización del Derecho puertorriqueño	2	1	264	2007
DERECHO COMERCIAL					
Román Rivera, Meyza	Desaparición de la clase comerciante, una mirada a la posible unificación del Código de Comercio y del Código Civil	2	1	319	2007
DERECHO CONSTITUCIONAL					
Bustelo García, María Teresa	La criminalización de los movimientos sociales	9		27	2013
Call Ortiz, Miguel	Implicaciones del uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos	10		139	2014
Carrero Echevarría, Helga Lorena	La vigilancia electrónica: Vehículo de coacción de los Derechos Civiles	3	1	205	2008
Feliciano Acosta, John J.	El asomo de una Constitución de factura más estrecha: una mirada crítica al caso Ex parte A.A.R., 187 D.P.R. 835 (2013)	10		1	2014
Figueroa Vázquez, Ayleen	Impacto de la unicameralidad en los procesos legislativos	3	1	147	2008
García Vélez, Liza M.	La Viabilidad de una Asamblea Legislativa Unicameral	3	1	172	2008

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
González Ramos, Rafael E.	¿Qué vino primero, la solución o el problema? Una propuesta para el manejo de los métodos de reproducción asistida dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico	10		47	2014
Leal Orantes, Luis M.	Influencia de la Constitución de la Confederación de Naciones Iroquis en la Constitución Norteamericana: ¿Cuán grande fue el plagio?	2	1	359	2007
Marrero-Cruz, Karla Alexandra	El experimento puertorriqueño: capitalismo y democracia	7	1	8	2011
Mercado Ruiz, Melisa	El movimiento pendular del derecho al voto de los afroamericanos en Estados Unidos	5	1	63	2010
Pérez Cabán, Jeffry	El discrimen laboral por razón de ideas políticas y sus implicaciones sociológicas en el servicio público de Puerto Rico	1	1	131	2006
Polanco Frontera, Norliz	La constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental: Herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico	10		117	2014
Quezada, Luz de Alba	Análisis del rechazo a la legalización de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo por parte de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma de Código Civil de Puerto Rico	4	1	137	2009
Quiñones, Marisara	Herejía y terrorismo: Reacciones legales del Santo Oficio de la Inquisición y de los Estados Unidos ante las amenazas mundiales contra sus respectivas hegemonías	4	1	155	2009
Ramos Cruz, María de los Angeles	Descriminalización de las drogas en Puerto Rico: ¿Es esto una alternativa viable?	9		97	2013
Ruiz Rosado, Derick e Iván N. Salcedo Maldonado	National Defense Authorization Act – ¿Amenaza a los Derechos Humanos?	9		143	2013
Smith Ellerbe, Isabel	Reproducción asistida: ¿Familia construida? Análisis del P. del S. 1568 y Derecho comparado	7	1	208	2011
Vélez León, María Fernanda	En busca del libro perdido... El acceso a la lectura como estrategia social y económica para alcanzar los ideales truncados de la Sección 20 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico	9		121	2013
DERECHO DE FAMILIA					
Álvarez González, Olga	Programa de Asistencia Temporal y Ayuda a Familias con Niños Necesitados (AFNN) y el Derecho de Alimentos	2	1	41	2007
Carrero Echevarría, Helga Lorena	El adulterio: Análisis comparativo entre el delito de adulterio, visión de la figura de la mujer, las penas envueltas y la aplicación de la justicia a los acusados bajo la ley del Islam y la ley de Puerto Rico	6	1	151	2010
Casas Galbán, Ariel A.	Flexibilidad selectiva como brecha discriminatoria	10		23	2014
García Ledesma, Ivette Jo	Ley de Violencia Doméstica: 20 años después	7	1	154	2011

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
González Ramos, Rafael E.	¿Qué vino primero, la solución o el problema? Una propuesta para el manejo de los métodos de reproducción asistida dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico	10		47	2014
Hernández Sierra, Arlene M.	Una mirada hacia las múltiples “caras” del adulterio y el escudo protector de las interpretaciones judiciales vigentes de la sociedad puertorriqueña	6	1	109	2010
López Llorens, Eric	Realidad de la Política de Protección de Menores en República Dominicana	2	1	95	2007
Maldonado Rodríguez, Iris Alejandra	Política Pública de Protección de Menores en Puerto Rico: Evolución del Sistema de Pensiones de Alimento	2	1	1	2007
Negrón Díaz, Jesús J.	Custodia compartida en Puerto Rico: Un pecado capital en el Siglo XXI	3	1	232	2008
Ramos, Isis	Madres subrogadas: Un modelo de adopción temprana	3	1	258	2008
Ruiz Sánchez, Rosa	El Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa	7	1	48	2011
Selva Báez, Carmen Leonor	La mirada constante del Estado y el derecho a la intimidad	7	1	111	2011
Smith Ellerbe, Isabel	Reproducción asistida: ¿Familia construida? Análisis del P. del S. 1568 y Derecho comparado	7	1	208	2011
Zayas Monge, Luis A.	Realidad de la Política Pública de Protección de Menores en Cuba	2	1	65	2007
DERECHO ELECTORAL					
Silva Romero, Carmen L.	Recusación electoral del voto por causal de domicilio en colindancia de precinto: Límites geográficos imaginarios que afectan el derecho constitucional de electores reales	10		125	2014
DERECHO LABORAL					
Barada Castro, Michelle	Las cláusulas de no competencia en los contratos laborales	7	1	125	2011
Cruz, Rafael	Transsexual Rights in the Federal Labor System	6	1	69	2010
Maldonado Rodríguez, Iris Alejandra	La validez de la Cláusulas Restrictivas de No Competencia en el Empleo	3	1	126	2008
Pérez Cabán, Jeffry	El discrimen laboral por razón de ideas políticas y sus implicaciones sociológicas en el servicio público de Puerto Rico	1	1	131	2006
Pérez Fernández, Mislin A.	Discrimen en el empleo de las personas con “Síndrome de Down”	2	1	246	2007
Ponce Javier, Lissette	Estudio de las doctrinas patrono sucesor, alter ego, y un solo patrono en el ámbito federal y local	4	1	71	2009
Robles Ramos, Karín	Análisis crítico del Sistema de Administración de Personal del Sector Público	2	1	162	2007
	La ficción del concepto “igual paga por igual trabajo”	1	1	101	2006
	El Neoliberalismo y el Derecho del Trabajo	3	1	53	2008
Santiago Rivera, Carlos Alá	Reducción de jornada: A la buena o a la mala	1	1	55	2006
	Trascendencia del Derecho Laboral	3	1	7	2008

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Soto, Maritza	Impacto de Facebook™ y otras redes de comunicación social en los procesos de reclutamiento y otros asuntos de recursos humanos en el ámbito laboral	4	1	113	2009
Zayas Monge, Luis A.	Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la legislación social protectora del trabajo, durante el término de 2006-2008	6	1	39	2010
	Despido injustificado y mesada como remedio exclusivo en el Arbitraje Obrero Patronal: Un análisis crítico	3	1	93	2008
DERECHO PROCESAL					
Maldonado, Zaida	Evidencia de carácter y hábito: Análisis sobre los cambios propuestos por el Comité Asesor Permanente de las Reglas de Evidencia	3	1	275	2008
DERECHOS CIVILES					
Call Ortiz, Miguel	Implicaciones del uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos	10		139	2014
Carrero Echevarría, Helga Lorena	La vigilancia electrónica: Vehículo de coacción de los Derechos Civiles	3	1	205	2008
DERECHOS DE LA MUJER					
Carrero Echevarría, Helga Lorena	El adulterio: Análisis comparativo entre el delito de adulterio, visión de la figura de la mujer, las penas envueltas y la aplicación de la justicia a los acusados bajo la ley del Islam y la ley de Puerto Rico	6	1	151	2010
Hernández Sierra, Arlene M.	Una mirada hacia las múltiples "caras" del adulterio y el escudo protector de las interpretaciones judiciales vigentes de la sociedad puertorriqueña	6	1	109	2010
Ramos, Isis	Madres subrogadas: Un modelo de adopción temprana	3	1	258	2008
Smith Ellerbe, Isabel	Reproducción asistida: ¿Familia construida? Análisis del P. del S. 1568 y Derecho comparado	7	1	208	2011
Vicente, Ester y Patricia Otón Olivieri	La sexualidad y los derechos humanos: Una plataforma en construcción	8		10	2012
DERECHOS HUMANOS					
Barada Castro, Michelle	El deambulante como sujeto de derecho	5	1	121	2010
Bonilla Nieves, Amexis J.	Globalización y Derechos Humanos en Puerto Rico	2	1	222	2007
Call Ortiz, Miguel	Implicaciones del uso del G.P.S. en el contexto de los registros y allanamientos	10		139	2014
González Ramos, Rafael E.	¿Qué vino primero, la solución o el problema? Una propuesta para el manejo de los métodos de reproducción asistida dentro de la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico	10		47	2014
Hernández Sierra, Arlene M.	Una mirada hacia las múltiples "caras" del adulterio y el escudo protector de las interpretaciones judiciales vigentes de la sociedad puertorriqueña	6	1	109	2010
Moreno Arocho, Ausberto	El rol del Tribunal Supremo en el discrimen racial	5	1	79	2010
Quiñones Ortiz, Marisara	La pena de muerte, la eutanasia y la inyección letal	5	1	181	2010

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Pérez Camacho, Ana Ivette	Reflexión sobre la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso Ex Parte Alexis Delgado Hernández	1	1	185	2006
Polanco Frontera, Norliz	La constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental: Herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico	10		117	2014
Ramos Ramos, Tamara Mizel	El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico	5	1	93	2010
Ruiz Rosado, Derick e Iván N. Salcedo Maldonado	National Defense Authorization Act – ¿Amenaza a los Derechos Humanos?	9		143	2013
Ruiz Sánchez, Rosa	El Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa	7	1	48	2011
Selva Báez, Carmen Leonor	Derecho a la igualdad en una sociedad desigual	8		122	2012
	La mirada constante del Estado y el derecho a la intimidad	7	1	111	2011
Soto López, Astrid	Los derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las procuradurías	7	1	171	2011
Vázquez Matos, Amarylís	La educación especial en Puerto Rico: Discrimen contra los niños con impedimentos	1	1	211	2006
Vélez León, María Fernanda	En busca del libro perdido. . . El acceso a la lectura como estrategia social y económica para alcanzar los ideales truncados de la Sección 20 de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico	9		121	2013
Vicente, Ester y Patricia Otón Olivieri	La sexualidad y los derechos humanos: Una plataforma en construcción	8		10	2012
DISCRIMEN					
Casas Galbán, Ariel A.	Flexibilidad selectiva como brecha discriminatoria	10		23	2014
Cruz, Rafael	Transsexual Rights in the Federal Labor System	6	1	69	2010
Mercado Ruiz, Melisa	El movimiento pendular del derecho al voto de los afroamericanos en Estados Unidos	5	1	63	2010
Pérez Cabán, Jeffry	El discrimen laboral por razón de ideas políticas y sus implicaciones sociológicas en el servicio público de Puerto Rico	1	1	131	2006
Pérez Camacho, Ana Ivette	Reflexión sobre la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso Ex Parte Alexis Delgado Hernández	1	1	185	2006
Pérez Fernández, Mislin A.	Discrimen en el empleo de las personas con “Síndrome de Down”	2	1	246	2007
Selva Báez, Carmen Leonor	Derecho a la igualdad en una sociedad desigual	8		122	2012

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
Soto López, Astrid	Los derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las procuradurías	7	1	171	2011
Vázquez Matos, Amarylis	La educación especial en Puerto Rico: Discrimen contra los niños con impedimentos	1	1	211	2006
DISIDENTES - PUERTO RICO					
Reyes Gil, Yanira	Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de "such is life"	8		154	2012
DROGAS					
Ramos Cruz, Maria de los Angeles	Descriminalización de las drogas en Puerto Rico: ¿Es esto una alternativa viable?	9		97	2013
EDUCACIÓN ESPECIAL					
Ramos Ramos, Tamara Mizel	El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico	5	1	93	2010
Vázquez Matos, Amarylis	La educación especial en Puerto Rico: Discrimen contra los niños con impedimentos	1	1	211	2006
EUTANASIA					
Silva Musalem, Patricia	La fe ante la muerte: Perspectiva sobre la eutanasia desde el Catolicismo, Islamismo, Hinduismo y Judaísmo	5	1	151	2010
Quiñones Ortiz, Marisara	La pena de muerte, la eutanasia y la inyección letal	5	1	181	2010
EXPROPIACIÓN FORZOSA					
Cepeda Miranda, Inés	A la hora de expropiar: ¿Cuán "especiales" son las Comunidades Especiales?	1	1	1	2006
GLOBALIZACIÓN					
Medina Hernández, Ataveyra	"Spreading Democracy": La vieja y nueva relación entre el Estado, el poder y la economía en la época de la mundialización	1	1	79	2006
IDENTIDAD					
Reyes Gil, Yanira	Behind the imaginary nation: multiplicity, diversity and self determination for Puerto Rico. Ponencia sobre la complejidad cultural del puertorriqueño dictada en el año 2007 en la convención Lat Crit South-North Exchange en Rio de Janeiro	5	1	iii	2010
IGLESIA Y ESTADO					
Bultrón Pereyra, Gailly M.	Oficina de Iniciativa Comunitaria y Bases de Fe: Vistazo de su desarrollo con un enfoque constitucional bajo la Cáusula de Establecimiento	8		139	2012
IGUALDAD ANTE LA LEY					
Rodríguez González, Flor Selenita	Raza vs. Género. Encuentros, desencuentros y la lucha por el poder	5	1	1	2010

Autor	Título	Vol.	No.	Pág.	Año
INMIGRACIÓN					
Lorenzana Rondón, Maribel	La inmigración: Apuntes de la controversia actual	1	1	17	2006
	Inmigración en Estados Unidos: Fraudes y engaños	2	1	283	2007
Ruiz Sánchez, Rosa	Inmigrantes: Antítesis de su Democracia	5	1	37	2010
MATRIMONIO					
Ortiz Morales, Alba L.	Elevación a rango constitucional del matrimonio entre hombre y mujer ante el derecho internacional y el derecho comparado	7	1	78	2011
MENORES					
Álvarez González, Olga	Programa de Asistencia Temporal y Ayuda a Familias con Niños Necesitados (AFNN) y el Derecho de Alimentos	2	1	41	2007
Díaz Roldán, Sally	Roper v. Simmons: La pena de muerte y el adolescente	1	1	161	2006
López Lloréns, Eric	Realidad de la Política de Protección de Menores en República Dominicana	2	1	95	2007
Maldonado Rodríguez, Iris Alejandra	Política Pública de Protección de Menores en Puerto Rico: Evolución del Sistema de Pensiones de Alimento	2	1	1	2007
Negrón Díaz, Jesús J.	Custodia compartida en Puerto Rico: Un pecado capital en el Siglo XXI	3	1	232	2008
Ruiz Sánchez, Rosa	El Síndrome del Niño Maltratado como elemento probatorio en la legítima defensa	7	1	48	2011
Vázquez Matos, Amaryllis	La educación especial en Puerto Rico: Discrimen contra los niños con impedimentos	1	1	211	2006
Zayas Monge, Luis A.	Realidad de la Política Pública de Protección de Menores en Cuba	2	1	65	2007
MÓVIMIENTOS SOCIALES					
Bustelo García, María Teresa	La criminalización de los movimientos sociales	9		27	2013
PENA DE MUERTE					
Díaz Roldán, Sally	Roper v. Simmons: La pena de muerte y el adolescente	1	1	161	2006
Quiñones Ortiz, Marisara	La pena de muerte, la eutanasia y la inyección letal	5	1	181	2010
PERSONAS CON IMPEDIMENTO					
Pérez Fernández, Mislin A.	Discrimen en el empleo de las personas con "Síndrome de Down"	2	1	246	2007
Ramos Ramos, Tamara Mizel	El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico	5	1	93	2010
Vázquez Matos, Amaryllis	La educación especial en Puerto Rico: Discrimen contra los niños con impedimentos	1	1	211	2006
PERSONAS DE EDAD AVANZADA					
Negrón Landrón, Andrés M.	La política pública de acceso a la justicia y la población de personas de edad avanzada en los tribunales de Puerto Rico: A la búsqueda de las claves para una intervención interdisciplinaria	8		96	2012

Autor	Título	Vol.	Nº	Pág.	Año
Soto López, Astrid	Los derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo le afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las procuradurías	7	1	171	2011
PLANIFICACIÓN URBANA					
García Rosado, Luis Enrique	El proceso de adopción del concepto de calles completas como política pública en Puerto Rico	9		39	2013
POBREZA					
Barada Castro, Michelle	El deambulante como sujeto de derecho	5	1	121	2010
Polanco Frontera, Norliz	La constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano fundamental: Herramienta para mitigar el impacto de la pobreza en Puerto Rico	10		117	2014
PROCESO LEGISLATIVO					
Hernández Martínez, Freddy Antonio	Legislación por Descargue: Análisis del desarrollo histórico de la rama legislativa y el descargue de comisiones	10		73	2014
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR					
Haddock-Domínguez, David	Experiencias de Legislaciones Federales para Apoyar a la Banca y el Consumidor en Tiempos de Crisis Económica	6	1	5	2010
PUERTO RICO - HISTORIA					
Reyes Gil, Yanira	Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de "such is life"	8		154	2012
RACISMO					
Mercado Ruiz, Melisa	El movimiento pendular del derecho al voto de los afroamericanos en Estados Unidos	5	1	63	2010
Moreno Arocho, Ausberto	El rol del Tribunal Supremo en el discrimen racial	5	1	79	2010
RECURSOS NATURALES					
Cabrera Umpierre, Alicia	El poder para regular las emisiones de fuentes móviles en Puerto Rico	6	1	85	2010
Peña Sánchez, Jimmy	A la defensa de los árboles	2	1	341	2007
Rivera Giboyeaux, José I.	Árboles recomendados por el DRNA para sembrarse en áreas urbanas	2	1	375	2007
REPÚBLICA DOMINICANA					
López Lloréns, Eric	Realidad de la Política de Protección de Menores en República Dominicana	2	1	95	2007
SÍNDROME DE DOWN					
Pérez Fernández, Mislin A.	Discrimen en el empleo de las personas con "Síndrome de Down"	2	1	246	2007
TRIBUNAL SUPREMO					
Moreno Arocho, Ausberto	El rol del Tribunal Supremo en el discrimen racial	5	1	79	2010
Zayas Monge, Luis A.	Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la legislación social protectora del trabajo, durante el término de 2006-2008	6	1	39	2010

Autor	Título	Vol.	Nº	Pág.	Año
UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO					
Santiago Rivera, Carlos Ala	Apoplejía del Saber: Análisis Crítico de UPR v. APPU, 136 D.P.R. 335 (1994)	2	1	118	2007
VIOLENCIA DOMÉSTICA					
Dominguez Rivera, Melissa	La Política Pública y la Violencia Doméstica en Puerto Rico	4	1	187	2009
García Ledesma, Ivette Jo	Ley de Violencia Doméstica: 20 años después	7	1	154	2011
VIOLENCIA SEXUAL					
Dominguez Rivera, Melissa	La Política Pública y la Violencia Doméstica en Puerto Rico	4	1	187	2009
Navarro Motta, Cristina	El etiquetamiento producido por el registro y la notificación comunitaria de ofensores sexuales y su efecto sobre proceso de rehabilitación y reintegración social en Puerto Rico	4	1	219	2009



