

VOLUMEN 17

NÚMERO 1

AÑO 2021



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 17

NÚMERO 1

AÑO 2021

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/vida-estudiantil/revistas/>
<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 17

NÚMERO 1

AÑO 2021

JUNTA EDITORA

Kevin Del Valle Marcano
Director & Editor jefe

Lorena M. Bonilla Marrero
Directora & Editora asociada

Bianca Lewis Santiago
Directora & Editora asociada

CUERPO DE EDICIÓN

Ashley González Guilbe

Daniela Yupanqui

Wislander D. Balbuena

CUERPO DE REDACCIÓN

Ashley A. Clemente Serrano

Calyn F. **Díaz Rodríguez**

Gabriela Torres Rivera

Nayla R. Melamed Torres

CONSEJEROS ACADÉMICOS

Dr. Pedro Cabán Vales

Profª. 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

En el año 2003 se fundó la Revista de Estudios Críticos del Derecho, bajo el título CLAVE. Es la única revista jurídica crítica en Puerto Rico y se publica en unión con *Latino & Latina Critical Legal Theory Inc.* (LatCrit) y la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico (Facultad de Derecho UIPR). Esta Revista surgió como uno de los numerosos proyectos de LatCrit, organización académica estadounidense dedicada al desarrollo y a la discusión de la teoría crítica de la raza. En la actualidad, estudiantes de Derecho son quienes principalmente manejan la Publicación que busca dar una voz independiente a las revistas jurídicas universitarias tradicionales mediante escritos que abordan el ordenamiento jurídico desde una perspectiva crítica. La Facultad ha producido sobre una decena de volúmenes independientes que, acoplados a los intereses estudiantiles, capturan el espíritu del proyecto original.

Los volúmenes anuales de la Revista incluyen artículos inter y multidisciplinares que analizan los estudios críticos del Derecho desde diversos enfoques como la historia, literatura, sociología, antropología, los estudios culturales, estudios americanos, estudios de género, entre otros.

La Revista de Estudios Críticos del Derecho es una publicación bilingüe, que admite escritos en español y en inglés. Hasta el 2017, la Revista contaba con una versión impresa patrocinada por la Facultad de Derecho UIPR. No obstante, a partir del Volumen XIV, la Facultad publica solo el formato digital en su compromiso con la adopción de prácticas eco-amigables.

Indexación: La Revista forma parte de las bases de datos digitales locales e internacionales más importantes del mundo jurídico y académico, tales como Hein Online, LexisNexis, Latindex, Microjuris, vLex y Westlaw. La página electrónica de la Facultad de Derecho UIPR y la página oficial de LatCrit también ofrecen acceso gratuito a la Publicación.

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:

17 REV. CRIT. UIPR __ (2021).



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, que 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 grado de *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 17

Número 1

Año 2021

CONTENIDO

PRÓLOGO	XIII
Por: Myrta Morales Cruz	
A PUERTO RICO	1
Por: Brian C. Luciano Vázquez	
¿QUÉ O QUIÉN ERES JUSTICIA?	3
Por: Marangeli Dávila Molina	
PARÁBOLAS	5
Por: Andrés L. Córdova	
¿VISIBLEMENTE NEGROS?: ANÁLISIS DESDE LA NEGATIVA A IDENTIFICARNOS COMO NEGROS Y COMO UN MEDIO DE OPRESIÓN SOCIAL	19
POR: ASHLEY M. GONZÁLEZ GUILBE	
A REFLECTION ON INTEGRATION	35
By: Neil G. Williams	
MORAL TURPITUDE, WILL WE EVER KNOW WHAT YOU MEAN? A CASE FOR A MODERN AND INTERSECTIONAL DEFINITION OF MORAL TURPITUDE	51
By: Ashley Anne Clemente Serrano	
LA VOZ SILENTE DEL DISCRIMEN LABORAL: EL INGLÉS SIN ACENTO COMO EXIGENCIA DE ASCENSO	71
Por: Calyn F. Díaz Rodríguez	
EL CARGO DEL VICEGOBERNADOR ELECTO POR EL PUEBLO	95
Por: Lorena M. Bonilla Marrero	
ANÁLISIS SOBRE LA COMISIÓN ESTATAL DE ELECCIONES EN EL PROCESO DE ELECCIONES DE PRIMARIA	119
Por: Nayla R. Melamed-Torres	

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL COVID-19: ¿EL DEBER CONSTITUCIONAL DEL ESTADO TRASCIENDE LA EMERGENCIA?	135
Por: Gabriela Liz Torres Rivera	
¿QUIÉN PRÁCTICA LA MEDICINA EN PUERTO RICO, LAS ASEGURADORAS O LOS MÉDICOS?	173
Por: Steven Polo Torres Rivera	
WRITING A MODERN CONSTITUTION: DEMOCRATIC PROCESS AND SUBSTANTIVE CONTENT	199
Por: Jorge M. Farinacci Fernós	
UNA MIRADA CRÍTICA AL ORDENAMIENTO PENAL DE TRÁNSITO: PRINCIPIO DE LESIVIDAD, EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL Y JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA	231
Por: Sebastián Arroyo-Ignacio	
AMERICAN WEIMAR?: COURTS AND THE REPRODUCTION OF DEMOCRACY	251
By: Gil Gott	
REFLEXIONES SOBRE LA CENSURA AL ARTE TEATRAL EN PUERTO RICO	277
Por: William André Castillo Rivera	

PRÓLOGO

Agradezco a la Junta Editora de la Revista CLAVE, Revista de Estudios Críticos del Derecho, por haberme solicitado que escribiera el prólogo para este volumen de la revista. Es para mí un honor que me lo hayan solicitado y haber fungido como mentora de la revista por los últimos años. Como siempre suelo comentarles en las actividades que tenemos para comenzar y despedir el año de trabajo, en nuestras reuniones en las que se presentan los temas propuestos para los artículos y en nuestros talleres de introducción a las teorías de estudios críticos del Derecho, me siento privilegiada de poder ser parte de una Facultad que cuenta con una revista de estudios críticos del Derecho. Son pocas las Facultades de Derecho en el mundo que cuentan con una.

Tener una revista donde se puede escribir más allá del usual formalismo jurídico (del Derecho percibido como “objetivo”, “neutral” y “autónomo”) y con una apertura a abordajes interdisciplinarios y multidisciplinarios es de suma importancia. Las teorías de estudios críticos del Derecho cuestionan la distinción entre el Derecho y la Política y la supuesta objetividad, neutralidad y autonomía del Derecho, típicas del formalismo jurídico. Se destacan también por su compromiso con la emancipación de grupos marginados/oprimidos. Particularmente en los tiempos que vivimos, de tanta desigualdad económica, es necesario que existan espacios comprometidos con darle una mirada crítica al Derecho y plantearse la posibilidad de cambiarlo. No puedo escribir este prólogo sin mencionar la pandemia. Escribo en el verano del 2021, cuando en Puerto Rico empezamos a ver cambios importantes en nuestro diario vivir en relación con la pandemia, pero todavía queda mucho por caminar, no solo en nuestro archipiélago, sino en el resto del mundo. Destaco el compromiso de todas las personas que han contribuido artículos y poemas a esta revista en un año con tantos retos. En cuanto a las actividades de la revista durante este pasado año académico, menciono que, aunque a la distancia, fueron un espacio agradable en el que nos reunimos virtualmente a discutir temas sobre el Derecho que nos apasionan y a soñar con lograr cambios a través de él, a pesar de todo el dolor y la angustia a nuestro alrededor debido a la pandemia.

A continuación, presentaré los artículos y poemas que componen este volumen de nuestra revista.

Brian C. Luciano Vázquez contribuye a nuestro volumen con su poema titulado *A Puerto Rico* y Marangeli Dávila Molina aporta su poema *¿Qué o*

Quién eres Justicia? El profesor Andrés L. Córdova nos regala sus *Parábolas* tituladas *Caminante no hay camino*, *Tribulaciones de un burócrata*, *Iconoclasta*, *Ensimismamiento*, *Arrepentimiento*, *Corolarios*, *Distanciamiento*, *Luna Llena*, *Retrato de un colonizado*, *Palabras de Papel*, *El martillo de los brujos*, *Parábola del allá*, *Exilios*, *Rewind*, *Tautologías sacramentales*, *Remembranzas*, *Postumario* y *Estado de emergencia*.

En *¿Visiblemente Negros?: Análisis desde la Negativa a Identificarnos como Negros y como un Medio de Opresión Social*, Ashley M. González Guilbe presenta un análisis sobre los estereotipos y la identidad racial y étnica. Además, la autora discute el tema del censo poblacional, y analiza sus categorías de raza y etnia, tanto en Puerto Rico, como en los Estados Unidos, y el proceso de identificación de las personas. Propone a la educación como fundamental para lo que llama el “autodescubrimiento identitario y racial”.

El profesor Gil Gott en *American Weimar?: Courts and the Reproduction of Democracy* hace un examen sobre cómo el sistema de justicia en Alemania falló luego de la Primera Guerra Mundial, periodo durante el cual movimientos nacionalistas, autoritarios y fascistas lograron desestabilizar y derrocar a la República de Weimar. Propone una analogía con Weimar para poder entender lo que ocurre actualmente en relación con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y con las políticas que llama “whitelash”.

Moral Turpitude, Will We Ever Know What You Mean? A Case for a Modern and Intersectional Definition of Moral Turpitude, escrito por Ashley Anne Clemente Serrano, discute la ambigüedad de la causal de exclusión/deportación llamada *moral turpitude* en el derecho de inmigración de los Estados Unidos de América. La autora aboga por una definición del término desde la perspectiva de la teoría de la interseccionalidad.

En *La Voz Silente del Discrimen Laboral: El Inglés sin Acento como Exigencia de Ascenso*, escrito por Calyn F. Díaz Rodríguez, se explora el debate sobre el idioma en Puerto Rico y el rol del Derecho en él. El autor repasa el trasfondo histórico sobre este tema, específicamente la discusión sobre el idioma oficial en el país, la enseñanza del inglés, su influencia en Puerto Rico y cómo se ha fomentado que la población sea bilingüe. Destaca y cuestiona que se le conceda tanta importancia al aprendizaje del inglés ante la posibilidad de que abra puertas en el ámbito laboral. Favorece un bilingüismo que le conceda primacía al idioma español como vernáculo. Díaz Rodríguez plantea que existe discrimen en el ámbito laboral contra las personas que no dominan el inglés y que está ligado a la condición social. Propone que la Asamblea Legislativa estudie la posibilidad de reconocer esta causa de acción.

En su artículo *El Cargo del Vicegobernador Electo por el Pueblo*, Lorena M. Bonilla Marrero aboga por que se adopte este cargo en Puerto Rico. Hace un análisis histórico en cuanto a esta figura y cómo fue discutida durante la Asamblea Constituyente. Escribe sobre lo ocurrido en Puerto Rico luego del verano del 2019 en

cuanto a la vacante que surgió en el cargo de gobernador. Bonilla Marrero presenta su investigación sobre figuras similares en los Estados Unidos de América y en algunos países de Latinoamérica. Destaca la importancia que tendría el vicegobernador en Puerto Rico y favorece que sea electo por el pueblo.

Análisis sobre la Comisión Estatal de Elecciones en el Proceso de Elecciones de Primarias fue escrito por Nayla R. Melamed Torres. En este artículo la autora analiza las funciones y el desempeño de la Comisión Estatal de Elecciones, con énfasis en el proceso de elecciones primarias llevado a cabo en Puerto Rico en agosto del 2020, durante la pandemia. Además, hace un recuento sobre el proceso de aprobación de la nueva ley electoral. Plantea que se laceró el derecho fundamental a ejercer el voto durante el proceso de elecciones de primarias y presenta una propuesta de reforma institucional.

Gabriela Liz Torres Rivera en su artículo *El Derecho a la Educación y el COVID-19: ¿El Deber Constitucional del Estado Trasciende la Emergencia?* hace un análisis sobre el derecho a la educación en Puerto Rico, como derecho humano, y cómo se ha visto afectado debido a la pandemia. Incluye en su artículo un repaso de jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico y de leyes relacionadas con la educación. Compara el ordenamiento jurídico de Puerto Rico con el de los Estados Unidos de América en cuanto a este tema. En la parte final del escrito responde a la interrogante sobre cómo se ha visto afectada la educación en Puerto Rico debido a las órdenes ejecutivas aprobadas durante la pandemia.

En su artículo *¿Quién Practica la Medicina en Puerto Rico, las Aseguradoras o los Médicos?*, Steven Polo Torres Rivera analiza el sistema de salud en Puerto Rico con énfasis en las funciones que tienen las aseguradoras de planes médicos al intervenir en la práctica de la medicina. Ofrece un trasfondo histórico sobre la Reforma de Salud del 1993 y explica el sistema vigente. Su propósito principal es destacar el problema causado por las aseguradoras al sustituir el criterio profesional médico.

El artículo del profesor Jorge Farinacci Fernós *Writing a Modern Constitution: Democratic Process and Substantive Content* fue presentado en el Quinto Foro Anual de Académicos de Derecho Constitucional (*5th Annual Constitutional Law Scholars Forum*). El profesor propone que cualquier constitución moderna debe crearse a través de un proceso que sea “democrático, público, participativo, popular y socialmente trascendental” (traducción nuestra). También plantea que cualquier constitución moderna debe incluir un contenido mínimo sustantivo y elabora su propuesta sobre este particular. En su trabajo atiende tanto el proceso como el contenido en la creación de constituciones modernas.

Sebastián Arroyo-Ignacio, en su artículo *Una Mirada Crítica al Ordenamiento Penal de Tránsito: Principio de Lesividad, el Ámbito del Derecho Penal y Jurisprudencia Terapéutica*, analiza lo que él llama el “ordenamiento penal de tránsito” para referirse en gran medida a las personas que conducen sin licencia y a

la tipificación de delitos y faltas administrativas en ese ámbito. Hace una revisión de jurisprudencia y escritos de tratadistas jurídicos y propone un acercamiento al problema que parta de la Jurisprudencia Terapéutica. El autor critica el que se trate con un enfoque punitivo el asunto de las personas que conducen sin licencia por no poder pagar multas debido a su situación económica.

A Reflection of Integration, del profesor Neil G. Williams, es un ensayo que fue escrito luego del profesor haber asistido al congreso de *LatCrit* celebrado en Atlanta en el año 2019. Williams reflexiona sobre el racismo sistémico, la integración y la diversidad, y sobre el término “deracialización” que junto al profesor Steven Ramírez creó. Enfatiza la importancia de la integración desde temprana edad.

En su artículo *Reflexiones sobre la Censura al Arte Teatral en Puerto Rico*, William André Castillo Rivera presenta su investigación sobre la criminalización del arte en Puerto Rico en el contexto del teatro. Además, hace un análisis de la doctrina de los tribunales de Puerto Rico y de los Estados Unidos de América en cuanto a la libertad de expresión y el arte. Por último, propone que se adopte una nueva norma que ofrezca mayor protección a las obras artísticas.

Concluyo este prólogo enviando mis mejores deseos a todas las personas que han formado parte del grupo de trabajo de este volumen de la revista. Espero que mantengan viva la llama del pensamiento crítico en sus acercamientos al Derecho.

Myrta Morales Cruz
julio/2021

A PUERTO RICO

POR: BRIAN C. LUCIANO VÁZQUEZ

¡Yo soy hijo de Borinquen!
Yo soy hijo de la tierra donde la fiesta no cesa,
donde el sol siempre se posa con un dorado esplendor.
Isla de la bomba y la plena.
Hoy día conocida internacionalmente por la salsa y el reguetón.

¡Yo soy hijo de la tierra del edén!
¡De la majestuosa Isla del Caribe!
Y que el mundo se entere que es gracias a los africanos, taínos y españoles
que hoy puedo escribirle a mi gran amor.
La Isla del Encanto. La Estrella del Caribe. La colonia más antigua del mundo.

¡Yo soy hijo de la perla de los mares!
Así como la llamó el gran poeta, José Gautier Benítez.
¡Yo soy hijo de Borikén! ¡Yo soy boricua!
¡Yo soy puertorriqueño! ¡Yo soy caribeño!
¡Yo soy latinoamericano! ¡Yo soy americano!

¡Yo soy de una Isla bendecida!
llena de extraordinarias personas.
Muchos se destacan dignamente por su hermoso canto,
talento deportivo o musical;
intelectualidad o belleza.

¡Yo soy de Puerto Rico!
donde amamos al extranjero y le servimos como familia.
Oh, Borinquen bella.
Cuánto añoro las noches serenas acompañadas del canto del coquí,
y a ustedes también amigos y familia.

¡Es imposible olvidar a mi gente, cultura y bandera!
¿Cómo no sentirme patriota si soy hijo de una madre maravillosa?
Te amo Puerto Rico,
desde lo más profundo de mi alma
y te abrazo en la distancia.

¿QUÉ O QUIÉN ERES JUSTICIA?

POR: MARANGELI DÁVILA MOLINA

Tú, ideal de Justicia,
Que a muchos destilas de poder
Y a otros naufragas en las entrañas de la ley.

¿Qué eres?

¿Una concepción, utopía o la razón de la sin razón.
Una voz estrepitosa,
Un canto a la verdad,
O el destrono de la falsedad?

Muchos te intentan usucapir,
Para otros controversia eres
Y te definen holísticamente,
Buscando la forma de encontrarte.

Eres balanza para la verdad.
Buena fe para el observador,
Poder para el digno
Y estirpe de relatividad.

Te buscan, te encuentran y te siguen buscando.
Así, te plasmas caso a caso
Entre las alegaciones de un ruego.

Tú y solo tu justicia,
Quien une las causas
Y mueves con pasión a los defensores,
Para mi siempre serás sui generis.

PARÁBOLAS

POR: ANDRÉS L. CÓRDOVA

Esta es la memoria de las cosas que sucedieron y que hicieron. Ya todo pasó. Ellos hablan con sus propias palabras y así acaso no todo se entienda en su significado; pero rectamente, tal como pasó todo, así está escrito. Ya será otra vez explicado todo muy bien. Y tal vez no será malo [...]

-Los libros de Chilam Balam de Chumayel

Estragon: Suppose we repented.

Vladimir: Repented what?

Estragon: Oh...(He reflects.) We wouldn't have to go into the details.

-Samuel Becket, *Waiting for Godot*

CAMINANTE NO HAY CAMINO

*Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;*

*Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.*

-Antonio Machado, *Proverbios y cantares*

Van tres años desde que empecé a caminar y no acabo de llegar. No es que me esté quejando, pero en verdad no estoy del todo convencido de que tomé la decisión correcta al aceptar este trabajo. Me dijeron que mi única responsabilidad era caminar sin parar. El salario es bueno, aunque no haya beneficios marginales. No anticipé que la tarea fuera imposible. Ahora, cada paso que tomo es una eternidad. Los segundos entre paso y paso se dilatan, y cada escalón promete tan solo otro escalón. Aún no he conocido quienes caminan al frente y detrás. La soledad es espantosa y la esperanza

¹ Catedrático, Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico. Este escrito, con algunas modificaciones, forma parte del libro ***Uróboros***, que se encuentra pendiente de publicación por el autor. Derechos Reservados©.

no tiene cabida en su monótona repetición. Quien quiera que haya concebido esta escalera imposible debe tener un lugar reservado en el noveno anillo del infierno. Admito con resignación que saldría corriendo de aquí si pudiera, pero no estoy muy seguro de que llegaría muy lejos. No veo el mar.

TRIBULACIONES DE UN BURÓCRATA

El problema con Eichmann fue precisamente que muchos fueron como él, y que los muchos no eran ni pervertidos ni sádicos, sino que eran y siguen siendo terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones legales y de nuestros estándares morales a la hora de emitir juicios, esta normalidad es mucho más aterradora que todas las atrocidades juntas.

*- Hannah Arendt, **Eichmann en Jerusalem***

El peligro de contagio ha llevado el Estado a decretar la suspensión de labores y ordenar la cuarentena, con sus excepciones por supuesto. Una ley sin excepciones, digo yo, es un defecto terrible de una imaginación civilizada. Muchos se han guardado en sus casas, algunos en obediencia a la autoridad, otros como medida profiláctica de salud. Algunos, por diversos motivos, se arriesgan y salen a la calle con sus mascarillas y guantes.

“No hay legalidad sin contradicción”, me comentaba hace años un profesor de Derecho. “Lo importante”, recuerdo que le replicaba, “es lijarla sin pena hasta que quede pareja”. Es cuestión de vocación jurídica.

Vengo a mi escritorio todos los días, como cuestión de disciplina. Cada mañana nuevo papeles de un lado a otro, hago apuntes inconsecuentes en alguno de ellos y miro a mi alrededor con calma, sin propósito. Salvo un conserje que otro, nadie viene a las oficinas. Los teléfonos no suenan. Hay cierta satisfacción profesional en saber que se hace el trabajo, aunque no importe.

No creo que estar sentado en mi escritorio represente riesgo a la salud. Sufro de cierta irritabilidad por el tedio que acompaña la cotidianeidad, pero esto no es nuevo y nada que un trago no remedie. La cuarentena envenena al tiempo y atrofia la voluntad. Estas interminables horas han afianzado al silencio y sospecho que

también han desvelado la inutilidad de las palabras. Cada día queda menos que decir, lo cual tengo admitir pone mi trabajo precario.

Temo que, pasada la pandemia, el retorno a la normalidad será el momento de mayor peligro: la continua simulación de nuestras vidas se hará intolerable.

ICONOCLASTA

“Por algún lado hay que comenzar”, se dijo a sí mismo, mientras tomaba el pincel en mano por enésima ocasión para tratar de dibujar la imagen de Dios. ¿Cómo representar a la eternidad?, se cuestionaba con cada trazo sobre el lienzo. Cualquier intento por dibujarlo estaba condenado de antemano a la desgracia, al maleficio del segundo mandamiento.

No era el primero que lo había intentado. Muchos otros ya lo habían hecho con resultados desiguales. Acaso quien mejor representó a Dios en su soberana majestuosidad fue Miguel Ángel en su fresco en la Capilla Sixtina. Su Dios barbudo, corpulento, con la sabiduría que confiere el saberlo todo, estirando su brazo para tocar a Adán con la punta de los dedos, era paradójicamente la encarnación de nuestra mortalidad. Ese Dios padece de cierta resaca lujuriosa que seduce y agota al ojo. Su celebración del cuerpo anticipa al Juicio Final.

Luego de varios intentos finalmente se dio por vencido. Concluyó que dibujar la imagen de Dios era someterlo a los designios de nuestra humanidad. Comprendió que cada línea, cada trazo, era una invitación al paganismo que late a flor de piel en los sentidos. No debe sorprender que la imaginación resiste la austeridad estética del monoteísmo.

Confiado de la certeza de su intuición, y convencido de la inutilidad de su obra, tomo un palo largo y comenzó a golpear con fuerza los cuadros que tenía desperdigados alrededor del estudio, para la mayor gloria de Dios.

ENSIMISMAMIENTO

Dormí mal anoche. Mi mente no dejaba de merodear. Entre el sueño y la pesadilla, las imágenes insistían y se deslizaban, incoherentes, por entre las ranuras de mis obsesiones.

“¡Alto!”, gritaba en silencio, mientras corría tras una sombra que me perseguía. Tropecé hasta sentir el cuerpo caer sobre sí mismo.

Me levanté a tomar un poco de agua para despejarme. De inmediato, comencé a olvidar lo que hace un momento era un asunto de vital importancia. Inútil reconciliar el sueño.

Con cada minuto de creciente claridad dejo atrás el recuerdo. La memoria queda herida por su pasado. No importa, habrán otras noches. Los monstruos han vuelto a su jaula, por ahora.

ARREPENTIMIENTO

*Son las caídas hondas de los Cristos del alma
de alguna fe adorable que el Destino blasfema.*

*Esos golpes sangrientos son las crepitaciones
de algún pan que en la puerta del horno se nos
quema.*

*-César Vallejo, **Los heraldos negros***

Cristo viene, advierte el letrero a la orilla del camino que dejo atrás a sesenta y cinco millas por hora rumbo a mi destino. A mayor velocidad, mayor la urgencia de los cristos del alma que se alejan en el espejo retrovisor. La distancia dilata el recuerdo, y la remembranza pasa revista en cámara lenta, con la lentitud de quien anticipa su desenlace. Sin remedio, la libertad quedó subvertida por el remordimiento. No hay por qué tener prisa cuando el final está a la vuelta de la esquina. Sospecho que no hay manera de llegar sin contemplar los fracasos de la jornada. No hay redención sin arrepentimiento.

Acelero.

COROLARIOS

La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, susurra el soberano. Dentro de la ley todo, fuera de la ley nada. De este pronunciamiento de fuerza se desprenden tres corolarios:

Primero: El cumplimiento con la ley tampoco exime la ignorancia.

Segundo: No hay ley sin ignorancia.

Tercero: A mayor ignorancia, mayor cumplimiento.

La ignorancia y la ley son dos momentos en un mismo movimiento. ¿No es acaso la ignorancia la mejor justificación para incumplir con la ley? “Pero entonces todos levantarían su ignorancia como defensa”, dice el inquisidor que reside en cada uno de nosotros. Pensamos el Derecho desde el Estado, por el Estado, para el Estado.

La mala fe se presume.

DISTANCIAMIENTO

Hay que guardar las distancias, aún a seis pies bajo tierra. Es un asunto de salud pública, la muerte también se contagia.

LUNA LLENA

En medio del apacible mundo de la enfermedad mental, el hombre moderno ya no se comunica con el loco: está, por una parte, el hombre cuerdo que delega al médico la locura, no autorizando así más relación que la que se da a través de la universalidad abstracta de la enfermedad; y está, por otra parte, el hombre loco que no se comunica con el otro a no ser por medio de una razón tan abstracta, que es orden, constricción física y moral, presión anónima del grupo, exigencia de conformidad. No hay lenguaje común; o más bien, ya no hay lenguaje común; la constitución de la locura como enfermedad mental, a finales del siglo XVIII, levanta acta de un diálogo roto, da la separación como ya adquirida, y hunde en el olvido todas esas palabras imperfectas, sin sintaxis fija, un poco balbucientes, en la que se hace el intercambio de la locura y de la razón. El lenguaje de la psiquiatría, que es un monólogo de la razón sobre la locura, sólo ha podido establecerse sobre un silencio como éste. Yo no he querido hacer la historia de ese lenguaje; sino más bien la arqueología de ese silencio.

*-Michel Foucault, **Historia de la Locura en la época clásica***

No era una noche de luna llena. En realidad no había forma de saber qué clase de noche era. En el cuarto oscuro sin ventanas no había forma de saber siquiera si era noche. Al menos el aire acondicionado mantenía la temperatura estable, con su leve sonido de abanico motorizado que todo lo disimula. El reloj del pasillo marcaba las doce, sin referencia a si era antes o pasado meridiano.

—¿Cuanto tiempo llevamos aquí?— preguntó en voz alta.

—Demasiado— le contestó sin ganas mientras se limpiaba las uñas con una astilla.

Se escuchan unos pasos que rítmicamente se acercan a la habitación. Cada doce horas pasaba el enfermero con su bandeja de medicamentos, la pastilla de cada

paciente separada en su propio vaso desechable. Cada doce horas las voces callaban ante el eventual estupor que le causaba el haloperidol. Ya era hora.

—¿Escuchaste? —le preguntó nuevamente.

—Sí, pero ya sabes que eso no significa nada— le replicó irritado.

—Ahí viene, escóndete y no digas nada- susurró con insistencia.

El enfermero puso la bandeja a un lado y marco el código secreto en el panel digital. La puerta se abrió automáticamente. La luz del pasillo iluminó brevemente la habitación y sus cuatro paredes de blanco institucional. Su banalidad tranquilizaba la inherente discordia del ojo.

—Hora de tomar tus medicamentos— dijo el enfermero. Con practicado profesionalismo, el enfermero procedió a entregarle la pastilla junto con un vaso de agua. Tomando la pastilla y el agua, procedió a ingerirla sin mayor comentario. Sin mediar palabra, el enfermero anotó en una hoja de cotejo el nombre del paciente, la hora, y la dosis del medicamento.

—Buenas noches- le dijo el enfermero al cerrar la puerta mientras la oscuridad volvía a arropar al cuarto. Se escucharon los pasos del enfermero alejarse en dirección de la habitación contigua.

—Cada vez que te tomas esa pastilla te quedas solo— le dijo.

—Calla, que es de noche y nos descubren sin luna llena— se dijo.

Retrato de un colonizado

La verdad de la conciencia independiente es, por tanto, la conciencia servil. Es cierto que ésta comienza apareciendo fuera de sí, y no como la verdad de la autoconciencia. Pero, así como el señorío revelaba que su esencia es lo inverso de aquello que quiere ser, así también la servidumbre devendrá también, sin duda, al realizarse plenamente lo contrario de lo que de un modo inmediato es; retornará a sí como conciencia repelida sobre sí misma y se convertirá en verdadera independencia. -

G.F.W. Hegel, La Fenomenología del Espíritu §193

El diagnóstico es absoluto, incuestionable: La imaginación está inevitablemente contaminada por el colonialismo. Debe haber algo de cierto en ese pronunciamiento porque no estoy muy seguro de que eso significa. La incomprensión, como la hueca tos de la tuberculosis, es prueba fehaciente de sus efectos adversos.

Al verme en el espejo cada mañana me doy cuenta que quien mira no es quien se ve. Los doctores señalan que esa fractura en la personalidad, ese desdoblamiento,

es un síntoma clásico de la condición. Las dos partes de una persona no suman un todo.

El problema es psico-político insisten, y la cura relativamente sencilla: hay que evitar los espejos, tomarse un té de tilo una vez al día para calmar los nervios y marchar con convicción en dirección de la historia.

Llevo varias semanas cumpliendo con el tratamiento, sin éxito. No he logrado evitar a los espejos. De vez en cuando me topo con mi reflexión en las vitrinas del comercio. La vanidad me persigue y mis pensamientos divagan con facilidad. No he podido escribir nada en cuarenta días.

De seis a siete cada mañana, camino con simulado propósito, dándole vueltas a las calles de la ciudad. Al final del día regreso a mi apartamento, a la soledad cuadrículada. Mi condición se agrava, el pasado me agobia. El té me ayuda a dormir.

Sospecho que la historia no me absolverá.

PALABRAS DE PAPEL

*Mi posición es ésta:
El poeta no cumple su palabra
Si no cambia los nombres de las cosas.*

-Nicanor Parra

Hay palabras que el papel no aguanta, que de ponerse desgarran a los márgenes y espantan al sueño más profundo, que corren de un extremo a otro sin provocación o propósito, hasta caer agotados por el silencio. Algunas ya olvidaron los bordes de los cuerpos ondulados, de los bárbaros que tartamudean a altas horas de la noche entre las inéditas memorias del llanto. Otras la vida ya no entiende y se comen las entrañas de adentro hacia afuera, como dios manda. Son palabras que lloran bajo el campanario, como magdalenas de domingo, que insisten de más abajo, entre las letras de otras que ya no hablan.

EL MARTILLO DE LOS BRUJOS

He aquí tres errores heréticos que se deben enfrentar, y cuando se hayan refutado se verá la verdad con sencillez. Porque ciertos autores que pretenden basar su opinión en las palabras de Santo Tomás (IV, 24), cuando trata de los impedimentos causados por los encantamientos mágicos, intentaron afirmar que no existe la magia, y que ella sólo está en la imaginación de los hombres que atribuyen

*efectos naturales, cuyas causas no son conocidas, a la
brujería y los hechizos.
Hay otros que reconocen, por cierto, que los brujos existen,
pero declaran que la influencia de la magia y los efectos de
los sortilegios son puramente imaginarios y fantásticos. Un
tercer tipo de escritores sostiene que los efectos que según
se dice causan los hechizos mágicos son por completo
ilusorios y fantasiosos, aunque bien pudiera ser que el
diablo asista a algunos brujos.*

*-Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger, **Malleus
Maleficarum** (1487)*

Es de esperar que, en tiempos de pandemia, resurja la práctica de la brujería. Solo las encantaciones, dicen los incautos, son capaces de enfrentar la incertidumbre que azota el mundo. Algunos dicen que la pandemia es un castigo de Dios. Otros insisten que es un aviso del fin de los tiempos. Hasta el más devoto científico ha tenido que refugiarse en el silencio místico de la racionalidad. En cualquier caso, es razonable que se le atribuya este resurgimiento a fuerzas demoniacas. Queda por ver a cuál de los demonios se habrá de responsabilizar.

Han llegado reportes de avistamientos de brujos (y brujas) congregándose en plazas públicas, dándose las espaldas en círculos imperfectos, cantando sus alabanzas ininteligibles con voces desafinadas. También se han reportado a personas cabalgando sobre animales cornudos en dirección de la luna llena. Una ciudadana de Moca inclusive llegó a reportar que había visto al anticristo, con cara de vampiro, volando por entre el bosque que colinda con su casa. Ayer mismo, unos vecinos de Santa Isabel se presentaron en el cuartel de la Policía para querellarse contra otros vecinos que se reunían a altas horas de la noche en una de las casas de un conocido republicano para practicar lo que seguramente eran ritos satánicos. Todas estas incidencias reflejan la honda sospecha de la ciudadanía de que quizás la última no la pague el diablo, sino nosotros.

Frente a este alarmante brote brujo, y con miras a proteger y garantizar la seguridad del pueblo, es necesario que las autoridades tomen cartas en el asunto e inicien las investigaciones de rigor. Consecuente con lo anterior y conforme los poderes inherentes al cargo que ostento, se dicta la siguiente orden con efecto retroactivo:

1. Se crea la Oficina de Investigadores de Brujería y Maleficios (OIBM) con personalidad jurídica propia e independiente.
2. Se autoriza el nombramiento de doce investigadores, todos letrados de intachable reputación y versados en las artes ocultas, quienes tendrán poderes plenipotenciarios para encausar sus investigaciones.

3. Los investigadores se presumirán infalibles en todo asunto referente a la brujería y maleficios.

4. Todo aquel que ponga en tela de juicio alguna investigación será considerado brujo y/o hereje.

5. Cualquier declaración o comentario que tienda a crear confusión o pánico en la ciudadanía se entenderá como un conjuro y su exponente brujo irredento.

6. La determinación de brujería por el investigador será prueba suficiente de culpabilidad, independientemente de la prueba ofrecida, admitida o no.

7. Los investigadores tendrán absoluta discreción al imponer la sanción que estimen justa.

8. Toda determinación de brujería por un investigador será revisable ante otro investigador, quien al también ser infalible confirmará sin prevaricaciones la determinación apelada.

Decrétese y Publíquese.

En San Juan Puerto Rico a 28 de agosto de 2020.

PARÁBOLA DEL ALLÁ

Muchos se quejan que las palabras de los sabios siempre han sido y serán no más que parábolas, inútiles en la vida diaria, que es la única que tenemos.

Cuando el sabio dice: “Vaya hacia allá”, no quiere decir que uno deba ir hacia allá, cosa que muy bien pudiéramos hacer si valiera la pena; lo que indica es un lugar fabuloso, allá, es conocido para nosotros, algo que él tampoco puede designar con precisión y que por lo tanto de nada nos sirve aquí. Todas estas parábolas tan solo tratan de decir que lo incomprendible es incomprendible, cosa que ya sabemos. Pero las preocupaciones con las cuales luchamos cada día: eso es algo una cosa distinta.

Sobre esto un hombre dijo: ¿Por qué tanto reparo? Si tan solo le hicieran caso a las parábolas uno mismo se convertiría en parábola y quedarían libres de sus preocupaciones.

Otro dijo: Apuesto a que esto también es una parábola.

Contestó el primero: Ganaste.

El segundo replicó: Lamentablemente solo en la parábola.

Dijo el primero: No, en la realidad. En la parábola perdiste.

-Franz Kafka, Sobre las parábolas

Y cuando regresó el hombre, polvoriento y sudoroso—como profeta desempleado—se le acercaron unos vecinos a preguntarle si en realidad había llegado allá. Luego de tomar un sorbo de agua el hombre les contestó que no estaba seguro. Había caminado por mucho tiempo y había recorrido muchas tierras. Había visto mucho de la perfidia y del amor de la humanidad. En todos los sitios le decían lo mismo, a veces con optimismo y a veces con rencor, que allá estaba un poco más adelante. Y cada vez que intentaba llegar terminaba por en un mismo lugar. Luego de tantos años de caminar había llegado a la conclusión de que no era posible llegar allá, y que ya era tiempo de regresar.

Uno de los vecinos le preguntó incrédulo, "Entonces, ¿nunca llegaste?"

—“Estoy aquí, ¿no?””, replicó el hombre.

—“Aquí no,” le aclaró otro, “allá”, mientras apuntaba con dogmática convicción al horizonte.

—“No hay allá”, acotó el hombre, cansado del interrogatorio.

Entonces los vecinos, celosos, le cayeron a pedradas hasta matarlo.

Nota del Editor. Una anotación al margen del texto original comenta un tanto enigmáticamente: “Toda prohibición cuesta al menos una vida”.

EXILIOS

Un recuerdo evocado demasiado a menudo y expresado en forma de historia tiende a convertirse en un estereotipo... cristalizado, perfeccionado, adornado, instalándose en sí mismo en lugar de la memoria pura y dura, y creciendo a sus expensas.

*-Primo Levi, **Los hundidos y los salvados***

Hay que llamar a las cosas por lo que no son: de hoy en adelante la mesa no será mesa y las sillas tampoco sentarán a las angustias. El amor no será medido por su tamaño. La poesía no será una elegía a la barbarie, ni la memoria se desvanecerá en su propio recuerdo. La lista es infinita y cuanto antes se empiece cuanto después se habrá de regresar de los exilios de las palabras para rescatar sus historias del dogmatismo de lo mismo.

REWIND

You will be required to do wrong no matter where you go. It is the basic condition of life, to be required to violate your own identity.

*-Philip K. Dick, **Do Androids Dream of Electric Sheep***

Lo importante no es cómo termina este relato. En fin, ya todos lo conocemos: luego de mil vicisitudes y giros dramáticos el amor y la justicia prevalecen...y vivieron felices para siempre, como en una novela turca cuyo desenlace se anticipa en la música de fondo de la zurna. Los personajes de la novela se repiten sin modestia en cada uno de sus episodios, sus angustias y desenfrenos rebobinándose infinitamente, redimidos cada uno a su manera en el archivo de la memoria digital.

Hay, sin embargo, otra terminación que viene después del fin de la historia, a título de ingrato epílogo: el amor envejece, el malvado se sale con la suya y la justicia calla por decoro. Estos últimos capítulos inéditos nunca se produjeron. Nadie los ha visto. Existen únicamente en la imaginación de todo aquel que sueña en entrar por el ojo de una aguja.

TAUTOLOGÍAS SACRAMENTALES

They lived and laughed and loved and left.

*-James Joyce, **Finnegan's Wake***

—“Una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa”, le alecciona un muerto a otro con dogmática convicción de camino al cementerio.

—“Desde aquí parecen iguales”, le replica el otro mientras se acercan a las fosas. “¿Sabes cuál te toca?”, le pregunta.

—“Si quieres intercambiamos para que veas que son distintas”, le dice el primero, exasperado.

—“Supongo que es cuestión de perspectiva, dependerá del cajón en que se mire”, comenta el segundo al aire mientras los dolientes acomodan el féretro.

—“Ya verás, en tres días salimos de aquí”, le asegura el primero con el nudo de su corbata de color verde esperanza perfectamente ajustado.

—“Te dejo saber”, contesta el segundo lacónicamente.

REMEMBRANZAS

La memoria me falla. Las imágenes que cruzan por el firmamento de mi imaginación terminan por desbordarse. No alcanzo ubicarlas, cada una de ellas deshilándose, una tras otra hasta quedar sumidas en la soledad que todo lo olvida.

Sueño con minotauros incompletos, mitad bestia, mitad añoranza. Puedo tocar mis ideas con los dedos de los pies.

Regreso a la difusa infancia a la menor provocación. Mis inicios custodian a la esperanza, al perdón.

Recuerdo, quizás, el aroma del ajo y la cebolla friéndose en aceite de oliva, los ajíes, el recaó y el cilantro. El olfato es el sentido más cercano al pasado. Las palabras resultan insuficientes, otra vez.

Recuerdo mi muerte.

POSTUMARIO

*Sobre las cosas que no se conocen
siempre se tiene mejor opinión.*

-G.W. Leibniz

En algún momento creí que éste era el mejor de todos los mundos posibles. Esta creencia ha resultado ser un espejismo, uno de esos que de tiempo en tiempo aparecen en los cúmulos del polvo del Sahara y abruman la esperanza.

Resulta que hay otros mundos donde todo es imposible, desde levantarse de la cama hasta amarrarse los cabetes. Hay una infinidad de imposibilidades que configuran estos mundos, los cuales compartimos sin darnos cuenta.

Ayer morí, por ejemplo, y ahora no sé qué hacer con mi tiempo. Se pensaría que estando muerto me sobraría el tiempo. En este mundo imposible, sin embargo, aún los muertos no estamos a salvo. En la nada, el tiempo se filtra inexorablemente por entre sus ranuras. Si algo comprueba la muerte es que aún en la negación absoluta no hay manera de evitarse. Siempre hay algo que hacer, algún mónada que contemplar, algún remordimiento aplazado que mascar. Aunque parezca paradójico, aquí los muertos están sujetos a morir múltiples veces, a modo de una reencarnación a la inversa.

Lo genuinamente escandaloso de estos mundos imposibles es que se requiera nuestra presencia en ellos. No estoy del todo convencido si la bondad de Dios nos compele a estar en ellos. Muerto, admito mi agnosticismo. No tengo manera de comprobar de una forma u otra si en efecto hay algún diseño metafísico subyacente. Mi inexistencia está enmarcada por la ignorancia.

ESTADO DE EMERGENCIA

Correctly understood, the phrase “tyranny of values” may supply the key to the understanding that all thinking about values only foments and intensifies the old and endless struggle between convictions and interests. Not much is gained by what the modern philosophy of values acknowledges as the “fundamental relationship,” according to which, occasionally the lower value may be preferred to the higher value, because that is the prerequisite of the higher value. All that points only to the confusion that affects the whole argumentation about values, which continually gives rise to new relations and points of view, thereby the position is always maintained from which the opponent is reproached that he does not heed the manifest values; or, in other words, he is disqualified as value-blind. The polemical utilization of the word “blind” is adequate to the logic of values as long as it is concerned with the systems of reference that it will build up out of viewpoints, standpoints, and vantage-points.

*-Carl Schmitt, **The Tyranny of Values***

La coyuntura histórica requería la declaración de un estado de emergencia. El momento, como cualquier otro, estaba lleno de sufrimiento y confusión. La angustia y el dolor reinaban entre la ciudadanía. Solo la acción concertada y decidida del Estado podía enfrentar al desasosiego.

Habidas tantas emergencias en tiempos recientes –huracanes, terremotos, pandemias– los funcionarios a cargo se reunieron en uno de esos salones de palacio, de mesas de caoba larga y espejos ovalados, para discutir las posibles vías de acción. No tardaron en confeccionar una lista de catorce puntos –como los del Presidente Wilson en Versalles– cada uno con dos o tres incisos adicionales, precisando los pormenores de cada paso a tomar. A cada inciso, por supuesto, le correspondería una columna de cotejo que indicaría con certeza burocrática las iniciativas de cada una de sus acciones y cómo se iban a medir. Cada punto también tendría su anejo, esbozando en triplicado su plan de implementación, identificando la lista de los recursos y presupuesto por asignarse.

Si algo había demostrado el pasado es que no puede haber una emergencia sin plan, y no puede haber plan sin avalúo. Los llamados a implementar los planes y a otorgar los contratos pertinentes estaban convencidos de la pureza de sus intenciones y de la racionalidad de sus intereses.

El primer punto en la lista era proponer una ley que atendiera la emergencia. No bastaba con órdenes ejecutivas. La experiencia reciente había demostrado la desigual atención que la ciudadanía les prestaba. No hay peor norma que aquella que nadie le hace caso, la cual termina por erosionar a las otras. Era necesario legislar de manera absoluta, omnímoda. No hay crisis que pueda aguantar el decidido empuje de la legalidad, se decían a sí mismos los funcionarios con evidente convicción justiciera.

Con miras a resolver la situación, y con el ojo previsor puesto en futuras situaciones, se acordó proponer como primera medida una ley que expresamente prohibiera las emergencias de cualquier clase, independientemente de su origen o cómo afectara a las personas por su nacionalidad, sexo o género. Solo la ley podía conjurar una emergencia. Se permitirían únicamente aquellas que fueren formalmente declaradas de conformidad con el protocolo debidamente aprobado. Se exhortó a que el lenguaje a utilizarse fuera inclusivo.

El texto del borrador de la ley disponía, en lo pertinente, que cualquier persona, natural o jurídica, que declarara públicamente la existencia de una emergencia sin tener la facultad para ello, cometería un delito menos grave, el cual aparejería la imposición de una multa de \$5,000.00 o seis meses de cárcel, o ambas penas, a discreción del tribunal. Se recomendó incluir esta ley como un artículo adicional en la Ley de Seguridad Pública.

Evidentemente, la propuesta ley tenía como propósito prohibir – o al menos contener - *por fiat* normativo las emergencias que habían probado ser de difícil manejo y control. Habiéndose prohibido las emergencias sin autorización gubernamental, se esperaba que la paz y seguridad social quedarían salvaguardadas. La inversión de la causalidad era sin duda uno de los logros menos apreciados del estado de derecho moderno.

En la exposición de motivos que prologaría el texto del proyecto de ley se propuso incluir lenguaje que dijera con soberana claridad que la determinación de la existencia de una emergencia era un asunto del más alto interés público y que las declaraciones o expresiones que pudieran hacer personas particulares podían causar pánico y confusión entre la ciudadanía, agravando la situación. Dado el alto interés público del Estado en enfrentar a las emergencias, no debía haber duda de que en el balance de intereses los derechos libertarios de los individuos tenían que ceder ante la seguridad pública. Nada como dos o tres frases sacramentales para contextualizar los problemas en su justa perspectiva.

Los otros trece puntos de la lista quedaron en el tintero.

¿VISIBLEMENTE NEGROS?: ANÁLISIS DESDE LA NEGATIVA A IDENTIFICARNOS COMO NEGROS Y COMO UN MEDIO DE OPRESIÓN SOCIAL

POR: ASHLEY M. GONZÁLEZ GUILBE¹

*“Quienes no se mueven
no notan sus cadenas.”*

–Rosa Luxemburgo

RESUMEN

Blanco o negro no nos definen ya, somos algo más. Este escrito explorará el cómo se visualiza ser negro desde la normativa y como medio de opresión social. De igual manera, se esgrimirá el cómo la población se identifica racialmente y posibles razones por las cuales podemos identificarnos con cualquier raza, menos con la negra.

Palabras claves: *identidad, raza, etnia, racialismo, racialización, discrimen, color, estereotipos, censo*

ABSTRACT

White or black no longer define us; we are something else. This writing will explore how being black is viewed from the norm and as a means of social oppression. In the same way it will be wielded how the population identifies racially and possible reasons why we can identify with any race, except with the black one.

Keywords: *identity, race, ethnicity, racialism, racialization, discrimination, color, stereotypes, census*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. IDENTIDAD RACIAL; II. A. *MÁTICES EN EL COLOR PARA DEFINIR CONCEPTOS*; II. B. *OSCURRIENDO LA CLASE: LAS RELACIONES SOCIALES Y LOS ESTEREOTIPOS*. III. CENSO; III. A. *CATEGORÍAS DE RAZA*; III. A. I. *PUERTO RICO*; ; III. A. II. *ESTADOS UNIDOS*. IV. CONCLUSIÓN: *PASANDO POR ALTA LA RAZA*.

¹ Estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Editora de la Revista Jurídica de Estudios Críticos del Derecho (CLAVE). Posee un Bachillerato en Justicia Criminal con una concentración menor en Ley y Sociedad de la Universidad de Puerto Rico en Carolina.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia podemos notar que, cuando se habla de identidad racial o etnicidad, siempre hay como un espacio en blanco que se llena a voluntad de la persona. No hay guías o estándares específicos que sean de conocimiento general cuando se habla de identidad racial y, menos aún, en culturas tan expuestas al predominio de otras. Para poder considerar los ideales que dan pie a la edificación del precepto de identidad racial es de suma importancia adentrarse en la identidad nacional puertorriqueña y cultural, ya que estos factores inciden profundamente en las diferentes aristas del pensamiento, percepción y análisis de los entes raciales.

El fin de este escrito es navegar las aguas desconocidas en el universo multicultural del Puerto Rico actual. A su vez, estudiaremos la etnia en conjunto con las estratas sociales como variables teóricas aisladas unas de las otras, las cuales son utilizadas como medio de opresión social. Cuando el objetivo recae en trastocar las masas para un fin más correcto, equilibrado y honesto, se crea una obligación de fijar la mirada en cómo poder captar y dilucidar las encrucijadas entre dichas brechas. Ante ello, es imperativo reconocer y comprender las prácticas sociales que perpetran los prejuicios, la exclusión y el racismo latente en nuestra sociedad; y de cómo dichas prácticas se transforman, se recomponen y varían históricamente.

El racialismo no es una ola nueva en nuestra sociedad; ha estado presente durante siglos, pero este continúa perpetrado por medio del aprendizaje en las esferas informales de las comunidades. Es obligación de todos acondicionarnos con los valores y racionamientos que converjan para que el reconocimiento de la pigmentación de la piel no determine qué esperarse de una persona. Hay que comenzar a dar envergadura a los derechos propios, a reconocer nuestra descendencia- la cual no es exclusivamente blanca o pura. Aún cuando se goza de garantías constitucionales y de legislación contra el discrimen racial, la racialización sigue incidiendo y afectando la visión y hasta oportunidades en la educación, empleos, ascensos, asignación de tareas y en la participación de los invisibilizados en el sistema político del país.

Ante todo esto, el texto se centrará en: 1) el racismo como una creación social por medio de los estereotipos; 2) los estereotipos; 3) identidad racial y étnica; 4) el reflejo de la identidad racial por medio del censo; y 5) la resistencia al cambio en la invisibilización. Se realizará un análisis que encausará los discernimientos teóricos interdisciplinarios para desvestir los mecanismos de complejidad en la identidad racial, así como también las consecuencias que produce y se materializan por medio de las desigualdades económicas, políticas y sociales.

II. IDENTIDAD RACIAL

a. *MATICES EN EL COLOR PARA DEFINIR CONCEPTOS*

Para comenzar a conectar con el tema, es necesario definir algunos conceptos que con el transcurso cobrarán vida por medio de este discurso. Según el diccionario de la Real Academia Española, identidad se define como: “Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” o “[c]onciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás”.² No obstante, raza lo define como: “Cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia” o “[c]alidad de algunas cosas, en relación con ciertas características que las definen”.³ El concepto racial entra como raíz o derivado del concepto raza, siendo definido por la Real Academia Española como: “Pertenciente o relativo a la raza”.⁴ Por último, pero no menos importante, el concepto etnia, el cual la Real Academia Española lo fija como: “Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, tales como el idioma, religión, vestimenta, nexos históricos, tipo de alimentación, territorios y que tiene todas las características juntas, individuales o en más de dos en común”.⁵

Por otra parte, el concepto de racialismo o racialización, el cual es un concepto atípico, pero muy a tono con la temática a discutir. La racialización la definen como:

[U]n proceso pernicioso al que se subyuga a otros individuos como parte de una red de relaciones de poder. El proceso de racialización se refiere a un proceso representacional, de definición del otro, normalmente, pero no exclusivamente, somático (Miles y Brown 2003: 75); y *el racismo constituiría una forma específica de racialización, desde el racismo se entiende que existe una clasificación jerárquica de razas que legitima la explotación de unos grupos sobre otros* (Torres 1999: 15).⁶

² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Identidad, <https://dle.rae.es/identidad?m=form> (última visita 15 de abril de 2020).

³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Raza, <https://dle.rae.es/raza?m=form> (última visita 15 de abril de 2020).

⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Racial, <https://dle.rae.es/racial?m=form> (última visita 28 de abril de 2021).

⁵ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Etnia, <https://dle.rae.es/etnia?m=form> (última visita 28 de abril de 2021).

⁶ Ana Bravo Moreno, *Educando y aprendiendo desde los procesos de racialización*, GAZETA ANTROPOLÓGICA (2014), <http://www.gazeta-antropologia.es/?p=4677> (última visita 28 de abril de 2021) (*citando* a RODOLFO D. TORRES, LOUIS F. MIRÓN Y JONATHAN XAVIER INDA, RACE, IDENTITY AND CITIZENSHIP) (énfasis suplido).

Análogamente, el concepto de racialismo iría con el de víctima, victimario y discriminación. Una víctima es aquella “[p]ersona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita” o “[p]ersona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”.⁷ Mientras, un victimario es el perpetrador del acto delictivo contra la víctima.⁸ ¿Qué tienen que ver estos conceptos entre sí? Todos, para su existencia, penden de la creación de un discurso que puede ser a favor o en contra de cierto grupo. Si el discurso se produjera a favor de cualquier grupo serviría para identificarlos unos de los otros de manera correcta pero, cuando el discurso se torna negativo, los preceptos anteriores se utilizan con el fin de disminuir a un grupo o invisibilizarlo por medio de esas características que los distinguen, convirtiéndolos por medio de la disertación en grupos discriminados.

Estos conceptos previamente definidos levantan bandera, porque para su existencia es necesario la creación o presencia de un grupo que tradicionalmente se identifica o agrupa por características biológicas como lo es la raza y la etnia. La historia se ha encargado de darle voz a cada uno de estos conceptos por medio de muchísimas actuaciones que han sido hitos históricos, relacionados a la raza y etnias de las personas, tales como la llegada de los españoles a cualquier territorio, el genocidio de Herero y Namaqua⁹ y el Holocausto. Estos eventos son reconocidos a nivel mundial por atacar la raza o etnia de un grupo particular con el fin de erradicarlos o poder sublevarlos. Estos intentos por medio de discursos, que se aferran a racializar una población, son parte del pan de cada día en la actualidad. Se podría demarcar que, el inicio a vientos de cambio que permitieron rebasar de una manera notable las barreras de discriminación fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹⁰

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, Declaración) precisó el origen de los derechos a constituirse por medio de un catálogo, al reanuar los derechos más clásicos y esenciales que algunos países antes de acogerse a ella no garantizaban tales como: el derecho a la vida, la libertad, prohibición a la trata de esclavos, la igual protección de las leyes, entre muchos otros. Además, incorporó el

⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Víctima, <https://dle.rae.es/victima?m=form> (última visita 28 de abril de 2021).

⁸ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Victimario, <https://dle.rae.es/victimario?m=form> (última visita 28 de abril de 2021).

⁹ Miguel González Gómez, *El genocidio Herero y Namaqua de África del Sudoeste*, GUERRERA COLONIA REVISTA DIGITAL (2009), <http://www.guerracolonia.es/medias/files/5.3.-el-genocidio-herero-y-namaqua-de-africa-del-sudoeste-1.pdf> (última visita, 15 de abril de 2020) (Tras la llegada de los colonizadores, estos pueblos indígenas optaron por rebelarse, pero la represalia fue brutal. Ambos pueblos fueron expulsados y perseguidos hacia el desierto, donde más de un 50% de sus habitantes murió de sed, hambruna o envenenados).

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, NACIONES UNIDAS (2015), https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf (última visita 15 de abril de 2020).

derecho a afiliarse a un partido político, la prohibición de registros o allanamientos irrazonables, la libre selección del trabajo, la sindicalización, la prohibición de las detenciones arbitrarias y la igual remuneración por trabajo.¹¹

De igual manera, la Declaración hace referencia a la raza, el color (aludiendo al color de la piel), sexo, idioma, religión u otra condición. Esta, fue vanguardista y proactiva al estimular la igualdad, pero aún con ello en mente, en la actualidad, todavía no pueden superar la condición humana segmentada. Dicha Declaración es opcional para las naciones que deseen acogerse a ella. Es decir, sólo obliga de manera superficial a quienes se afilien a ella. Es una iniciativa excelente, pero con un poder imaginario coercitivo para las naciones que son parte de la misma. Como ejemplo, Estados Unidos es parte de este tratado, pero su constitución no garantiza la vida de las personas.¹²

Por otra parte, al observarse la Carta de Derechos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico¹³, se puede apreciar que la Carta de Derechos Humanos sirvió como inspiración y modelo para la Constitución de Puerto Rico.¹⁴ Bajo nuestro ordenamiento jurídico, en el caso de *Muriel v. Suazo*,¹⁵ se puede apreciar la importancia de las palabras como tal, porque Muriel era considerado negro para los efectos del caso; su raza era negra. Pero, ¿si Muriel no se hubiese sentido o identificado como negro? ¿Si Muriel a pesar de ser una persona de color, tuviese facciones o se identificara biológicamente con un grupo de personas blancas?, ¿Muriel sería blanco o negro? Si la raza se define por características biológicas, el tono de piel no es lo único que puede determinar de qué etnia se proviene, pero esta conversación específicamente se tendrá un poco más adelante en el escrito.

Para sustentar la importancia de que los conceptos pueden estar adheridos a visiones erradas, se traerá la visión del filósofo Michael Foucault. Las obras del filósofo Michael Foucault¹⁶ son rentables para provocar la introspección del discurso por medio del poder, las palabras y el saber. Si pensamos en el nexo entre el poder y saber, nos encontramos con un sujeto necesariamente. Imaginemos que fuéramos pensadores de la época de Aristóteles. Se podría afirmar que nuestras conversaciones correspondieron en algún momento a las que fueron posibles en ese periodo. En tanto, las prácticas del lenguaje y los mensajes emitidos están manchados por

¹¹ *Id.*

¹² CONST. EE.UU. enm. V.

¹³ CONST. PR art. II, § 1.

¹⁴ 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*, 44 REV. JUR. UIPR. 39, 40 (2010).

¹⁵ 72 DPR 370 (1951).

¹⁶ Michael Foucault, *La Arqueología del Saber*, MONOSKOP 50 (2002), https://monoskop.org/images/b/b2/Foucault_Michel_La_arqueologia_del_saber.pdf (última visita 28 de abril de 2021) (Traducido por Aurelio Garzón del Camino).

nuestras relaciones de poder, las mismas que determinan la forma de percibir el entorno –visión foucauldiana-. Somos el fruto de nuestro tiempo, y esa condición es inevitable. No obstante, lo anterior no significa que no haya un sujeto independiente en el pensamiento de Foucault. Lo hay, pero se tiene que brindar los estímulos correctos para su existencia marcada.

De aquí, la razón por la cual Foucault trae en su escrito de *La Arqueología del Saber*, la incorporación de la perspectiva hermenéutica¹⁷ al análisis del discurso. Según Foucault, la hermenéutica se presenta por medio de identificar y postular objetividades en los escritos que conllevan a una reproducción del discurso a emular. A pesar de ello, los distanciamientos o espacios en la hermenéutica se superan por medio de la interpretación, donde es el propio analista el centro de su propia producción discursiva la cual podría hacer más productivo los resultados de sus pensamientos.¹⁸ No es reproducir el discurso por reproducirlo, sino preguntarse la razón por la cual se opta por seguir emulando el discurso. Que la propia reflexión sea la que gobierne el pensar y que, por medio de ella, juntamente con el análisis hermenéutico, se cree el mensaje correcto a transmitir.

En efecto, no hay oposición entre la hermenéutica y una aproximación foucauldiana del análisis del discurso, ya que justamente de lo que se trata es de transformar nuestros discursos por medio de los mismos discursos; ya sea con establecer las genealogías del discurso -que no dejan de estar presentes en nuestras vidas. Es aquí, donde deriva el cometido de las ciencias sociales o sociológicas y de cada analista que pretenda por medio de sus discursos percibir la efectividad social sobre el ámbito del poder. Como consecuencia, los análisis tienen que basarse y esculpirse con el fin de hacer del lenguaje una impresión científica, sin negar su dimensión política, biológica y cultural vigente al momento.

b. OSCURECIENDO LA CLASE: LAS RELACIONES SOCIALES Y LOS ESTEREOTIPOS

Ahmed Reid expresó en una asamblea general de la ONU en New York en 2009 que: “La capacidad de las personas para disfrutar de derechos humanos fundamentales se está reduciendo drásticamente por prejuicios raciales en la toma de decisiones que se basan en creencias falsas’...”.¹⁹ Algunas personas razonarían

¹⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Hermenéutico, <https://dle.rae.es/hermenéutico> (última visita 28 de abril de 2021). (Teoría de la interpretación o interpretación de los textos).

¹⁸ Michael Foucault, *La Arqueología del Saber*, MONOSKOP 50 (2002) https://monoskop.org/images/b/b2/Foucault_Michel_La_arqueologia_del_saber.pdf (última visita 15 de abril de 2020). (Traducido por Aurelio Garzón del Camino).

¹⁹ *EXPERTOS DE ONU: Los estereotipos raciales negativos violan los derechos humanos de las personas de afrodescendientes* OFICINA DEL ALTO COMISIONADO NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS (30 de octubre de 2019), <http://www.oacnudh.org/expertos-de-onu->

que los estereotipos²⁰ como regla o ley general son perniciosos mientras otros, que los estereotipos ayudan a mantener un balance. Se presume en ocasiones que es necesario que no todos seamos iguales, que existan los de arriba, los de abajo y los del medio. Que eso es lo que hace que el mundo siga fluyendo, cuando en realidad los estereotipos con vertientes discriminatorias son un reto a la equidad cultural.

Los estereotipos asignan características comunes a los miembros del grupo y los ayuda a distinguirlos de otras congregaciones. Cuando se ejerce el análisis para distinguir a unos de los otros, es inevitable el no contrastarlos. Como un ejemplo trillado pero real, el color de piel. Para algunos o eres negro o eres blanco, si estás entre medio de estas tonalidades aún así se es negro, pero para algunos grupos de personas negras los intermedios tampoco caen como negros. La relación entre los conceptos discriminación, estereotipo y perjuicio es muy angosta. Dirigiéndonos a este punto, Miller estima que la creación de los estereotipos está vinculada de manera permanente al organismo social, de manera que hay un sin número de fundamentos preminentes imbricados, tanto por quien emite el discurso como del que es receptor del estereotipo.²¹ Siguiendo ésta línea, se cree que los estereotipos emergen por los medios sociales y se cultivan a través de procesos inmutables de socialización y aculturación.²² Son, en definitiva, más que expresiones de cultura e historia y, como tales advienen a la luz y se sostienen por la necesidad que tiene tal contexto de mantener y preservar unos principios sociales de supremacía para su latencia.

La validación de los estereotipos y/o estigmas no solo se hace evidente cuando afecta a uno de manera directa. Sus consecuencias también se pueden palpar por medio de qué se les exige a esos grupos particulares comportarse de forma tal que los otros puedan minimizarlo para alterar la manera en que las relaciones sociales se

los-estereotipos- raciales-negativos-violan-los-derechos-humanos-de-las-personas-de-afrodescendientes/ (última visita 28 de abril de 2020) (Preside el Grupo de Trabajo de Expertos sobre Personas Afrodescendientes).

²⁰ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Estereotipo, <https://dle.rae.es/estereotipo> (última visita 15 de abril de 2020). (Es un concepto controversial, ya que tiende a estar vinculado con el discrimen. La Real Academia Española define estereotipo como: “Imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable”).

²¹ Arthur G. Miller, *Historical and Contemporary Perspectives on Stereotyping*, (1982). Obtenido de DAVID SHNEIDER, THE PSYCHOLOGY OF STEREOTYPING, 64 https://books.google.com.pr/books?id=mHTLBB1xhcEC&pg=PA646&lpg=PA646&dq=Miller+Historical+and+Contemporary+Perspectives+on+Stereotyping&source=bl&ots=ix2wnOz-An&sig=ACfU3U0_NpHSfQQDTUYY3R5uDPRrKgFucw&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwi0htnujfroAhWKct8KHS5BAoQ6AEwBXoECAsQAQ#v=onepage&q=stereotyping&f=false (última visita 28 de abril de 2021) (traducción suplida).

²² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Aculturación, <https://dle.rae.es/aculturacion?m=form> (última visita 28 de abril de 2021). (Acción y efecto de aculturación o aculturarse. Aculturación es: Incorporar a un individuo o a un grupo humano elementos culturales de otro grupo).

definen y adquieren vigencia entre ellos. Romper con los estigmas predominantes es un proceso sumamente complejo, que requiere estrategias que permitan la promoción de una modificación en la sustancia del estereotipo por medio del análisis del discurso.

Además, se requiere que se visualice la manera en que ser negro o un grupo invisibilizado dentro de un grupo social se es percibido socialmente como lo último en la cadena. Estos manierismos implican validar que los estereotipos promulgados no son hechos naturales, es decir, que no se adquieren automáticamente con la persona. Para ello, es vital el poder desvincular las características específicas sobre ciertos grupos, como lo sería el tono de piel. Hay que iniciar a configurar estrategias que se despliegan en la vida cotidiana para hacerle frente a la creación de los estereotipos minados de racismo sujetos a un color de piel.

Cuando deslegitimamos a una población comienzan las desventajas para estos, convirtiéndose esa situación en una tiranía, en la imposición de un poder que moldea lo propio. El racismo se manifiesta por medio de los estereotipos, aunque eso se transforme en una tiranía, esa táctica limitante representa para todos los invisibilizados lo rentable a la hora de pautar alianzas con otros grupos, ya que permite enmarcar la manera en que las conexiones son marcadas, como resultado de la existencia y reproducción de los estereotipos.

III. CENSO

Cuando pequeña, siempre le preguntaba a mi mamá cómo se sabía cuántas personas habitaban en Puerto Rico, a lo cual ella me contestaba que por medio de un censo era que se sabía. Mi mente comenzaba a viajar ahí, cuestionándose cómo una palabra tan corta podía hacer tanto. Lo que imaginaba que era el censo concretamente, por lo que mi mamá me comentaba, era una persona que tocaba a la puerta de mi casa y me preguntaba cuántas personas habitaban en el hogar, y ya.²³ Algo sumamente simple, lo cual traído a la realidad, no es así. Los censos son conteos poblacionales, pero sin limitarse a ello, contabilizan los establecimientos comerciales, viviendas, granjas, agencias de gobierno, etc. De manera corpórea, es un documento aproximadamente de 16 páginas, que documenta las personas que viven en un hogar y la localización de su propiedad. Los censos poblacionales se llevan a cabo cada 10 años.²⁴

El participar del censo determina la representación que recibe cada estado -Puerto Rico participa del censo, pero no se le trata como un estado en el censo- en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, en los distritos y en los estados.

²³ Mis padres jamás han participado de un censo y vivimos en el mismo lugar hace 25 años.

²⁴ Definición obtenida de UNITED STATES CENSUS BUREAU, https://www.census.gov/glossary/#term_Census (última visita 28 de abril de 2021).

Dicha herramienta también contribuye en la toma de decisiones de construcciones, centros de salud, mejoras de algún servicio y en la distribución de fondos federales, tales como Medicaid, Programa de Asistencia Nutricional Suplementaria, *Head Start*, etc.²⁵ Se puede participar del Censo por medio de un enlace electrónico, accediendo directamente a la página del censo, por teléfono o cuando recibas una invitación o formulario por medio del correo postal o un censista visite el hogar.

A. CATEGORÍAS DE RAZA

Entre la información que recopila el censo están los datos de raza y etnia, los cuales son fundamentales para este escrito.²⁶ El censo define la raza como aquella relación en que la persona se siente identificada con uno o varios grupos sociales.²⁷ Podemos ver que dicha definición no hace referencia alguna a la índole biológica para que la persona pueda identificarse en el censo. A diferencia del censo, la Real Academia Española nos definía -al comienzo del escrito- que la raza era un mecanismo para identificar de manera biológica a grupos.²⁸ No obstante, el censo precisa el origen étnico como:

El origen étnico se refiere a la autoidentificación de un individuo de su origen o descendencia, “raíces”, herencia o lugar donde nació el individuo o sus padres o antepasados. Los encuestados podrían informar a su grupo étnico independientemente de la cantidad de generaciones retiradas de su lugar de origen. Las respuestas a esta pregunta reflejaron los grupos con los que los encuestados identificaron y no necesariamente el grado de apego o asociación que el individuo tenía con el grupo o grupos particulares.²⁹

Se puede apreciar que el concepto de etnia en el censo acepta de una manera sutil la biología de la persona, sus antepasados y raíces. Pero al estos conceptos ser tan escuetos, vagos y de poca precisión, es que recae en el individuo la tarea de identificarse según su percepción, lo cual es peligroso. La percepción puede estar basada en cualquier cosa, y eso es lo que hace intangible el que nos podamos

²⁵ Censo del 2020, https://2020census.gov/es.html?cid=18832:censo%202020:sem.ga:p:pr:es&utm_source=sem.ga&utm_medium=p&utm_campaign=pr:es:&utm_content=18832&utm_term=censo%202020 (última visita 28 de abril de 2021).

²⁶ United States Census Bureau, *Race & Ethnicity* (2017) <https://www.census.gov/mso/www/training/pdf/race-ethnicity-onepager.pdf> (última visita 4 de mayo de 2020).

²⁷ *Id.*

²⁸ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Raza, <https://dle.rae.es/raza?m=form> (última visita 28 de abril de 2021).

²⁹ Definición obtenida de UNITED STATES CENSUS BUREAU, https://www.census.gov/glossary/#term_EthnicOriginorRace (última visita 28 de abril de 2021) (traducción suplida).

identificar. Puedo ser visiblemente negra,³⁰ pero no sentirme vinculada con mis raíces, lo que haría que al participar de un censo -como la decisión queda a mi percepción - me considere de cualquier raza, excepto negra. Por otra parte, dentro de la división de raza, el censo crea unas subcategorías de tipos de razas, que la persona puede seleccionar a su discreción, tales como si se es negro o afroamericano,³¹ blanco,³² indio americano o nativo de Alaska, asiático, nativo de Hawaii y otras islas del Pacífico. Cuando el censo considera estas subcategorías, las limita pensando en ciertos sectores, como los mostrados en la Tabla 1.

TABLA 1. ¿QUÉ REGIÓN CONSIDERA EL CENSO PARA CADA RAZA?³³

Blanco	Negro o Afroamericano	Indio Americano o Nativo de Alaska	Asiático	Nativo de Hawaii o de las islas del Pacífico
Europa	África	Norteamérica	Lejano Oriente	Hawaii
Medio Este		Suramérica	Sureste de Asia	Guam
Suráfrica		América Central	India	Samoa
				Islas del Pacífico

Cuando leí y analicé ésta tabla por primera vez, encontré sumamente curioso que el encasillado de personas negras o afroamericanas solamente se delimitara a personas con descendencia africana. ¿Acaso todos los negros son originarios de África? Puede haber diversidad de razas asignadas a diferentes continentes en el mundo, pero ¿los negros solo a África? Será un refrán vulgar, no obstante, muy adecuado para la ocasión: “no todo lo negro es morcilla”. Si se toma como ejemplo a las personas del sur de la India, las cuales tienen tez oscura, el censo las asignó en la sección asiática, la cual geográficamente es correcta; pero si el censo está basado en la percepción de la persona, a mi criterio, la India debió haber

³⁰ Cabellera rizada, piel negra, nariz grande, entre otros.

³¹ Definición obtenida de UNITED STATES CENSUS BUREAU, https://www.census.gov/glossary/#term_BlackorAfricanAmerican (última visita 28 de abril de 2021). (“A person having origins in any of the Black racial groups of Africa. It includes people who indicate their race as ‘Black or African American,’ or report entries such as African American, Kenyan, Nigerian, or Haitian.”).

³² Definición obtenida de UNITED STATES CENSUS BUREAU, https://www.census.gov/glossary/#term_White (última visita 28 de abril de 2021) (“A person having origins in any of the original peoples of Europe, the Middle East, or North Africa. It includes people who indicate their race as ‘White’ or report entries such as Irish, German, Italian, Lebanese, Arab, Moroccan, or Caucasian.”).

³³ United States Census Bureau, *Race & Ethnicity* (2017) <https://www.census.gov/mso/www/training/pdf/race-ethnicity-onepager.pdf> (última visita 28 de abril de 2021) (traducción suplida).

ido en el encasillado de personas negras. Inclusive, al tomar en consideración el concepto afroamericano sería también incorrecto bajo los parámetros anteriores, porque si adoptamos la perspectiva de que la tez negra u oscura es de África, la añadidura de “americano” sería una falacia. ¿Cuán flagrante debe ser el color para que se pueda sobrepasar las líneas? Nuevamente, no hay una dirección clara hacia dónde ir.

i. *PUERTO RICO*

Desde el año 2000, fue que Puerto Rico comenzó a ser integrado en el censo de los Estados Unidos. Por ello, bajo la página de United States Census Bureau, solo encontrarás a Puerto Rico en el censo del 2000 y 2010. Con esto en mente, pasamos a discutir cómo la población de Puerto Rico se identifica a sí misma. Comenzaremos con el censo del 2000, el cual la población total de Puerto Rico se estimó en 3,808,610.³⁴ Las Tablas 2, 3 y 4 mostrarán cómo se cuantificaban las razas.

TABLA 2. POBLACIÓN TOTAL DEL CENSO (CENSO 2000)

Blanco	Una raza					Dos razas o más
	Negro o Afroamericano	Indio Americano o Nativo de Alaska	Asiático	Nativo de Hawaii o de las islas del Pacífico	Alguna otra raza	
3,064,862	302,933	13,336	7,960	1,093	260,011	158,415

En la Tabla 2, podemos observar que 3,064,862 personas se consideraban a sí mismas como blancas, cuando la tasa total de participación del censo fue de 3,808,610. Solamente 743,748 personas son alguna otra raza que no es blanca. Irónicamente, si traemos la teoría que siempre nos han inculcado de que descendemos de 3 razas, indios, africanos y españoles, entre las cuales dos de ellas predominan la tez oscura ¿Cómo puede ser posible que solamente las personas en Puerto Rico se consideren blancas? En todo caso, el encasillado que debió predominar sería el de dos razas o más.

³⁴ Departamento de Comercio de los Estados Unidos, *Puerto Rico: 2000, Perfil Demográfico Censo 2000*, U.S. CENSUS BUREAU, CENSUS 2000 2 (2002) [https://www.census.gov/prod/2002pubs/c2kprof00-pr\(s\).pdf](https://www.census.gov/prod/2002pubs/c2kprof00-pr(s).pdf) (última visita 28 de abril de 2021).

TABLA 3. HISPANO O LATINO (CENSO 2000)³⁵

Hispana o latina (de cualquier raza)	No hispana o latina	Blanca solamente
3,762,746	45,864	33,966

En cambio, si comparamos la Tabla 2 con la Tabla 3, es marcada la disonancia que hay entre estas. En la Tabla 2, se identificaron como personas blancas solamente 3,064,862. Mientras, en la Tabla 3 se identificaron como blancos solamente 33,966. Existe una alta probabilidad de que las personas que participaron de este censo tengan de manera muy subsumida en su subconsciente que no son solamente blancos, ya que no existe exclusividad de color en la raza hispana o latina.

TABLA 4. CENSO GENERAL 2010 EN PUERTO RICO³⁶

Blanco	Negro o Afroamericano	Indio Americano o Nativo de Alaska	Asiático	Nativo de Hawaii o de las islas del Pacífico	Alguna otra raza	Dos o dos razas o más	Hispano o latino
2,825,100	461,498	19,839	6,831	370	289,905	122,246	3,688,455

TABLA 5. PERSONAS QUE SE CONSIDERAN DE UNA SOLA RAZA (CENSO 2010)³⁷

Blanco	Negro o Afroamericano	Indio Americano o Nativo de Alaska	Asiático	Nativo de Hawaii o de las islas del Pacífico	Alguna otra raza	Dos o dos razas o más
26,946	4,663	329	2,930	77	1,026	1,363

TABLA 6. RAZA EN COMBINACIÓN CON UNA O MÁS RAZAS (CENSO 2010)³⁸

Blanco	Negro o Afroamericano	Indio Americano o Nativo de Alaska	Asiático	Nativo de Hawaii o de las islas del Pacífico	Alguna otra raza
103,708	88,761	15,914	3,633	2,258	43,763

³⁵ *Id.*

³⁶ U.S. Department of Commerce, *United States: 2010 Summary Population and Housing Characteristics 2010 Census of Population and Housing*, UNITED STATES CENSUS 2010 4 (2013) <https://www.census.gov/prod/cen2010/cph-1-1.pdf> (última visita 28 de abril de 2021).

³⁷ *Id.* en la pág. 5. (Participaron de esta sección 37,334 personas.)

³⁸ *Id.* en la pág. 6.

En el año 2010, se estimó la población total de Puerto Rico en 3,725,789 de habitantes. Ante ello, es imprescindible palpar, que aún 10 años después del censo de 2000, los habitantes en Puerto Rico se siguen identificando de manera predominante como personas blancas. A pesar de que sí es marcada la diferencia entre las restantes razas versus la raza blanca, los participantes del censo, en la Tabla 4, aceptan que son hispanos o latinos de igual manera. En cambio, se sigue resaltando la predominancia blanca en la percepción del encuestado en la Tabla 5 y la Tabla 6. La barahúnda imperante no deja de impactar, porque se puede ser de alguna otra raza, pero, al parecer, siempre se será de manera exclusiva blanco también. Si para alguien visiblemente negro o blanco es de fácil confusión su identidad, qué será de aquellos que no siendo visiblemente negros o blancos se identifican con algo más.

ii. *ESTADOS UNIDOS*

Aún en los Estados Unidos, el patrón de supremacía blanca sigue latente, por lo que el desasosiego y confusión identitaria no es exclusiva de una nación.

TABLA 7. RAZA E ORIGEN HISPANO (CENSO 2000)³⁹

Una raza						Dos razas o más	Hispano o latino
Blanco	Negro o Afroamericano	Indio Americano o Nativo de Alaska	Asiático	Nativo de Hawaii o de las islas del Pacífico	Alguna otra raza		
211,460,626	34,658,190	2,475,956	10,242,998	398,835	15,359,073	6,826,228	35,305,818

TABLA 8. CENSO GENERAL DEL 2010 DE LOS ESTADOS UNIDOS⁴⁰

Blanco	Negro o Afroamericano	Indio Americano o Nativo de Alaska	Asiático	Nativo de Hawaii o de las islas del Pacífico	Alguna otra raza	Dos o dos razas o más	Hispano o latino
223,553,265	38,929,319	2,932,248	14,674,252	540,013	19,107,368	9,009,073	50,477,594

Para el año 2000, la población en Estados Unidos alcanzó a 281,421,906 habitantes, de los cuales se estimó que 211,460,626 personas se identificaron con la raza blanca de manera exclusiva y única. De igual manera con el censo del 2010,

³⁹ Elizabeth M. Grieco & Rachel C. Cassidy, *Overview of Race and Hispanic Origin Census 2000 Brief*, U.S. CENSUS BUREAU 3 (2001), <https://www.census.gov/prod/2001pubs/cenbr01-1.pdf> (última visita 28 de abril de 2021).

⁴⁰ U.S. Department of Commerce, *United States: 2010 Summary Population and Housing Characteristics 2010 Census of Population and Housing*, U.S. BUREAU 4 (2013), <https://www.census.gov/prod/cen2010/cph-1-1.pdf> (última visita 28 de abril de 2021).

la raza blanca predominó nuevamente de 308,745,538 participantes en el censo. ¿Realmente habrá tantas personas blancas? o ¿existe un problema de identidad racial y étnica? Irónicamente, celebramos el Día de la Raza en la escuela, nos enseñan que descendemos de tres razas, nos dan un estándar para poder identificar cuál es nuestra raza predominante, pero si nos preguntan: “¿Cuál es tú raza?”, nos vamos en blanco, incluyendo el sentido figurado de la palabra blanco. Esto no significa que no se pueda ser blanco y que todos somos negros; significa que estas categorías particulares ya no representan la actualidad, no se atemperan al momento en que vivimos. Todos descendemos de blancos, negros, israelitas, pakistanís, británicos, etc. Todos somos una variedad que desconocemos a ciencia cierta; no somos descendientes de linajes puros. Por ende, nadie es blanco o negro solamente. Por dichas razones, a mi criterio, hay una crisis racial identitaria que se ignora de manera feroz.

IV. CONCLUSIÓN: PASANDO POR ALTO LA RAZA

¿Por qué no identificarnos como negros? No hay una fórmula estandarizada para poder contestar a todas las dudas que surgen ante la ilusión que la identidad sueña con saber. Muchas veces en estas discusiones se privilegia la discordancia entre clases, en la concepción de que en las diferencias es que existen, tales como en la identidad racial. Es una introspección más enmarañada, que requiere no generalizarlo todo, y considerar las diferencias como algo valioso, y permanente, no para distinguir a manera de disminuir. Como ejemplo, cuando se separaban a las personas blancas de las negras, pero no se les brindaba equitativamente lo mismo. Se creaban desigualdades, bajo el precepto de que está bien ser diferente, y el ser diferente sustenta el que se te trate de manera inferior; porque no existe como tal un atolladero por tratar a un grupo diferente. El atolladero se vuelve inconveniente, cuando por medio de los estereotipos, minimizó e invisibilizó a los otros, porque no son como yo.

Lo previo, se visualiza por medio de los pensamientos Marxistas, según la cual, lo monetario es lo cardinal, lo que pauta qué es importante y predetermina las ideologías de raza, género y hasta etnicidad.⁴¹ Del mismo modo, si pensamos en un colectivo en que las discordancias raciales se ven y reconocen, como efecto, se estaría también reconociendo la creación de entes desigualdades entre las clases. Bajo unas circunstancias iguales, la igualdad de oportunidades podría ser sinónimo de poder cambiar la identidad. El fin de todo, es que cada una de esas identidades negadas y aparentemente singulares -que no guardan similitud con las demás-sean algún día equivalente en un futuro a movilidad social y reconocimiento.

⁴¹ Atilio A. Boron, et al., *La teoría marxista hoy: Problemas y perspectivas*, COLECCIÓN DEL CAMPUS VIRTUAL DE CLACSO (2006), <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/formacion-virtual/20100720062844/boron.pdf> (última visita, 28 de abril de 2021).

Por otra parte, ¿quién es víctima? y ¿quién es victimario? Somos ambos. Somos víctimas de un sistema que se ha diseñado para obviar nuestra parte negra, porque ser negro no es sinónimo de prosperidad, es sinónimo de muerte, peligro, daño, inseguridad, subordinación, de ser esclavo de la historia y de la actualidad. Somos victimarios cuando perpetramos ideas irracionalizadas por medio del discurso del miedo, cuando no aceptamos la diversidad, cuando decidimos que para que sobreviva una raza otra debe de ceder. Es un ciclo que parece interminable, pero con emprender el autodescubrimiento identitario se puede brindar luz en la travesía a quienes no se reconocen.

Es sumamente arduo y complicado decir que se puede resolver la incongruencia entre las diferencias y las no oportunidades. No todos podemos ser iguales y consecuentemente todos desiguales. Las disparidades en ocasiones pueden dar base sobre las cuales se elabora la desigualdad bajo el capitalismo. Pero la visión que se intenta invocar es la de imaginar una sociedad en que hay viabilidad en la prosperidad, en la cual las diferencias sí existen e implican una disparidad que incluye inequívocamente desigualdades raciales, culturales y económicas; pero dichas diferencias son las que inspirarán el cambio en el mañana, porque, cuando se visibiliza y se reconoce a una persona, es que se comienza a practicar la otredad hacia ella.

Consecuentemente, es inevitable no pensar en el transcurso del escrito en el racismo –aunque es la palabra correcta– el racismo no sólo se centra en lo blanco o negro de manera exclusiva, sino en cómo se crea una aversión hacia cierta población para minimizar su existencia. Sin embargo, este artículo dio a conocer la existencia de múltiples mensajes con apariencia de contenido racial discriminatorio, lo cual al sol de hoy sigue siendo imperecedero y parte de nuestra cultura, para poder disminuir lo tan acentuado, aprendido del contexto cultural. Aún esta problemática social no permite avizorar una solución, sino, al contrario, proliferar las aristas. Se recompone en el imaginario y la conducta, se rearticula con otras problemáticas transfiguradas o emergentes como lo es la identidad. La identidad racial se edifica trastocada por fenómenos de significación y desigualdad social, en la que los grupos donde predominan los negros y/o mestizos están más desfavorecidos. Las prácticas culturales que reproducimos de manera estereotipada y prejuiciada contribuyen a afianzar las desigualdades.

Ante todo esto, aunque luzca trillado el mensaje, la educación sigue siendo la clave. Parte del autodescubrimiento identitario y racial se impulsa en la premisa de que no hay linajes puros, que somos diversidad y hay que educarse para poder plantearse esto. Por medio de la educación, se influencia la revisión y adopción de legislación, para que en estas se puedan adoptar conceptos neutrales y atemperados a la realidad, no a un contexto histórico, donde si no se era blanco, se era negro. La educación no producirá cambios inmediatos, pero sí efectos a largo plazo, porque ya no somos blanco o negros solamente, somos los del medio.

A REFLECTION ON INTEGRATION

BY: NEIL G. WILLIAMS¹

ABSTRACT

I wrote this essay in December 2019, shortly after attending the 2019 LatCrit Conference in Atlanta. I grew up in Atlanta during the heyday of the Civil Rights Movement in the 1960s into the early 1970s. Attending the 2019 LatCrit Conference brought back memories of my experiences as part of the earliest waves of black students sent to integrate Atlanta's historically all-white high schools. In the intervening years, too many elementary and high schools in America remain segregated (or, in many instances, only nominally integrated) as broad swaths of America have abandoned the commitment to ensuring that our young people are educated in richly integrated and diverse environments. Our country's racial, ethnic, and political divisions are deepening in ways that threaten the American experiment with multi-racial and multi-ethnic democracy. In order for America (as we wish to know it) to adhere, we must find ways to expand the opportunities for our young people to have integrative, meaningful early-in-life collaborations with a broad range of humanity. Simply put, people, particularly young people, are less likely to carry the psychological wounds and fears that tend to foment conscious, unconscious, and systemic racism.

Keywords: *systematic racism, race, deracialization, ethnic, diversity, integration*

Summary: I. INTRODUCTION. II. DERACIALIZATION AND ITS FOUNDATIONAL PRINCIPLES; II. a. Deracialization and American Moral Exceptionalism; II. b. Deracialization and its roots in foundational principles of equality and unification; II. c. Deracialization and Integration. III. THE CASE FOR EARLY CHILDHOOD INTEGRATION; III. a. Research Studies on value of Integration and Diversity; III. b. Childhood Reflections on Segregation and Integration. IV. CONCLUSION.

¹ Professor Neil Williams teaches contracts and commercial-law courses at Loyola University Chicago. Professor Williams started teaching at Loyola University Chicago more than three decades ago. He has proudly served as the advisor to Loyola's BLSA chapter his entire time at the Law School. Upon joining the faculty, Professor Williams became a mentee of Norman Amaker, the Law School's first African-American professor. Professor Amaker represented Dr. Martin Luther King, Jr. and other Civil Rights protesters in the 1960s, and he argued several notable cases before the Supreme Court. In recognition of his scholarship promoting racial fairness, Professor Williams holds a professorship named after Nathaniel R. Jones, Jr.—an African-American social-justice warrior who later became an acclaimed federal court-of-appeals judge. Professor Williams started teaching at Loyola University Chicago more than three decades ago.

I. INTRODUCTION

Many argue that America is at its greatest degree of polarization since the Civil War. Whereas the fault lines that gave rise to the Civil War were primarily geographical, our divisions now are in large part racial, ethnic, and political, pitting a predominantly white Republican Party against a Democratic Party that appeals to the vast majority of voters of color. As I write this Essay in December 2019,² the rancor among Americans is at a fever pitch. Incivility has become the norm in politics, starting at the very top with the current President—Donald Trump. Many of the recipients of his barbed attacks are people of color. But the deleterious impact of the Trump administration's policies extends far beyond the persistent use of intemperate language and hate speech; those policies have often been directed with laser-like precision to harm the interests and needs of people of color. One needs to look no further than the Trump Administration's border policies. Innumerable asylum seekers of color have been separated from their families, while even more have been forced to live in conditions of squalor. Too many have died in American custody due to the failure to provide these migrants basic medical care. To be fair, the atmosphere of hate and intolerance that currently envelops this nation did not start with Donald Trump. One can make a case that racial hatred has continually scarred our national development from the very start and that we have only lulled ourselves into ephemeral dreams, at times along the way, that we have made greater progress than we actually have. As an example, the post-racial America we yearned for when Barack Obama was first elected President never came to fruition.

Around a century ago a series of racial massacres across the United States laid the twentieth-century foundation for the hatred that still animates twenty-first-century American society.³ The decade of the 2010s has been particularly rife with racial and ethnic violence. White nationalists have been emboldened by their allies in the White

² I wrote this essay shortly after attending the LatCrit Conference in Atlanta in the Fall of 2019. Like so many other things, the publication of this essay has been delayed due to the COVID-19 pandemic. I've decided that it's worthwhile to allow this essay and its end-of-2019 vantage point to stand as a time capsule of one academic's musings months away from the historic events that were destined to shake America's foundations in 2020 and into early 2021: for example, (a) the racial and ethnic disparities laid bare by the COVID-19 hospitalization and death statistics; (b) the racial reckoning this country is going through in the aftermath of the George Floyd murder by a Minneapolis policeman; and (c) the baselessly disputed presidential election of 2020 that was followed by an attempted coup on January 6, 2021, when hundreds of insurrectionists stormed our national capitol in an effort to stop the constitutionally mandated counting of electoral votes. I will address the ramifications of these events in subsequent essays and articles.

³ See, e.g., Charles M. Blow, *Eyewitness to the Desolation of 'Black Wall Street'*, NYY (Sept. 13, 2019), <https://www.nytimes.com/2018/09/13/opinion/olivia-hooker-tulsa-race-riot.html?smid=nytcore-ios-share>

House. In 2017 marchers affiliated with the Klu Klux Klan and Neo-Nazis despoiled the beautiful campuses of Charlottesville, Virginia, goose stepping with indifference to a young freedom fighter's loss of her life in the ensuing mayhem and violence. With guns so easily accessible in the America of the 2010s, mass murderers have left trails of bodies in (among many other places) a Black church, a Jewish synagogue, and a Mexican-American shopping center. Some white supremacists openly call for a race war. And their vile manifestoes have to be taken seriously; some experts fear that the nation might well be on a trajectory towards a second civil war.

Some modern developments have further stoked racial and ethnic tension. Technological advances (including the smart phone and the rise of social-media sites) have provided new platforms for racists to spew hate speech virtually around the world. In addition, there has been broad-based dissemination of numerous videos showing unarmed Black people being shot or maimed by white police officers in questionable circumstances. As one would expect, documented instances of less lethal acts of overt discrimination are even more prevalent nowadays. The internet is replete with videos showing whites calling the police on people of color for engaging in legal activities. On top of everything else, people of color are continually subjected to all the quotidian acts of discrimination that are not formally documented or on video – indignities that are beyond the reach of the law, but which nonetheless wear down the soul.

This descent into the abyss of racial and ethnic hatred is by no means an America-only phenomenon. Across Europe and Asia ethnic and racial tensions are likewise on the rise. In late 2019, for example, the German Chancellor Angela Merkel spoke at the site of the Auschwitz death camp, where she lamented the increasing numbers of apologists for Nazi crimes who (much like neo-Confederates in our country) seek to sanitize history by distorting it.⁴ Like America, Germany is experiencing a troubling rise in hate crimes against its Jewish citizens.⁵ Similar ethnic or racial attacks are taking place in jurisdictions across the European and Asian continents. A recent law passed by the Indian parliament grants immigration preferences to non-Muslims, thereby inciting violent confrontations between the Indian government and members of India's Muslim community. In another part of Asia, the Rohingya Muslims of Myanmar are arguably one of the most persecuted ethnic minorities in the world today.

It is in the context of this world-wide devolution into hatred that a debate has emerged whether America is truly an "exceptional" exemplar of morality and human rights. In Part I of this Essay I argue that American exceptionalism on a moral plane is

⁴ Melissa Eddy, *Visiting Auschwitz, Merkel Warns Against Danger to Liberal Democracy*, NYT (Dec. 6, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/12/06/world/europe/angela-merkel-auschwitz.html?searchResultPosition=2>

⁵ *Id.*

real, and it is rooted in the nation's largely untapped potential to live up to its founding principles of equality and inclusion. When America is at its best, it provides a map for citizens across the globe to push for change in their own national governments. It follows, then, that America's exceptionalism emanates from the lofty aspirations of its founding principles, particularly the goal of equality expressed in the Declaration of Independence and the value of inclusion inherent in the Latin maxim "*e pluribus unum*"—out of many one. American moral exceptionalism, however, isn't so much in the actualization of these founding principles; from its inception in the shroud of slavery to the persistence of racism today, America has always fallen short of its professed national values. Rather, in an analogy to the laws of physics, American exceptionalism is inherent in the vast potential (stored) energy inherent in its lofty goals, but this potential energy is transformative only when it is unleashed as kinetic energy in the form of real, meaningful progress towards the goal of recognizing the basic dignity of every human being. This kinetic energy can start a chain reaction when Americans model positive behaviors that inspire freedom advocates in this country and around the world to push their societies to become less hateful and more equal and inclusive.

Professor Steven Ramirez and I recently introduced the term "deracialization" into the lexicon.⁶ In Part I, I will devise a working definition of "deracialization," one which grows out of its rootedness in the core American concepts of equality and inclusiveness. Effectively bringing Americans together across racial fault lines will require no less than reverse engineering the racist actions of state, local, and federal governments that helped separate us by race and ethnicity in the first place. Our present state of disunification constitutes a dire national emergency; and, accordingly, courts should recognize that deracialization constitutes a compelling state interest for purposes of Constitutional jurisprudence. Regrettably, American courts (in particular the Supreme Court) have chosen to pursue ahistorical approaches to racial separation and have used syllogistic reasoning to erect unnecessary barriers to many good-faith attempts to undo the pervasive effects of past and still ongoing conduct that undermine racial equality and unity.

In Part II, I will focus on two of the most well-known tools that governments have used to chip away at racial and ethnic segregation—integration and (its close cousin) diversity. In the course of the discussion, I will show that approaches to integration and diversity have been, in part, hamstrung by judicial requirements that place strict-scrutiny limitations on the ability of officials to consider race when trying to dismantle edifices built on race, limitations that would largely disappear under a deracialization-as-a-compelling-state-interest approach.

⁶ Steven A. Ramirez and Neil G. Williams, *On the Permanence of Racial Injustice and the Possibility of Deracialization*, 69 Case W. Res. L. Rev. 1 (2018).

Part III starts with a brief review of the sociological and scientific studies that establish childhood as the optimal time for a human being to be placed in diverse environments. This, in turn, renders the continuing legal and social resistance to effective school integration all the more unfortunate. I close Part III with a reflection on my childhood experiences with racism and integration while growing up in Atlanta in the civil-rights era of the 1960s and early 1970s. Coming to Atlanta for the 2019 LatCrit conference sparked a series of memories and reflections that made the meeting especially poignant for me.

Part IV closes this Essay with a reflection on the special significance of the 2019 LatCrit conference being held in Atlanta, paradoxically a cradle of both the old confederacy and the civil rights movement. For reasons detailed in Part IV, I conclude that holding this special meeting in Atlanta was a coup de maître in that the conference itself represented a microcosm of Dr. King's and John Lewis's "beloved community."

II. DERACIALIZATION AND ITS FOUNDATIONAL PRINCIPLES

a. Deracialization and American Moral Exceptionalism

There is an ongoing debate over whether America is truly exceptional in its role as a moral example to the rest of the world. I argue that the fairest measure of America's exceptionality in this regard would take into account the difference between the value deriving from the benefits of American's accomplishments less the value of the harms inflicted by America's long trail of atrocities, which include (among many other factors) the acts of genocide, the massacres, the war crimes, the slave trade and slavery itself, the lynchings, the damage American industry has done to the global environment, its current mistreatments of migrants at our border, and (as shown earlier in this Essay) all the acts of ethnic and racial brutality that continue unabated into the 21st century. From the perspectives of many people of color (including my own) and other principled people who refuse to overlook the blood-stained history of this country, the net differential between the good done by America and the harm done by its multitude of misdeeds is arguably negative.

On the other hand, some might take the position that the best manifestation of its moral exceptionalism is when America serves as a beacon for the "rule of law." American history since the Great Recession of 2008, however, has done a great deal to disabuse us of the fable that this country epitomizes the rule of law. Wall Street oligarchs, for the most part, were not made to answer for the tremendous harms caused by reckless conduct that came frighteningly close to collapsing the entire world's economy; in particular, the superrich were allowed to horde their ill-gotten gains without fear of being subjected to the criminal justice system, while many ordinary citizens lost their livelihoods (and in some cases their lives).

The fact is, America has always fallen short in its pursuit of goals like equality and freedom. Paradoxically, I believe that it is precisely with respect to America's failure to live up to its highest values that the best case can be made for its exceptionalism. An analogy to a concept borrowed from the science of physics may be helpful in illustrating this point in relation to the national goal of unification through integration. Physics makes a key distinction between the concepts of potential and kinetic energy. Potential energy can be thought of as a sort of stored energy. In particular, one way in which to gauge potential energy is to measure the mass of an object and its elevation. The more massive an object and the higher its elevation the greater its potential energy. Using an analogy to physics, a country will have greater potential energy for positive racial and ethnic change when it is large, populous, diverse and it has a history of ethnic and /or racial tensions (analogues to an object's having a significant mass for purposes of physics). A second measure of a country's potential energy for positive racial and ethnic change considers the society's "elevation" in terms of the distance between an axis representing a hypothetical perfect state of deracialization and a curve that measures over time the actual extent to which a society has actually achieved deracialization. The greater the difference at a particular time between a country's level of actual deracialization and the axis of ideal deracialization the greater the country's potential energy for positive racial and ethnic change. By these measures, America has one of the greatest stores of potential energy for positive racial and ethnic change of any country in the world today. With respect to the mass equivalency measure, America and its territories makes it the fourth largest country in the world in terms of land area. Nearing 330 million persons, America is the third most populous country in the world. Since the 1965 Immigration Act opened America's shores to immigrants from a variety of ethnic and racial backgrounds, the United States has become one of the most diverse countries on earth. In addition, as addressed throughout this Essay, America has a particularly sordid history with regard to race relations.

In physics, when a massive object moves to a lower elevation it is said that the object's potential (stored) energy has been converted into kinetic energy—energy in action. A similar dynamic exists in relation to a country's potential energy for positive racial change when activists in the particular society take affirmative steps to convert the country's potential energy into actual accomplishments that enhance racial and ethnic brotherhood. To wit, America's vast store of potential energy for change is transformative only when it is converted into real, meaningful progress. Perhaps it could be said that America is, indeed, morally exceptional during those times when its citizens model positive behaviors that inspire freedom advocates in this country and around the world to push their societies to become less hateful and more equal and inclusive. The civil-rights movement is one of the best examples of this phenomenon. Seared in our collective memories are the sights and sounds of Eastern Europeans singing the civil-rights anthem "We Shall Overcome" when the Berlin Wall fell in 1989.

But, as detailed in the Introduction of this Essay, we are at a moment in history in which our country is sharply divided along racial and ethnic lines despite the successes of the civil-rights movement. If the American experiment in multi-racial and multi-ethnic democracy is to endure, we must more vigorously and more forthrightly pursue the goal of national unification by means of integration and deracialization.

b. Deracialization and its roots in foundational principles of equality and unification

As stated in the Introduction to this Essay, deracialization refers to the process whereby a country and its citizens are permitted and encouraged to make good-faith attempts to eradicate all types of racism (overt, implicit bias, aversive, systemic, structural, institutional, etc.) and all of their historical manifestations from the society. Deracialization is an outgrowth of the norm of “equality” --the basic foundational principle that was fundamentally betrayed in the drafting of the original (unamended) Constitution. Like Lincoln in his Gettysburg address, this Essay asks us to reach back to the majestic language of the Declaration of Independence, a document that preceded the original Constitution, and its lofty--though perpetually unmet--aspiration that America should be a country that recognizes “all men are created equal.” In addition, deracialization incorporates as a foundational principle the compelling need to unify this vast diverse country as set out in the Latin phrase—*e pluribus unum*-- translated as out of many one.

The racial and ethnic tensions that continue to pervade and perplex the country are, in part, the fault of questionable compromises made by the drafters of the original Constitution. As Professor Juan Perea has demonstrated, compromises among the white men who drafted the original Constitution rendered it a decidedly pro-slavery document.⁷ A prime example of this phenomenon is the three-fifths clause of the Constitution. The three-fifths compromise is embedded in Article I, Section 2, Clause 3, of the Constitution. In essence, it stipulates that the population of a Congressional District within a particular state would be based on a population count that included all “free Persons” and “three fifths of all other Persons.” All other Persons, of course, was a whitewashed reference to enslaved persons.⁸ The vast majority of slaveholding Southerners would have been delighted to have enslaved persons count as full human beings for purposes of apportionment because it would have further enhanced their political power in Congress at great cost to the people whom they enslaved. Accordingly, even counting enslaved persons as three-fifths

⁷ Juan F. Perea, *Echoes of Slavery II: How Slavery's Legacy Distorts Democracy*, 51 U.C. Davis L. Rev. 1081 (2018).

⁸ *Id.*

of a person served the interests of slave owners well enough; they were able to use their artificially enhanced political power in Congress to create stalemates that all but ensured that enslaved persons would never be freed through the operation of normal legal and political processes (eventually leading to a bloody civil war). This arrangement also created an incentive for enslavers to enhance their political power by increasing imports of enslaved persons from Africa during the 20-year grace window the Constitution established for the continuation of the international slave trade.⁹ In this regard, Article I, Section 9, the Constitution prevented Congress from enacting any legislation that would interfere with the international slave trade until 1808.¹⁰ To its credit, Congress eventually did pass an act effective at the start of 1808 that curtailed the trans-Atlantic slave trade without, of course, ending slavery itself.¹¹ Estimates are that during the trans-Atlantic slave trade 400 of every 1,000 enslaved persons captured in Africa suffered hideous deaths before ever reaching port in the Americas.¹² The horrendous conditions in which captured Africans were kept during the journey from Africa to the Americas are often palliated by using the euphemism “middle passage.”¹³ Far from being heroic, the “compromise” in Article I, Section 9, of the Constitution is an act of epic political cowardice that protected the international slave trade for another two decades from when the document was drafted, thereby likely leading to thousands more dead Africans who didn’t even make it to an American shore.¹⁴ In some ways it could be argued that those Africans who died in transit may have been better off than the enslaved persons who survived only to lead lives of misery and oppression in captivity. As many have recognized, slavery is America’s Original Sin, and America’s failure to deal forthrightly with all its ugly ramifications haunts the nation’s soul to this day.

This pattern of violence has persisted throughout U.S. history. The human sacrifices made at the altar of the Original Constitution eventually transmogrified into a horrible Civil War, in which bodies of many hews were strewn across battle grounds traversing both the North and the South. In the aftermath of the Civil War, the Republican Congress instituted programs like the Freedman’s Bureau in support of efforts by former enslaved persons to become fully realized citizens. These Reconstruction initiatives worked so well that a number of Black citizens in the South went on to hold prominent state and federal positions (including seats in the federal House of Representatives and the Senate). But the contested Presidential election

⁹ *Id.* Erik M. Jensen, *The Heritage Guide to the Constitution: Three-fifths Clause* <https://www.heritage.org/constitution/#!/articles/1/essays/6/three-fifths-clause>

¹⁰ Juan F. Perea, *infra*, note 7.

¹¹ *Id.*

¹² University of Houston, *Middle Passage-Digital History*, http://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtid=2&psid=446

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

of 1877 ended in a regrettable compromise that dashed the hopes and dreams of many Freedmen for the remainder of their lifetimes. Much like the election between George W. Bush and Al Gore in the year 2000, the 1876 election between Rutherford Hayes (the Republican) and Samuel Tilden (the Democrat) was very close and hotly contested. And much like the 2000 election, the 1876 election ended in a result that dismayed many Black Americans. Hayes and Tilden reached an accommodation pursuant to which the last remaining Northern troops were withdrawn from the South (a result that pleased white southern Democrats) in exchange for the Republican Hayes being seated as President.

The end of Reconstruction precipitated a relentless barrage of violent white terrorism. The Klu Klux Klan, which had largely been subdued by President Grant, re-emerged with renewed vitriol in the 20th century. In decades continuing well into the 20th century, thousands of blacks were massacred by whites in lynchings and, in some cases, wholesale assaults on black communities. Some 4,400 of these slaughters have been memorialized in the Lynching Museum recently opened near Montgomery, Alabama.¹⁵ As spelled out in the Introduction, in various ways, the assaults on black, brown, and Jewish bodies have continued into the second decade of the 21st century.

In the decades following the end of Reconstruction, African Americans were also subjected to aggressions that diminished black souls even when there were no visible marks on black bodies. African Americans were subjected to demeaning Jim-Crow segregation laws and a variety of scurrilous tools like grandfather clauses and literacy tests that were intended to keep blacks from voting. For a while there was a respite in these subversive practices. But in 2013 the Supreme Court in *Shelby County v. Holder*¹⁶ stripped the 1965 Voting Rights Act of much of its vitality by striking Section 5 of the Act. In the aftermath of this regrettable case, many states have gone about devising novel 21st-century ways to suppress the votes of African Americans and other people of color.

c. Deracialization and Integration

As previously posited, the concept of deracialization has its roots in the American foundational principles of equality and national unity. Unfortunately, many events in American history have served to undermine these fundamental values. As a consequence, racial and ethnic hatred and violence now threaten to destroy the American experiment in multi-racial and multi-ethnic democracy. It is against this background that I argue for healing America's racial and ethnic

¹⁵ Campbell Robertson, *Memorial in Alabama Will Honor Victims of Lynching*, NYT (August 15, 2018) <https://www.nytimes.com/2018/04/25/us/lynching-memorial-alabama.html>

¹⁶ 570 U.S. 529 (2013)

wounds by recognizing deracialization to be a compelling state interest. Unlike geographical fault lines, the racial and ethnic fault lines that threaten America now are not the consequence of forces beyond human control. They arose as a result of voluntary, race-conscious decisions made, for the most part, by racist (or race-indifferent or race-obtuse) white decision makers dating from the founding of the republic. Accordingly, a deracialization approach recognizes that the most effective way to heal America's racial injuries is to permit governmental officials the latitude to take race into account when making good-faith efforts to undo the harms that arose from race-conscious decisions over the course of American history. In order to deconstruct white supremacy and racial oppression, people of good faith must have the leeway to counter historical mistakes and misdeeds by reverse engineering the processes by which those structures were built in the first place. Race-conscious decisions over centuries put America in the discordant mess in which it finds itself; so it will take countervailing race-conscious decisions to correct the virulent effects of America's racist past. It is important to recognize that the goal of deracialization does not legally require governmental officials in all cases to take pro-active steps to heal racial and ethnic wounds arising out of America's racist past. However, a deracialization approach ideally will encourage decision makers to pursue more race-conscious measures to overcome America's racist past than they can now, because they would no longer be impeded by the fear that their racially ameliorative decisions will be subjected to strict scrutiny.

For purposes of thinking about the role that deracialization could play in 14th Amendment jurisprudence, one might envision three levels of inter-related values. The first layer of values would consist of equality and national unity—norms the betrayal of which over the course of history have helped create the current national fissures that threaten to rip the country apart.

Under this model, deracialization would be placed at the second level because it is the compelling state interest that is necessitated by the national emergency that has been created through a long line of racist (or race-indifferent or race-obtuse) decisions by mainly white decision makers dating from the founding the republic. Deracialization recognizes that the best course for neutralizing the ills created by race-generated viruses is to give officials the experimental freedom they need to develop sociological vaccines that use ameliorative race consciousness at their base in order to inoculate Americans against racism. Of course, there is never a guarantee that all vaccines will be effective. But the prospects of finding effective cures for our racial and ethnic ills can only be enhanced by unleashing the innovation of 50 state laboratories.¹⁷

¹⁷ Eerily, I developed the analogies to viruses and vaccines discussed in this paragraph before the onset of the COVID-19 pandemic.

Included in the third level are inter-related topics like integration, diversity, affirmative action, reparations, etc. These concepts can be visualized as tools officials could employ in the pursuit of deracialization goals. This proposal would fundamentally shift current jurisprudential approaches to race under the 14th Amendment. For present purposes, this Essay will focus on the case law that has placed substantial limitations on officials seeking to pursue integration or its conceptual cousin diversity. *Brown v. Board of Education*¹⁸ and its progeny were limited to addressing *de jure* segregation, segregation that was a product of conscious decisions by officials to separate children by race. In the 1950s and into the 1960s it was much easier to prove these cases because there was ample documentation showing that the decisions to separate children was grounded in intentional racism. Eventually, however, the series of court orders requiring school systems to integrate came to an end. In addition, school officials became more careful in hiding any intentionality underlying various acts that led to the separation of children by race. And, in efforts to avoid integrating with Blacks, many whites sent their children to private schools or school systems in suburbs (many of which were originally established under governmental aegis as havens for the white population). To this day, in many large cities, there are so few white children attending urban public schools that meaningful system-wide integration has become nearly impossible.

Given the all-too common scenario in which school children in nearby districts are disproportionately concentrated in those districts by race, one possible measure to enhance integration among white and school children of color would be to permit school assignments across school district boundary lines. In *Milliken v. Bradley*,¹⁹ however, the Supreme Court rejected arguments for an inter-district school desegregation order even though it was shown that there had been broad-based racial discrimination in adjoining school districts. Under the Supreme Court approach, school district boundary lines (even though they often are arbitrary) are sacrosanct barriers that can keep school children apart. This would not be the case, however, under a deracialization-as-compelling-state-interest approach. School officials in adjoining districts would be free to work together to find creative ways to enhance integration and diversity in classrooms across their districts. Moreover, in a rebuff to *Parents Involved v. Seattle School District No. 1*,²⁰ officials would be permitted to take the race of students into account in making school assignments, since decisions in pursuit of the national mandate to heal the continuing historical wounds created by racism would no longer be subjected to strict scrutiny.

¹⁸ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁹ 418 U.S. 717 (1974)

²⁰ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

III. THE CASE FOR EARLY CHILDHOOD INTEGRATION

a. Research Studies on value of Integration and Diversity

Current jurisprudential limitations on the pursuit of integration and diversity are particularly dispiriting because numerous research studies show that the integration of people into diverse environments can be particularly effective in dissolving social barriers in ways beneficial to both whites and people of color.²¹ And the ability to work with a wide range of persons is a skill set that is increasingly valued in American business, based largely on research showing that diverse work groups tend to be more effective and insightful.²² In addition, recent research regarding the amygdala, the fear center of the brain, shows that the earlier children are exposed to a diverse range of people the less likely they are to have their amygdalae transmit fear responses when introduced to people from different backgrounds.²³ The inference to be drawn from this research is that early childhood is the optimal time for exposure to a broad spectrum of humanity. This type of exposure is one of the best deracialization tools at our disposal.

Thus, the wisdom inherent in *Brown v. Board of Education*²⁴ with its focus on integrating elementary and high schools is corroborated by modern research. However, as discussed in Part II of this Essay, the country has made uneven progress in integrating its schools, thereby failing to provide many of our children an opportunity for exposure to meaningful levels of diversity. Sure, there are pockets in the country where communities have managed to create inclusive childhood environments, but in too many cases efforts at achieving integration and diversity have proven to be superficial and cosmetic (e.g., a relative handful of middle-class students of color in an upscale private or suburban school). Particularly in the arena of big-city public education, these efforts too often leave out the masses of black and Latino youth in the poorest communities—those who are Derrick Bell’s faces at the bottom well. And, the reality is, there are still too many people in various regions of our country who are indifferent to (if not outright hostile towards) the idea of having their children educated alongside children of color. This attitude harms them, their children, and the country as a whole. The New York Times named the continuing intractability of school segregation as one of the five big trends in education for the year 2019.²⁵ At

²¹ Ramirez and Williams, *supra* note 4, at 26-30.

²² *Id.*

²³ *Id.*

²⁴ 347 U.S. 483 (1954)

²⁵ Dana Goldstein, *Cheating Scandals, Charters and Failing Test Scores: 5 Takeaways from the Year in Education*, NYT (Dec. 27, 2019) <https://www.nytimes.com/2019/12/27/us/cheating-scandals-charters-and-falling-test-scores-5-takeaways-from-the-year-in-education.html?searchResultPosition=1>

the close of 2019, the major Democratic candidates for President announced plans to take federal actions to alleviate some of the segregation in our schools, on top of the measures being taken at the state and local level. But a major impediment to some of these efforts is the current Supreme Court's insistence that race can't be considered when making assignments to achieve racial integration.²⁶ As earlier explained, a deracialization approach to school integration could free the hands of decisionmakers in formulating plans to break down segregation.

On the presidential campaign trail in the summer of 2019, Democratic presidential candidates Kamala Harris and Joe Biden debated Biden's past opposition to school busing as a means of accomplishing school integration. Senator Harris remarked that she herself had been bused as a child to a school outside of her neighborhood.²⁷ The fact is, discussions of school integration too often devolve into discourses over the evils of busing, as if busing is always the only viable means of accomplishing meaningful integration. Next, I will shift the focus to my own experiences with school segregation and integration while growing up in Atlanta in the 1960s and 1970s.

b. Childhood Reflections on Segregation and Integration

For me, it was a blessing that the 2019 LatCrit conference was held in Atlanta, the city I grew up in during the civil-rights era of the 1960s and 1970s. Being back in the South unleashed a torrent of memories. Prior to moving to Atlanta in 1962, I stayed with my mother's family in the Florida panhandle while my father worked on his veterinary degree at Booker T. Washington's fabled Tuskegee Institute (now University). One of my defining childhood memories was a horrific first encounter with segregation—my mother had to snatch me from a water fountain in Jacksonville, Florida, because it was a whites-only water fountain. I still remember how putrid and rancid the water from the colored-only fountain tasted to me.

In 1962, my family moved to Atlanta, where my father and a classmate became the first two black veterinarians ever licensed by the state of Georgia. In Atlanta, we continued to deal with the indignities of Jim Crow segregation. I vividly recall being herded into the sides or rear entrances of buildings because the color of my skin meant I wasn't considered human enough to walk through the buildings' front doors. I still remember my shock the first time a white kid (about the same age I was at the time) shouted the N-word invective at me from the back of a passing

²⁶ See *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

²⁷ Matt Stevens, *When Kamala Harris and Joe Biden Clashed on Busing and Segregation*, *NYT* (July 31, 2019) <https://www.nytimes.com/2019/07/31/us/politics/kamala-harris-biden-busing.html?smid=url-share>

station wagon. From first through seventh grades, I attended segregated elementary schools in which one could trace the provenance of an assigned book by looking at the book's sign-out sheet; it was apparent in too many cases that the books had previously been used for years at white elementary schools before they were handed down to black elementary schools.

At the time, public high schools in Atlanta ran from eighth through twelfth grades. In line with the "all deliberate speed" oxymoron of *Brown II*²⁸, the Atlanta Public Schools System dragged its metaphorical feet in desegregating schools. But by the time I graduated from elementary school in 1969, the Atlanta system had adopted a "majority-to-minority plan" under which a student could voluntarily transfer from a high school in which the student was in the majority to a school in which the student would be in the minority. Needless to say, the vast majority of the students who chose this option went from predominantly black high schools to white high schools. My parents therefore were able to secure a seat for me at Grady School—then regarded as one of the best high schools in Atlanta.

I attended Grady, however, with trepidation. Some in my own community warned me that, despite my prior academic successes, I wouldn't be able to keep up with "smart white kids." My fears were compounded when I encountered a carefully orchestrated system of segregation-within-integration at Grady. For example, in the eighth-grade year black students were assigned to shop classes (the print shop in my case) while white students were assigned to technical classes like mechanical drawing. Similarly, some eighth-grade white students would be placed on the fast track to take classes like algebra—classes that were not made available to eighth-grade black students. The summer before I started at Grady, I had taken a math class at the black high school in my neighborhood. Early in the semester, I realized that the coverage in the math course I was taking at Grady was identical to the math class I had taken over the summer. I went to the front office to ask to be placed in a more advanced course, only to be met with a smug comeuppance: "The course you took over the summer was Math 101," I was told. "But the course you're taking here at Grady is Math 111." Undaunted, I took algebra at Grady the next summer. I was taught by a white math teacher whose usual assignment was at a predominantly Black school. It was he who went to the principal's office to demand that I be placed in honors advanced classes across the board. Without his presence in my life, my potential might never have been fully tapped. Four years later, I graduated Grady as its first black valedictorian. I wonder the extent to which children of color are still being treated as I was treated—whether too often they are still being subjected to what George W. Bush called the "soft bigotry of low expectations."

On balance, however, I would say that my experiences attending an integrated high school in 1970s were positive. I learned that when children occupy common

²⁸ 394 U.S. 294 (1955).

spaces, they have opportunities to forge life-long common bonds that can help to inoculate them against prejudice and racial hatred when they reach adulthood. Childhood relationships crossing racial, ethnic, class, economic, and social barriers can be (and often are) loving and transformative. They can nurture bonds of common identity that can help build communities and countries (as well as universities and law schools). By no means is this to say that early exposure to a diverse range of humanity will in all cases be successful in ridding souls of hatred. And, admittedly, integration and diversity in action can sometimes lead to messy conflicts. But there is no denying that these cross-cultural exchanges are essential to laying a foundation for our youth to develop the communication, cooperation, and coping skills that they will need to lead a diverse America into a more cohesive future.

IV. CONCLUSION

There is special significance, for me, in the 2019 LatCrit conference being held in Atlanta, paradoxically a cradle of both the old confederacy and the civil-rights movement. I recall a time when many streets in Atlanta bore the names of those who fought for the confederate cause. Prominently displayed all over the city, back in those days, were plaques that heralded civil-war battles in prose that made it seem the South had won. Over the years the vestiges of the confederacy are being erased; for example, streets that were once named for civil-war generals are now named for civil-rights luminaries. But the Atlanta LatCrit sessions were squarely focused on the reality that new powers are rising to take the confederacy's place in the eternal battle between those who wish to oppress and those who oppose oppression. There is no time to relish temporary victories because new challenges are emerging all around us.

The work done in Atlanta by LatCrit scholars is helping to push the world ever closer to the promised land of a deracialized world. Through our shared knowledge, love, respect, and comradery, we were transformed for a few special days into a microcosm of Dr. King's and John Lewis's "beloved community."

MORAL TURPITUDE, WILL WE EVER KNOW WHAT YOU MEAN? A CASE FOR A MODERN AND INTERSECTIONAL DEFINITION OF MORAL TURPITUDE

BY: ASHLEY ANNE CLEMENTE SERRANO*

“Law always chooses sides on the basis of enforcement power. Morality and legal niceties have little to do with it when the real question is: Who has the clout?”¹

ABSTRACT

What is moral? Who has the authority to define morality? Moral Turpitude has been at the center of discussion for years. It has served as the main topic of multiple law articles, amendments, and proposals; yet Congress refuses to give it a formal definition and end the ambiguity once and for all. In a day and age where immigration is such a relevant topic, it is time we know what Moral Turpitude really means; it is long overdue. The purpose of this article is to challenge a vague and broad term that has been around since 1851 with no official definition but that still has tangible effect on the lives of many immigrants. The article seeks to demonstrate the need for a definition of moral turpitude that is compatible with modern society as well with the recognized moral standards of present time. Through a historical overview and a succinct case study the article explores the different results yielded in cases that involve moral turpitude to highlight the problems that arise when a legal term lacks uniformity in its application. Also, the article pushes for a definition of moral turpitude that approaches the meanings of what is moral and what is not from an intersectional theory framework in which all the components of an immigrant’s identities are considered.

Keywords: *Crime Involving Moral Turpitude, Deportation, Immigration, INA, Inadmissibility, Intersectionality, Moral Turpitude*

Summary: I. INTRODUCTION. II. ORIGINS AND EVOLUTION.; II. A. *Historical and Legislative Background*; II. B. *Present Use* III. DECISIONS AND DEFINITIONS; III. A. *Moral Turpitude Defined*; III. B. *Examples of a Crime Involving Moral Turpitude*. IV. INTERSECTIONAL THEORY LENS; IV. A. *Intersectional Theory at Large: An Introduction*; IV. B. *Intersectional Theory and the Law*; IV. C. *Benefits and Limits of an Intersectional Approach in Defining Moral Turpitude*. V. CONGRESS HEAR ME OUT; V. A. *Proposed Definition*; V. B. *Why do we need to define the term?*; V. C. *Immigration in Puerto Rico: a closer look to prove a point*. VI. CONCLUSION.

* The author is a Juris Doctor student at the School of Law of the Interamerican University of Puerto Rico, Class of 2022. Previously obtained a B.A. in International Relations and Geography from Syracuse University (2015).

¹ FRANK HERBERT, *HERETICS OF DUNE*, 97 (1987).

I. INTRODUCTION

The United States of America, the great melting pot. Since the dawn of the nation, the United States has been known for its diversity and multicultural composition. Yet, said diversity stirs so much controversy. Immigration and the regulations that surround it have been a public debate for centuries and it continues to be so. Immigrants made the United States the nation that we know today, yet somehow immigration regulation is a never-ending struggle between society and Congress.

In a continuous attempt to regulate immigration, Congress has enacted multiple Acts in a span of 130 years that establish the guidelines for immigration regulation. Based on the previous Immigration Acts of 1891 and 1917, The Immigration and Nationalization Act (“INA”) was enacted in 1952 and is still the current regulatory law regarding immigration. Since it was first enacted in 1952 it has been amended multiple times in an attempt to reflect the changes of time and society. However, an important term of the INA has remained immovable through time, ‘moral turpitude’. In its section 212, titled *Inadmissible aliens*, the INA establishes categories for who may be ineligible for admission to the United States while Section 237 defines who may be deportable from the United States. Both sections use the term moral turpitude, none of them define it.

A Crime Involving Moral Turpitude (“CIMT”) is as broad or as narrow as the adjudicator or judge of the case may see fit. No one knows what it means but, arbitrators, judges, consular and USCIS² officers use it almost every day to exclude and deport immigrants who commit a crime of said nature. When an immigrant has committed a crime, the appropriate federal agency uses the current vague standard of moral turpitude to determine whether they are deportable or inadmissible. The broadness of the term represents a real problem for immigrants facing exclusion or deportation.

The main idea of this article is to challenge a vague and broad term that has been around since 1851 with no real definition and that has tangible effects on the lives of many immigrants. First, the article takes a historical look at the term “moral turpitude”, its origins and evolution to what we know it to mean today. Second, through a brief case study the article compares the meaning of moral turpitude in different case and the different results each case yielded even though they are all regarding a CIMT. Third, the article introduces the intersectional theory framework as a possible solution in the road to find a fair and modern definition of the term moral turpitude. The article also seeks to demonstrate the need for a definition of moral turpitude that is compatible with modern society as well with the recognized moral standards of present time. Last, the article attempts to push for a definition of moral turpitude that

² United States Citizenship and Immigration Services.

approaches the meanings of what is moral and what is not, from an intersectional theory framework in which all the components of an immigrant's identities are taken into account.

II. ORIGINS AND EVOLUTION

A. Historical and Legislative Background

The origins of the concept of Moral Turpitude in a legal setting can be traced back to early American law going as far as 1809.³ The term was then primarily associated with cases that involved defamation and with terms of evidence law. Moral turpitude was formalized as a legal standard as we now know it by common law courts seeking a manageable test for slander per se.⁴ It was not until 1891 that it was officially used by congress to limit or exclude certain immigrants from entering the United States.

However, the idea of morality as a way to curtail certain acts happening on American soil was first associated with immigration laws in 1875. In that year, Congress enacted the Page Act of 1875 which was the first restrictive federal immigration law enacted in the United States. Its main purpose was to exclude and limit the entry of Chinese nationals.⁵ Congress created an immigration law that primarily sought to exclude Chinese women suspected of being “undesirable”.⁶ This was the result of a growing anti-Chinese sentiment and an association of Chinese women with prostitution and other behaviors considered as immoral at the time. The effect of the Page Act was an almost complete halt of the immigration of Chinese women.⁷ Sadly, this would not be the last time in the history of the United States where a specific ethnic group was deemed as undesirable for entry due to the association of that group with immoral behavior.

Moving forward a couple years, the term as we know it today, “crime involving moral turpitude”, first made its appearance in the Immigration Act of 1891. Since then, it has continued to appear in association with immigration law and statutes. The Immigration Act of 1891 established that:

³ Julia Ann Simon-Kerr, *Moral Turpitude*, 2012 Utah L. Rev. 1001 (2012).

⁴ *Id.* Citing, MARTIN L. NEWELL & MASON H. NEWELL, *THE LAW OF SLANDER AND LIBEL IN CIVIL AND CRIMINAL CASES* 112 (3d ed. 1914).

⁵ Sect. 141, 18 Stat. 477, 3 March 1875.

⁶ Stephanie Hinnershitz, *The Long History of Anti-Immigration Legislation and “Crimes Involving Moral Turpitude”*, HISTORY NEWS NETWORK – COLUMBIAN COLLEGE OF ARTS & SCIENCES, THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY (April. 7, 2019), <https://historynewsnetwork.org/article/171665>.

⁷ Pooja R. Dadhania, *Deporting Undesirable Women*, 9 UC Irvine L. Rev. 53 (2018).

[N]othing in this act shall be construed to apply to or exclude persons convicted of a political offense, notwithstanding said political offense may be designated as a ‘felony, crime, infamous crime, or misdemeanor, involving moral turpitude’ by the laws of the land whence he came or by the court convicting.⁸

Subsequently, the Immigration Acts of 1903 and 1907 included similar language, excluding noncitizens for, among other reasons, crimes involving moral turpitude.⁹ The Act of 1917 established that crimes involving moral turpitude, besides grounds for exclusion, were also grounds for deportation. The 1917 Act “was designed primarily to exclude aliens with physical, mental, or moral disqualifications....”¹⁰ The 1917 Act served as a base for the provisions to be included in the next Immigration Act of 1952.

In 1952, the Immigration and Naturalization Act was enacted, its main purpose was to revise immigration laws, yet it kept the same provisions regarding crimes involving moral turpitude as its predecessors. This new Act did not define the term either. The 1952 Immigration and Nationality Act (INA) contained the same provisions of the 1917 act, rendering a noncitizen inadmissible for a crime involving moral turpitude and deportable for two or a single crime involving moral turpitude committed within five years of admission if a sentence of one year or longer was imposed.¹¹ The INA has been amended multiple times, but remains as the current law governing immigration and naturalization matters.

To the effects of moral turpitude and crime involving moral turpitude, the statute does not define nor specifies what may constitute a crime of said nature. It merely mentions it in the provisions of inadmissibility and deportability of an alien. Section 212 of the INA establishes who may be an inadmissible alien. Section 212 (a)(2)(A)(i) establishes in relation to being inadmissible in regards of committing certain crimes:

Except as provided in clause (ii), any alien convicted of, or who admits having committed, or who admits committing acts which constitute the essential elements of--

(I) a crime involving moral turpitude (other than a purely political offense) or an attempt or conspiracy to commit such a crime, or

(II) a violation of (or a conspiracy or attempt to violate) any law or regulation of a State, the United States, or a foreign country relating to a controlled substance (as defined in section 802 of Title 21), is inadmissible.¹²

⁸ Immigration Act of Mar. 3 of 1891, Ch. 551, 26 Stat. 1084.

⁹ Mary Holper, *Deportation for A Sin: Why Moral Turpitude Is Void for Vagueness*, 90 Neb. L. Rev. 647 (2012).

¹⁰ Immigration Act of 1917, 39 Stat. 874.; S. REP. NO. 80-1515, at 66 (1950).

¹¹ Holper, *supra* note 9.

¹² 8 U.S.C.A. § 1182.

On the other hand, in Section 237 of the INA we can find who may be considered a deportable alien. Section 237(a)(2)(i) establishes that:

Any alien who--

(I) is convicted of a crime involving moral turpitude committed within five years (or 10 years in the case of an alien provided lawful permanent resident status under section 1255(j) of this title) after the date of admission, and

(II) is convicted of a crime for which a sentence of one year or longer may be imposed, is deportable.¹³

B. *Present Use*

Ever since its introduction into the immigration statutes, moral turpitude has been a valid and legal reason to exclude and deport immigrants. Since the statute never define what moral turpitude is or the elements of a crime categorized as involving moral turpitude, the definition has been given by court precedents. Not much has changed in the last 68 years since the INA of 1952 inception; and basically, as of today, moral turpitude continues to be used in the same fashion it was in 1891. As recent as of October 14, 2020, in *Larios v. Attorney Gen. United States*,¹⁴ the Third Circuit of Appeals revised the standard for determining what constitutes a crime involving moral turpitude. Lazaro Javier Larios, a national of El Salvador, pleaded guilty in 1998 to: “threaten[ing] to commit any crime of violence with the purpose to terrorize another ... or in reckless disregard of the risk of causing such terror” which violated New Jersey laws.¹⁵

The court recognized that although there is no statutory definition of a crime involving moral turpitude, they draw on the “long-established BIA principles and decisions of our Court,”. Citing previous cases, the third circuit re-established that a crime involving moral turpitude for its elements is:

(1) an actus reus of ‘a reprehensible act that is inherently base, vile, or depraved contrary to the accepted rules of morality and the duties owed to other persons, either individually or to society in general’; and (2) a mens rea of ‘an appreciable level of consciousness or deliberation,’ signifying ‘a vicious motive or a corrupt mind’.¹⁶

In its decision the Third Circuit analyzed the crime committed by Larios using the modified categorial approach. When a state conviction is subject to immigration

¹³ 8 U.S.C.A. § 1227.

¹⁴ No. 19-2594, 2020 WL 6054598 (3d Cir. Oct. 14, 2020).

¹⁵ N.J. Stat. Ann. § 2C:12-3(a).

¹⁶ *Id.* (citing *Javier v. Att’y Gen.*, 826 F.3d 127, 130–31 (3d Cir. 2016); *Francisco-Lopez v. Att’y Gen.*, 970 F.3d 431, 435 (3d Cir. 2020)).

consequences, the courts must use one of the established by precedent approaches to determine whether a crime falls under the category of moral turpitude. There are two approaches to determine this: (1) the categorial approach and (2) the modified categorial approach. The purpose of these approaches is to “determine whether a petitioner’s crime of conviction matches the generic federal offense”¹⁷. Under the categorial approach, the court must consider, “the least culpable conduct hypothetically necessary to sustain a conviction under the statute would also be covered by the federal statute.”¹⁸ The purpose when applying the categorial approach is to determine whether moral turpitude inheres in a particular offense.¹⁹ The categorial approach applies when the statute is not divisible.

Instead, when the statute is divisible, meaning that, “(1) the statute of conviction has alternative elements, and (2) at least one of the alternative divisible categories would, by its elements, be a match with [the] generic federal crime,”²⁰ then the modified categorial approach must be applied instead to determine whether the crime is or not one involving moral turpitude. Utilizing this approach, modified categorial approach, the court decided that Larios’s crime had a minimum mens rea of recklessness but lacked the statutory aggravating factors, therefore categorizing the crime as not turpitudinous. Larios’s offense of conviction therefore did not qualify as a crime involving moral turpitude under the modified categorial approach.

It took a decade of litigation until a court finally established that the crime committed by Larios did not involve moral turpitude. Larios’s case serves as an example to demonstrate that although many years have passed since the first coinage of the term, “moral turpitude” as a term continues to be undefined. Not having a definition ultimately results in a barrier for immigrants trying to enter the United States and an exit for those who may be deported. The term has survived for centuries but it has not evolved with times, and it is time that it does.

III. DECISIONS AND DEFINITIONS

A. *Moral Turpitude Defined*

Black’s Law dictionary defines moral turpitude as: “Conduct that is contrary to justice, honesty, or morality; esp., an act that demonstrates depravity. In the area of legal ethics, offenses involving moral turpitude — such as fraud or breach of trust —

¹⁷ Larios v. Attorney Gen. United States, at 67.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Partyka v. Att’y Gen., 417 F.3d 408, 411 (3d Cir. 2005) (internal citations omitted).

²⁰ Larios v. Attorney Gen. United States, at 68 (*citing* Moreno v. Attorney Gen. of United States, 887 F.3d 160, 163, 2018 WL 1702361 (3d Cir. 2018)).

traditionally make a person unfit to practice law. — Also termed *moral depravity*.”²¹ While American Jurisprudence establishes that:

Moral turpitude means, in general, shameful wickedness — so extreme a departure from ordinary standards of honest, good morals, justice, or ethics as to be shocking to the moral sense of the community. It has also been defined as an act of baseness, vileness, or depravity in the private and social duties which one person owes to another, or society in general, contrary to the accepted and customary rule of right and duty between people.²²

The Board of Immigration Appeals (BIA) has added that a crime involving moral turpitude is one “per se morally reprehensible and intrinsically wrong, or *malum in se* so it is the nature of the act itself and not the statutory prohibition of it which renders a crime one of moral turpitude.”²³ The broadness of the term represents a real problem for immigrants facing exclusion or deportation. It allows for “arbitrary or discriminatory law enforcement practices.”²⁴

In a poor attempt to provide guidelines surrounding the term, the U.S. Department of State Foreign Affairs defines crimes of moral turpitudes as:

Statutory definitions of crimes in the United States consist of various elements, which must be met before a conviction can be supported. Some of these elements have been determined in judicial^{????} or administrative decisions to involve moral turpitude. A conviction for a statutory offense will involve moral turpitude if one or more of the elements of that offense have been determined to involve moral turpitude.²⁵

Again, the definition falls too short. In this case, is redundant and does not provide an actual meaning to the term, rather it refers to the judicial and administrative decisions already made by other authorities. Given the lack of definition that derives from the INA, the task of defining moral turpitude has been delegated to the judges and adjudicators of cases. This has led to an heterogenous mix of decisions, often based on the biases of the person who gets to decide what is moral and what is not.

²¹ MORAL TURPITUDE, Black’s Law Dictionary (11th ed. 2019).

²² 50 Am. Jur. 2d *Libel and Slander* § 165, at 454 (1995).

²³ *Matter of Franklin*, 20 I&N Dec. 867, 868 (BIA 1994).

²⁴ Jennifer Lee Koh, *Crimmigration and the Void for Vagueness Doctrine*, 2016 Wis. L. Rev. 1127 (2016).

²⁵ U.S. Department of State Foreign Affairs Manual Volume 9 - Visas 9 FAM 40.21(a) N2.2 Defining “Moral Turpitude”.

i. *Case Study*

Whether a crime committed in a foreign jurisdiction involves moral turpitude under the immigration laws is to be determined according to its inherent nature by United States standards.²⁶ Whether a crime committed abroad involves moral turpitude under the Immigration Laws must be determined by standards prevailing in this country, but it is not permissible to go behind the record of a foreign court regarding the existence and nature of the crime or to determine purpose, motive, or knowledge.²⁷ Any crime involving an act intrinsically and morally wrong and malum in se, or an act done contrary to justice, honesty, principle, or good morals, is a crime involving moral turpitude.²⁸

1. *As a base for inadmissibility*

a. *Patel v. Holder*²⁹

Nupur Patel, pleaded guilty to conspiracy to commit larceny charges stemming from a scheme in which he stole from the dorm rooms of his college classmates. Patel and two friends made up a plan in which they would knock on doors until they found one that was unlocked, enter the room and steal things. They executed the plan, taking multiple items but residents soon noticed the missing items and called the police. University police officers found a car parked outside one of the dorms, in which they could plainly see many of the items that had been reported missing. Patel and his companions returned to the car, admitted their involvement, and were arrested. Patel pled guilty and received a suspended sentence of 4 and half years and a 3-year probation period. He successfully completed the probation period and has had no other run-ins with the law.

In March 2010, Patel returned to the United States from a vacation abroad. Upon completion of Patel's reentry inspection, the Department of Homeland Security (DHS) issued a Notice to Appear charging him with removability due to a crime involving moral turpitude. Patel argued that his offenses were not qualified as such and in the alternative, he sought a waiver of inadmissibility. The Immigration Judge found him removable and inadmissible because his crimes qualified as aggravated felony theft offenses.

The Court of Appeals held that absent determination as to whether lawful permanent resident alien acted with or without the intent to cause a permanent deprivation, it could not be determined whether his crimes involved "moral turpitude".

²⁶ 1938, 39 Op.Atty.Gen. 215.

²⁷ 1937, 39 Op.Atty.Gen. 95.

²⁸ *Id.*

²⁹ 707 F.3d 77 2013 WL 388046 (1st Cir. 2013).

*b. Reznik v. U.S. Dep't of Justice, I.N.S.*³⁰

On December 27, 1990, Mr. Reznik applied with his parents and siblings for refugee status to the INS in Moscow on the ground of persecution because they were Jewish. The whole family except for Mr. Reznik were granted refugee status. As it is required by the application for refugee status, Mr. Reznik noted that he could be classified for exclusion due to being convicted by court martial of homicide. During his service as a special vehicle operator in the Soviet army, plaintiff was harassed and abused by one Corporal Kazankov. In March of 1977, Kazankov threatened that if did not finish the work satisfactorily by morning, the Corporal would “finish off” Reznik. Reznik entered a vehicle where Kazankov was resting and fatally struck him six or seven times in the head with an axe handle. Mr. Reznik was sentenced to eight years in a penal colony. After serving three years of his sentence, he was discharged by and his criminal record was expunged.

In a waiver application plaintiffs’ attorney stated that Mr. Reznik had been granted refugee status but was excluded because he had committed a crime of moral turpitude. If an alien has been convicted of or admits to having committed crime involving moral turpitude, he is not admissible unless ground for exclusion is waived.

Reznik argued that Plaintiffs argue that since exclusion for a crime of moral turpitude is waivable, it is inappropriate to deny a waiver because of the commission of such a crime. The court determined that “a review of the statutory scheme involving the exclusion for crimes of moral turpitude and murder in particular supports defendant’s position that a murder conviction effectively bars entry.”³¹ The court held that: (1) applicant was not entitled to judicial review under Administrative Procedure Act, and (2) his murder conviction effectively barred entry as a crime involving moral turpitude, not waivable.

*c. Forbes v. Brownell*³²

William George Forbes was convicted of Bigamy in Canada. He sought review of an order that excluded him from admission into the United States by reason of a conviction for a crime involving moral turpitude, which order was affirmed by the Board of Immigration Appeals. Forbes argued that Canadian statute defining the offense of bigamy, did not inherently involve moral turpitude., therefore he was eligible for entry.

This proposition is grounded upon the fact that conviction may be obtained under the statute irrespective of the existence of any criminal intent, or mens rea, and may, in fact, be predicated upon a biga-

³⁰ 901 F. Supp. 188, 1995 WL 617316 (E.D. Pa. 1995).

³¹ *Id.*

³² 149 F. Supp. 848 (D.D.C 1957).

mous marriage arising from an honest mistake of fact as to the existence or validity of a divorce or annulment.³³

The District Court, held that bigamy, as defined by Canadian statute does not require mens rea and is not an offense inherently involving moral turpitude, so that conviction thereof is not ground for convicted person's exclusion from United States.

*d. Mendoza v. Holder*³⁴

Luis Enrique Mendoza, a native of Mexico, entered the United States without inspection in 1983. In April 2005, he was convicted of robbery under California Penal Code section 211. He was sentenced to a year in prison. In November 2005, an immigration judge determined that Mendoza had been convicted of a CIMT and was therefore an inadmissible alien who did not qualify for a waiver of inadmissibility. The immigration judge also determined that "robbery was both a crime of violence and an aggravated felony, making Mendoza ineligible for most forms of relief."³⁵ To which the BIA confirmed, that in fact "burglary and theft or larceny, whether grand or petty, are crimes involving moral turpitude."³⁶ The Court of Appeals then stated that since Congress's intent regarding moral turpitude has never been clear we must give deference to the BIA case by case adjudications when deciding CIMT cases. Thus, the Court of Appeals held that Mendoza's conviction for robbery under California law is crime involving moral turpitude, rendering him an alien inadmissible.

2. As a base for removal

*a. Matter of Ortega-Lopez*³⁷

Agustin Ortega-Lopez is a native and citizen of Mexico. In 2009, he was convicted in a United States district court of sponsoring or exhibiting an animal in an animal fighting venture, for which he was sentenced to 1 year of probation. The Department of Homeland Security ("DHS") charged the respondent with removability. Ortega-Lopez argued on appeal that his conviction for unlawful animal fighting is not categorically a crime involving moral turpitude and that he is therefore eligible for cancellation of removal. The court here concluded that animal fighting under is indeed categorically a crime involving moral turpitude under the immigration

³³ *Id.*

³⁴ 623 F.3d 1299, 2010 WL 4227879 (9th Cir. 2010)

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ *Matter of Ortega-Lopez*, 26 I. & N. Dec. 99, Interim Decision 3777, 2013 WL 957625 (BIA 2013).

laws because “the commission of this offense requires a culpable mental state and involves reprehensible conduct.”³⁸

The court also concluded that the crime also clearly involves reprehensible conduct.

*b. Rodriguez v. Attorney Gen. U.S.*³⁹

Jose A. Rodriguez Rodas, a native of Ecuador became a lawful permanent resident in May of 2005. In September of 2009, Rodriguez was convicted in New York state court of the crime of unlawful surveillance in the second degree under to N.Y. Penal Law. Rodriguez argued before the immigration judge that there was no clear and convincing evidence to determine that his offense was a crime involving moral turpitude. The court of appeals concluded that any conduct sufficient to sustain a conviction under the statute “would be contrary to the accepted rules of morality and the duties owed other persons, either individually or to society in general.”⁴⁰ The Court of Appeals held that the offense was categorically a “crime involving moral turpitude,” the alien’s conviction of which supported his removal.

*c. Avendano v. Holder*⁴¹

Ribelino Avendano, entered the United States from El Salvador illegally in 1998. He later received temporary protected status and protection from removal under the designation of El Salvador Under Temporary Protected Status Program (also known as “TPS”)⁴². Avendano lost his protected status in 2007 for driving while impaired. In January 2012, during an argument with his girlfriend, in the presence of their children, Avendano grabbed a knife and told his girlfriend to follow him into the bathroom. He pleaded guilty to making terroristic threats in violation of Minnesota laws. At his plea hearing, Avendano claimed he was threatening only to commit suicide, but he admitted that his girlfriend felt threatened by his actions.

The immigration judge, and later the board of appeal determined that Avendano had been convicted of a crime involving moral turpitude and was therefore ineligible for cancellation of removal. The court of appeals determined that, the offense was a crime involving moral turpitude and therefore he was removable. The court of appeals concluded that, “It was permissible for the Board, con-

³⁸ *Id.*

³⁹ 559 F. App’x 188, 189, 2014 WL 1045639 (3d Cir. 2014).

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ 770 F.3d 731, 2014 WL 5420051 (8th Cir. 2014).

⁴² “The Secretary of Homeland Security may designate a foreign country for TPS due to conditions in the country that temporarily prevent the country’s nationals from returning safely, or in certain circumstances, where the country is unable to handle the return of its nationals adequately.”

sistent with **Silva–Trevino**, to conclude that Avendano's admission that he acted with reckless disregard of the risk that he would cause terror in his girlfriend was sufficient to satisfy the scienter requirement for turpitudinous offenses."⁴³

*d. Menendez v. Whitaker*⁴⁴

Petitioners Elisa de Jesus Menendez and Hector Rodriguez-Castellon were both subject to removal for convictions under the California Penal Code, Section 288(c) (1). Menendez, a native from El Salvador, entered the United States without inspection but in 2004 she became a lawful permanent resident ("LPR"). In 2010, Menendez was convicted of committing lewd or lascivious acts to a minor under the California Penal Code. She was sentenced to 180 days in county jail and five-year probation. In 2013, the Department of Homeland Security ("DHS") initiated removal proceedings against Menendez.

The second petitioner, Rodriguez-Castellon is a native of Mexico who was admitted as an LPR in 1975. In 2009, the DHS started removal proceedings against him after he entered a nolo contendere plea for violation of Cal. Penal. Code. Section 288 (c)(1).

Section 288 (c)(1) provides:

person who willfully and lewdly commits any lewd or lascivious act, including any of the acts constituting other crimes provided for in Part 1, upon or with the body, or any part or member thereof, of a child who is under the age of 14 years, with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions, or sexual desires of that person or the child, is guilty of a felony and shall be punished by imprisonment in the state prison for three, six, or eight years.

While subsection (a) referenced in (c)(1) establishes that:

any person who willfully and lewdly commits any lewd or lascivious act, ... upon or with the body, or any part or member thereof, of a child ... with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions, or sexual desires of that person or the child, is guilty of a felony.

In determining whether Menendez and Rodriguez-Castellon were removable, the Ninth Circuit first established that "the essence of moral turpitude is an evil or malicious intent."⁴⁵ After an analysis using the categorical approach and the ambiguous definitions available to moral turpitude, the Court held that Section 288(c)(1) of the

<https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status>

⁴³ Avendano, 770 F.3d 731.

⁴⁴ 908 F.3d 467, 2018 WL 5832974 (9th Cir. 2018).

⁴⁵ *Id.*

California Penal Code is neither a crime involving moral turpitude nor a crime of child abuse and granted the petitioners petition for review. “We hold that § 288(c) (1) is not categorically a crime involving moral turpitude. Because the statute contains a single, indivisible set of elements, the modified categorical approach does not apply.”⁴⁶

3. *Clemente Avelino Pereida v. Robert M. Wilkinson*⁴⁷

Pereida v. Wilkinson is the latest case to make it to the Supreme Court that dealt with immigration and moral turpitude. It was argued on October 14, 2020 and decided on March 4, 2021. The court limited itself to discuss whether *Pereida* as an immigrant seeking cancellation of removal had the burden of proving he had committed or not a crime involving moral turpitude. The Supreme Court held that under the INA, certain nonpermanent residents seeking to cancel a lawful removal order bear the burden of showing they have not been convicted of a disqualifying offense. The Supreme Court concluded that *Pereida* had the burden of proof and it fell to him to show that his offense was not among those disqualifying offenses, *Pereida* failed to carry this burden. Justices Breyer, Sotomayor and Kagan, dissented stating that the case had less to do with burden of proof and more with applying the categorical approach. The Supreme Court had a great opportunity to enter into the definition of moral turpitude and settle the issue of a definition once and for all, yet it did not.

B. *Examples of a Crime Involving Moral Turpitude*

Although there is no defined list of crimes involving moral turpitude, the Board of Immigration Appeals (BIA) has a compiled list on its website of what might be considered a crime involving moral turpitude.⁴⁸ The following crimes and offenses have been found by the courts and the BIA to be a crime involving moral turpitude:

1. Accessory after the fact
2. Animal cruelty
3. Assault
4. Attempt offenses
5. Burglary
6. Child pornography
7. Child, Sexual Conduct with

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ 141 S.Ct. 754 (2021).

⁴⁸ U.S. Department of Justice, BIA Precedent Chart CA-CR, https://www.justice.gov/eoir/bia-precedent-chart-ca-cr#TOC1_19 (updated March 20, 2017).

8. Controlled substances
9. Copyright infringement
10. Corporal Injury on a spouse
11. Date of admission
11. Deadly conduct
13. Domestic battery
14. Driving recklessly to evade police
15. Driving under the influence
16. Failure to register as a sex offender
17. Falsely obtaining a U.S. Passport
18. Financial violations
19. Indecency with a child
20. Indecent exposure
21. Misprision of a felony
22. Money laundering
23. Petit larceny
24. Reckless endangerment
25. Shoplifting
26. Stalking
27. Theft
28. Trafficking in counterfeit goods
29. Vandalism
30. Welfare fraud

The list put together by the BIA is a compilation of crimes deemed as involving moral turpitude in a vast of decisions made by the BIA, the immigration court and agencies. Some may argue that the list serves a fair guide on what might be considered a crime involving moral turpitude. Other might even say this serves as a fair warning of attitudes and conduct that could lead to exclusion or deportation. However, the list is too broad and non-specific. Also, the crimes included range from crimes or offenses that any normal person would say involve some level of moral depravity such as sexual conduct with a child to crimes such as shoplifting, an offense many would consider being minor, not important, and not a synonym of moral baseness and depravity. This is where the problem arises. The crimes deemed to be crimes involving moral turpitude are not specified in a detailed manner. In other words, any conduct could be considered as morally wrong, base or depraved as long as a judge or immigration agent sees it that way. Hence, the need for a uniform and fair definition of moral turpitude.

IV. INTERSECTIONAL THEORY LENS

A. *Intersectional Theory at Large: An Introduction*

The theory of Intersectionality, first coined by Professor Kimberlé Crenshaw, is the idea that all individuals have multiple layers to their identities that shape their experiences with society in unique ways. It is the idea that all those aspects of identity cross each other and make each person multidimensional. Professor Crenshaw sought to highlight the need to account for multiple grounds of identity when considering how the social world is constructed.⁴⁹ In her article, Professor Crenshaw argues that a ‘single axis’ framework that focuses on either race or sex serves to erase certain groups since they are at the cross section of these multiple categories.⁵⁰ Furthermore, she points out that this behavior results in courts typically viewing discrimination through the lens of the most privileged groups within each category.⁵¹

Intersectionality recognizes that groups identified as minorities are not all the same even when approached with the same limitations by society. Intersectionality invites to reconceptualize the ideas surrounding identity and to integrate the inner workings of society within the self and the experiences thereof. “With identity thus reconceptualized, it may be easier to understand the need for and to summon the courage to challenge groups that are after all, in one sense, ‘home’ to us, in the name of the parts of us that are not made at home.”⁵² The theory requires to focus on the “experiences of individuals that exist at the ‘intersection’ of more than one identity marker.”⁵³ Thus, the intersectionality theory approach could prove useful when referring to topics such as law and immigration given the multiplicity of the identities of the person.

B. *Intersectional Theory and the Law*

Professor Crenshaw introduced the theory of intersectionality from a legal standpoint. Although originally the approach was introduced from a feminist legal standpoint it can serve purpose in other legal fields. Her main argument back then was the idea that civil rights laws are not enough to address all the different types of

⁴⁹ Kimberlé Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, 43 *Stan. L. Rev.* 1241, 1296 (1991).

⁵⁰ Bolatito Kolawole, *African Immigrants, Intersectionality, and the Increasing Need for Visibility in the Current Immigration Debate*, 7 *Colum. J. Race & L.* 373, 387 (2017).

⁵¹ *Id.*

⁵² Crenshaw, *supra* note 49.

⁵³ *Id.*

discrimination suffered by certain groups.⁵⁴ In other words, the laws in place were not enough to prevent discrimination and inequality because they did not recognize the multiple layers surrounding an individual experience with the world. Since its introduction, the intersectional theory lens has been used to explore many fields one of them being the law. Mainly it has been useful in the employment law field. Often used to litigate over federal employment discrimination cases. Still, many argue it could be useful in more legal fields. “Current legal scholarship has explored the types of methodologies that characterize intersectional research as its own paradigm that stands in contrast to traditional unitary approaches to conceptualizing difference.”⁵⁵

Deriving from this idea, other scholars have developed that intersectionality could serve as a normative theory for diverse legal matters. Ange-Marie Hancock defines intersectionality as an approach that incorporates “previously ignored and excluded populations into preexisting frameworks to broaden our knowledge base regarding traditional questions of political science.”⁵⁶

Hancock establishes that in order to serve as a normative theory, intersectionality must proceed under six key assumptions:

1. There exists more than one category of difference;
2. The relationship among the categories is an open empirical question;
3. The categories contested are enforced at the individual and institutional levels;
4. Each category of difference has within-group diversity that sheds light on the way we think as groups as actors in politics and on the potential outcomes of any particular political intervention;
5. Intersectional research project requires integrative analysis rather than adding together mutually exclusive analysis; and
6. Requires attention to both empirical and theoretical aspects.⁵⁷

⁵⁴ Rachel Kahn Best, Lauren B. Edelman, Linda Hamilton Krieger, Scott R. Eliason, *Multiple Disadvantages: An Empirical Test of Intersectionality Theory in Eeo Litigation*, 45 *Law & Soc’y Rev.* 991, 993 (2011).

⁵⁵ Kolawole, *supra* note 50.

⁵⁶ Ange-Marie Hancock, **Intersectionality as a Normative and Empirical Paradigm**, 3 *POL. & GENDER* 248, 248 (2007).

⁵⁷ Kolawole, *supra* note 50. (citing Ange-Marie Hancock, **Intersectionality as a Normative and Empirical Paradigm**, 3 *POL. & GENDER* 248 (2007))

C. *Benefits and Limits of an Intersectional Approach in Defining Moral Turpitude*

Approaching immigration law with an intersectional theory lens could result in a more humane legal treatment of immigrants. It could mean that judges, arbitrators, case managers would have to take a step back when deciding a case to examine lapses and attribute legal recognition of those “existing in the overlap of multiple identity markers.”⁵⁸ Also, “intersectionality might be more broadly useful as a way of mediating the tension between assertions of multiple identities and the ongoing necessity of group politics”.⁵⁹ Which could prove itself to be useful and just what is need given the current political climate. “Because immigration addresses questions of race, gender, and outsider status, it is an inherently intersectional terrain.”⁶⁰ In other words, immigration law is a field that converges with the layers of the individuals it rules. Immigration policy, whether on purpose or not, creates categories and subcategories for immigrants. Thus, racializing and further minorizing immigrants. “The longer a group remains obscured, the harder it becomes to create policies facilitating their immigration, and the more likely measures that already benefit them can be attacked.”⁶¹ Approaching the matter through an intersectionality theory lens could perhaps solve this problem. Through the intersectional theory lens, those obscure parts of the individual’s identities could be highlighted and addressed. The idea would be to not categorize all immigrants as the same or make them invisible by doing so. Highlighting the obscure layers of the immigrant’s identities could point policy makers to the root of the problems in generalizing all immigrants under one big umbrella.

Institutional roles exacerbate the impact of pity and blame through rigid definitions of judicial authority, progressive advocacy, and national sovereignty. Courts see their role as protecting negative freedom, i.e, safeguarding people from excessive government interference, rather than realizing positive freedom, i.e., providing people with the resources for participation in society. Immigration, which allows people to transform their lives through entry into America, has always been at least as much about positive as about negative freedom.⁶²

⁵⁸ Aisha Nicole Davis, *Intersectionality and International Law: Recognizing Complex Identities on the Global Stage*, 28 Harv. Hum. Rts. J. 205, 209 (2015).

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Kolawole, *supra* note 50.

⁶¹ *Id.*

⁶² Peter Margulies, *Asylum, Intersectionality, and AIDS: Women with HIV As A Persecuted Social Group*, 8 Geo. Immigr. L.J. 521, 524 (1994).

As helpful as it may seem to approach immigration law and the task of defining moral turpitude from an intersectional approach is important to recognize the possible limitations of the theory when practically applied. Many critics of the theory establish that intersectionality or rather recognizing intersectionality imposes a burden on social interactions thus it will inherently put additional pressures on the legal system. On the other hand, it has been argued that “intersectionality, if applied without constraint, can result in the creation of sub-categories ad infinitum”.⁶³ Therefore, the theory must be approached with caution to avoid doing more harm than good when applied.

V. CONGRESS HEAR ME OUT

A. *A Proposed Definition*

Any proposed new definition of moral turpitude should begin by establishing that, rather than a punishment for seemingly immoral behavior, it is a standard of character required of every citizen and non-citizen of the United States. High moral standards should be a goal for every inhabitant of the United States and not an impossible goal out of reach for certain people that federal law considers undesirable. Moral turpitude should not be used as a filter to weed out those considered as other, but to hold accountable every person of the United States.

This new definition, or rather this official definition (seeing that the term has yet to be defined by Congress), should consider the identities and social circumstances of the immigrants crossing into the United States borders every day. Moral turpitude and crimes involving moral turpitude must be defined in a manner consistent with the 21st century. It should be applied fairly and uniformly, and it must reflect the modern society of today.

B. *Why do we need to define the term?*

Even though moral turpitude lacks a proper and official definition, from 2002 to 2011, there were 386,116 criminal charges related to moral turpitude or crimes involving moral turpitude in deportation proceedings in the Immigration Courts⁶⁴. Laws and customs change through time; as they should. Society changes and fits itself to reflect the changes of times. Laws should not be enacted in permanent, unchangeable ways, that is why laws are amended, repealed, and reversed because society and the need for certain laws change as times moves on. Moral Turpitude is without a doubt an outdated term that boxes certain behavior as immoral. But, as it

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Trac Immigration Data, <https://trac.syr.edu/immigration/reports/260/include/detailchg.html>

has been established earlier in this note, the standard used today to define Moral turpitude and Crimes involving moral turpitude is one that dates to more than a century ago. Every day, immigrants are excluded from entry and deported based on an old and undefined term. It is time to recognize that a phrase, composed of two words has a real impact on the lives of those excluded or deported and their families.

C. Immigration in Puerto Rico: a closer look to prove a point

It is roughly estimated that approximately 275,000 immigrants lived in Puerto Rico by the year 2013.⁶⁵ This rough estimate includes immigrants living legally and illegally in the Island. Although this number has been declining due to immigrants similarly leaving the island as have the numbers of Puerto Ricans moving. Most of the immigrants come from the Dominican Republic, it has been estimated that approximately 70,000 Dominicans live on the island although many believe that number to be higher. Dominicans are followed by nationals of Cuba, Colombia, and Venezuela, in order of nationals living in Puerto Rico. As a territory of the United States, the INA Act of 1952, as amended, applies to the immigration processes that occur on the island. This includes processes of exclusion and removal which are adjudicated in the same way as they are in any other state of the mainland.

From January 2001 to January 2021, 15,044 immigrants have been caught and deported from Puerto Rico, which translates to roughly 752 deportation per year⁶⁶. This number may seem fairly low compared to Texas's almost 1 million deportations in the last 20 years, but we have to keep in mind the size of Puerto Rico in comparison to most of the States and its geographic location. Also, in Puerto Rico there is only one detention center for immigrants, located in Guaynabo, referred to as "*la nevera*" or the fridge, but that is a temporary holding location. Most immigrants caught in Puerto Rico by CBP or ICE are often sent to other facilities in the Mainland to await processing and then deportation or removal. Of those deported from Puerto Rico, approximately 55% were of Dominican nationality.⁶⁷ According to the data, 8% of those deported in the past 20 years had been living in the United States between 10 and 15 years.⁶⁸ Although the data is not specific regarding what number of immigrants were deported on charges of crime involving moral turpitude. The data filed under "other criminal charge", amounted to 10% of all deportation filings in Puerto Rico for 2021, and "other immigration charges" amounted to 77.9%.⁶⁹

⁶⁵ UNICEF. Migration Profiles: Puerto Rico, https://caribbeanmigration.org/sites/default/files/repository/migration_profiles_puertorico_unicef_esa.un_.org_.pdf

⁶⁶ Trac Immigration Data, https://trac.syr.edu/phptools/immigration/charges/about_data.html

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

VI. CONCLUSION

“The Number of Immigrants Who Have Died In ICE Custody Is The Highest Since 2006” “24 immigrants have died in ICE custody during the Trump administration”, “Transgender asylum-seeker dies after six weeks in ICE custody”. These are some of the headlines that have made the news this past year. Illegal immigrants as a population are at a constant risk of being deported, persecuted and separated from their families. Those who seek to be admitted into the United States legally have a hard time as well, from immigration processes that are often too expensive and take too long. Currently there is the largest backlog of pending cases in immigration Court. As of March 2021, there were 1,308,327 million of pending deportation cases and that number keeps growing each day.⁷⁰ Shouldn't the laws in place at least work in the favor of those who are trying to make things right?

At the time of writing this article, there is increasing and palpable tension in the United States surrounding topics of diversity, race, gender, and immigration. The nation seems to be more divided than ever. The tension continues to grow, and liberal and conservative political visions are pitted against each other. In such difficult times is easy to lose sight of what matters, which is important to have political and legal systems in place that put people first. Immigration is what made the United States the country that it is today. Countless law review articles have been written about this same topic and here is another one, so why this topic again? Easy, because we still don't know what Moral Turpitude is, what it means or what it represents. And while we wait for Congress to provide us with one, we should make every attempt possible to find a definition that is fair under the law and the standards of our modern society.

⁷⁰ Trac Immigration Data, https://trac.syr.edu/phptools/immigration/court_backlog/apprep_backlog.php

LA VOZ SILENTE DEL DISCRIMEN LABORAL: EL INGLÉS SIN ACENTO COMO EXIGENCIA DE ASCENSO

POR: CALYN F. DÍAZ RODRÍGUEZ*¹

RESUMEN

En este artículo se hace una aproximación a el tema de los idiomas y su relación con el derecho en Puerto Rico. Primero se hace un recuento histórico y se estudian las distintas corrientes teóricas sobre la temática del idioma. Luego se presentan varios estadísticas y situaciones que se centran en el idioma. El propósito final de este artículo es hacer un estudio de un tema muy particular y poco estudiado, si existe el discrimen por idioma en Puerto Rico y si el mismo puede presentarse como una problemática a estudiarse y evaluarse en el Derecho. Por último, se concluye que es difícil volver a una exclusividad con el idioma español, pero que los legisladores deben hacer un esfuerzo para que se pueda proteger sobre un posible discrimen en las personas que solo hablan español y que por esta razón han sido discriminados en los trabajos.

Palabras clave: *Idioma, idioma español, idioma inglés, desigualdad económica, discrimen laboral.*

ABSTRACT

In this article we tackle the issues of languages and their relationships with the laws in Puerto Rico. First, a historical view is made and the different theoretical currents on the subject of language are studied. Then several statistics and situations are presented that focus on the language barrier. The final purpose of this article is to make a study of a very particular and less studied topic, if there is discrimination by language in Puerto Rico and if it can be presented as a problem to be studied and evaluated by the Legislators. Finally, it is concluded that it is difficult to return

* Estudiante de tercer año de Juris Doctor de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

¹ En este escrito no se estará tocando el tema de la territorialidad. Se estará hablando de las visiones de donde se posiciona el idioma respecto a lo que se profesa según las ideologías políticas.

to exclusivity with the Spanish language, but that legislators must make an effort so that they can protect Puerto Rico workforce against a possible discrimination in people who only speak Spanish and who for this reason have been discriminated against in the jobs.

Keywords: *Language, Spanish language, English language, economic inequality, labor discrimination.*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. TRASFONDO HISTÓRICO DEL DEBATE DE LOS IDIOMAS EN PUERTO RICO; II. *a. Asimilismo e imposición norteamericana sobre la enseñanza del inglés; II. b. El nacionalismo y la implementación del español en la enseñanza en Puerto Rico; II. c. El colonialismo y las teorías sobre la influencia del inglés.* III. LA BATALLA DE LAS LENGUAS; III. *a. Legislación sobre el idioma inglés ; III. b. Legislación sobre los idiomas oficiales.* IV. FOMENTO DEL BILINGÜISMO EN PUERTO RICO; IV. *a. La preservación del español en la educación y sus distintas conceptualizaciones; IV. b. La reforma educativa del siglo 21 y el bilingüismo.* V. EL INGLÉS Y EL COMERCIO. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Hace 122 años Puerto Rico pasó a ser posesión de los Estados Unidos de América. En esa transición, la isla pasó de ser una posesión española a una estadounidense; de una colonia de habla española a una colonia bajo el sello de una nación predominantemente angloparlante. Con este cambio de soberanía, cualquiera pensaría que la isla cambió la utilización de un idioma por el otro o, que con el pasar del tiempo seríamos por lo menos bilingües. No obstante, esta no es la realidad de hoy en día. Esta aparente paradoja nos lleva a plantearnos en qué posición los habitantes de Puerto Rico se encuentran en cuanto a su asimilación y adaptación hacia el idioma de la metrópoli. También, nos planteamos si aprender inglés debe ser necesario. En esta problemática los habitantes de la isla no están solos, en otras partes del mundo o fuera de los Estados Unidos también ocurre que la enseñanza del inglés se hace importante por razones de negocio. Bastaría con hacer una búsqueda en internet con la pregunta *¿Por qué es importante aprender inglés?* y encontraremos una variedad de páginas y artículos que hacen referencia a dicha problemática. La mayoría de estas páginas provienen de otros países como Argentina, México o España.² Para contemplar la

² Armando Vargas Soto, 10 RAZONES PARA APRENDER EL IDIOMA Inglés, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/prepa2/n8/p2.html> (última visita 10 de abril de 2021).

aparente importancia del aprendizaje del inglés en estos países habría que ver cómo se distingue la importancia que le damos al aprendizaje del inglés en Puerto Rico.

Aunque se concentre la importancia del inglés en el aprendizaje, hay que tener en consideración que las leyes creadas en cuanto a los idiomas afectan también otros aspectos de la sociedad y de la vida en Puerto Rico. Este escrito pretende explorar dos dimensiones sobre la influencia del debate del idioma en Puerto Rico y el concepto que se tiene del bilingüismo. Primero, auscultaremos el trasfondo histórico sobre el idioma en Puerto Rico. Esta dimensión se centra en el debate sobre la oficialidad del idioma en el gobierno, la enseñanza del inglés en Puerto Rico y la influencia en cuanto al aspecto económico en la isla. En segundo lugar, se explorará la influencia de este debate en el área del derecho. Adelanto, que el estudio del idioma en el derecho no es un estudio necesariamente positivista. Tampoco espero encontrar un impacto directo del idioma en cuanto a decisiones que interpreten un discrimen por idioma. Lo que busco en este estudio es la comprensión de conceptos que influyen las leyes y por ende el derecho.

Como veremos, este debate no necesariamente es sobre la importancia del aprendizaje de un idioma o más, la idoneidad de ser bilingües o la necesidad de establecer un idioma como principal. Más bien, se hace un análisis bajo otros aspectos como la asimilación, el nacionalismo, el colonialismo, la lucha de clases, el desarrollo económico, la integración global, la cultura, la identidad; y dado nuestra situación, el enfoque basado en las ideologías de estatus. Es necesaria la comprensión de estos conceptos debido a que el conflicto se crea mediante la comprensión de la visión de cada uno de los factores que favorece el manejo de los dos idiomas aquí en conflicto; el español o inglés. Puede que alguno de estos factores entienda la problemática desde un punto intermedio.

Por último, en el estudio iremos esbozando esa evolución del pensamiento a través de los años, desde la invasión norteamericana, hasta la actualidad.³ Será un repaso breve en el que veremos la posición del derecho dentro de este debate.

II. TRASFONDO HISTÓRICO DEL DEBATE DE LOS IDIOMAS EN PUERTO RICO

a. Asimilismo e imposición norteamericana sobre la enseñanza del inglés

En 1898, como resultado de una invasión militar, fue impuesto un sistema educativo como parte de un plan de americanización forzada en Puerto Rico, fundado en una visión totalmente prejuiciada de la historia y personalidad del pueblo puertorriqueño.⁴ La imposición de este sistema tenía como propósito tratar

³ Para alguna llegada, para otros un encuentro depende la ideología de estatus.

⁴ Informe Final sobre el Idioma en Puerto Rico En cumplimiento de la R. del S. 1 de 12 de enero de 2001, 2da Ses. Ord., 14ta Asam. Leg., en la pág. 37.

de norteamericanizar al inmigrante, quien en Puerto Rico no era un inmigrante.⁵ Entre los intentos de norteamericanización o asimilación se cambió los nombres de las escuelas por los de Washington, Lincoln y Jefferson; se pidió a los estudiantes que comenzaran sus matutinos escolares con las promesa de lealtad a la bandera de los Estados Unidos y por supuesto se impuso la enseñanza en inglés, entre otras cosas.⁶ De hecho, al amparo jurídico de la Primera Carta Orgánica, — *Ley Foraker*, de 12 de abril de 1902 — el gobierno norteamericano comenzó a dar pasos dirigidos a la progresiva americanización de Puerto Rico por conducto, entre otros medios, del sistema educativo.⁷ En consecuencia, se aprobó la *Ley de Idiomas* que oficializaba el idioma inglés como el único idioma oficial.⁸

Según Esteban Tollinchi, estos fueron esfuerzos intermitentes del gobierno colonial de Estados Unidos por implantar en Puerto Rico el uso del inglés.⁹ En la que se considera que fueron formas más directas y crudas de imposición lingüística.¹⁰ Por ejemplo, en la educación se prohibía el uso del español como lengua vernácula en la enseñanza, aunque los maestros nativos con frecuencia no observaban las reglas que prohibían su uso.¹¹ Sobre estas políticas llamadas asimilistas hubo resistencia. El primer intento de alejarse de estas políticas impuestas por el gobierno de los Estados Unidos data para 1913, cuando la Cámara de Diputados aprobó un proyecto que estableció el español como el lenguaje de instrucción en las escuelas y en los textos escolares. A pesar de ello, se buscó imprimir en la Isla los textos publicados en inglés.¹² Este tipo de imposición por parte de los Estados Unidos no rindió frutos, por esta razón, el gobierno colonial permitió la enseñanza bajo el español en la medida en que el gobierno local se le fue dando una relativa autodeterminación.¹³

⁵ RONALD FERNÁNDEZ, PUERTO RICO Y LOS ESTADOS UNIDOS EN EL SIGLO VEINTE, 98 (1996).

⁶ *Id.* a la pág. 99.

⁷ *Id.*

⁸ Luis Muñoz Arguelles, *La legislación lingüística en Puerto Rico*, FUNDACIÓN PUERTORRIQUEÑA DE LAS HUMANIDADES (2005), www.muniz-arguelles.com/articulo.html.

⁹ Esteban Tollinchi, *La falacia del bilingüismo*, Revista de Ciencias Sociales UPR Rio Piedras 183, 183 (1967).

¹⁰ ROAMÉ TORRES GONZÁLEZ, IDIOMA, BILINGÜISMO Y NACIONALIDAD: LA PRESENCIA DEL INGLÉS EN PUERTO RICO, 1 (2002).

¹¹ FERNÁNDEZ, *supra* a la nota 5, pág. 98.

¹² Muñoz Argüelles, *supra* nota 8, en la pág. 59.

¹³ TOLLINCHI, *supra* nota 9, en la pág. 183.

b. El nacionalismo y la implementación del español en la enseñanza en Puerto Rico

Posteriormente, los organismos educativos del país volvieron a implementar el español como lengua de enseñanza.¹⁴ Curiosamente Tollinchi se plantea con ironía que no se puede ocultar que los esfuerzos se han tornado mayormente defensivos.¹⁵ Y es que, Tollinchi pensaba que para la época en que expuso su crítica del bilingüismo existían unas fuerzas que impulsaban una transformación lingüística en el que el inglés cogía impulso como un idioma principal dentro de nuestra sociedad.¹⁶ En esa misma línea de la gesta defensiva, Torres González nos indica que ya para entonces operaban en la Isla diversas fuerzas políticas, económicas, demográficas y culturales asociadas a la indiscutible hegemonía mundial de Estados Unidos; que contribuían a la creciente presencia del inglés entre los puertorriqueños.¹⁷

Otra teoría, esbozada por Jorge Duany, pone énfasis en la identidad como factor determinante en la conceptualización de lo puertorriqueño y en la que se le resta importancia al idioma como un ente cohesivo.¹⁸ A diferencia de la época de Tollinchi, este teórico centra su tesis en la identidad bajo la transnacionalidad. La misma viene como una crítica a lo que denominan el nacionalismo cultural. El concepto se refiere a la defensa del lenguaje español y otros íconos de nuestra herencia hispana como una ventaja práctica en la unión de los puertorriqueños y puertorriqueñas.¹⁹

Jorge Duany expone que el crecimiento del nacionalismo cultural se da desde la caída del nacionalismo político a partir de la década de los 40. Esto sucede después de la Segunda Guerra Mundial en el que el nacionalismo cultural se empieza a identificar con la figura populista de Luis Muñoz Marín.²⁰ Aunque este nacionalismo no es uno exclusivo del Muñocismo, el mismo imperó e impera dentro de todos los espectros políticos e ideologías de estatus en el país. Para Duany, esto representa un problema de inclusividad debido a que domina en Puerto Rico un discurso que solo promulga la nacionalidad desde un punto limitado, excluyendo a la diáspora o todo lo que no esté construido bajo la premisa que esboza el nacionalismo cultural. De ahí, es que se crea un canon dominante

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ TORRES GONZÁLEZ, *supra* nota 10, págs. 1-2.

¹⁸ Jorge Duany, *Nation on the move: the construction of cultural identities in Puerto Rico and the diaspora*, ANTHRO SOURCE (7 de Enero de 2008), <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1525/ae.2000.27.1.5>.

¹⁹ *Id.* a la pág. 2.

²⁰ *Id.* a la pág. 9.

de lo que supuestamente es ser “puertorriqueño.”²¹ Desde el punto de vista de los escritores del nacionalismo cultural el constructo de lo “puertorriqueño” y su identidad cultural circula alrededor del lenguaje español, el catolicismo, los valores y prácticas hispanas, como el respeto y la dignidad.²² Haciendo que no exista cabida para otras figuras o el lenguaje inglés. De ahí, que Duany exponga su crítica a la exclusión basada en su teoría de la existencia del puertorriqueño más allá de fronteras geográficas, en el que usa de ejemplo a los *nuyorican*.

Una solución para este dilema del nacionalismo cultural es el nacionalismo de tipo liberal; un nacionalismo democrático y pluralista que a la vez afirme y promueva la identidad cultural lingüística de los pueblos, rechazando las formas culturales y lingüísticas excluyentes de dicha identidad.²³ Torres González plantea en el aspecto de la promoción del español, que se puede llegar a un punto en que impere la enseñanza de la lengua vernácula y se pueda enseñar otros idiomas sin tener que menospreciar a ese otro idioma.

c. El colonialismo y las teorías sobre la influencia del inglés

Para Esteban Tollinchi la creciente presencia del inglés en Puerto Rico se debe a la influencia de este idioma en la isla, por eso entiende que para su época existió un peligro profundo en cuanto a una transformación lingüística²⁴ a causa del fenómeno político-económico de Puerto Rico.²⁵ Para muchos, este fenómeno se refiere a la situación colonial de Puerto Rico y a que a los grupos de la sociedad son guiados por el discurso político en la diversidad de los grupos desde anexionistas a independentistas. En palabras de Tollinchi, este asevera que muchas de las motivaciones eran el reflejo de la sociedad, donde existe un frenesí de imitación por parte del dominado de los modos de vida del dominante, y el cual parece ser un fenómeno común en todas las colonias.²⁶ Este planteamiento de la imitación se refiere al concepto de asimilación por parte del colonizado y su metrópoli. Entendía Tollinchi que el reflejo de asimilación y de colonialismo era manifiestamente mayor en las clases ricas del país, específicamente en los nuevos ricos.²⁷ No tan solo esa clase rica promulga el bilingüismo, sino la prensa local también.²⁸

²¹ *Id.* a la pág. 17.

²² *Id.* a la pág. 12.

²³ TORRES GONZÁLEZ, *supra* nota 10, en la pág. 6.

²⁴ TOLLINCHI, *supra* nota 9, en la pág. 183.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.* en la pág. 184.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* en la pág. 185.

A pesar de que se utilizó esta idea, Tollinchi no utilizaba el concepto de colonialismo en su escrito como hoy día se utiliza en Puerto Rico. Sin embargo, el concepto de colonialismo no era esquivo en otras partes del mundo dado que se utilizaba en el apogeo independentista del continente africano y asiático. Un ejemplo es la situación de la excolonia Argelia, que esboza Franz Fanon en su libro *Los condenados de la tierra* y que recoge Julio A. Muriente.²⁹ Este último expone que existen diferencias importantes entre la experiencia francesa en Argelia y la manera en que Estados Unidos ha impuesto su dominio colonial en Puerto Rico, particularmente la experiencia durante la segunda mitad del siglo veinte.³⁰ Dice Muriente que: “astutamente, el gobierno estadounidense creó condiciones políticas, jurídicas, policíacas, económicas, partidistas e incluso militares, en las que los rostros principales y los portavoces o responsables de tomar decisiones inmediatas fueran puertorriqueños y puertorriqueñas...”.³¹ Esta última premisa es importante, debido a que desde la creación del Estado Libre Asociado en adelante los únicos encargados de la creación y aprobación de leyes son los puertorriqueños y puertorriqueñas. Ello, sin quitar de por medio la existencia de la Junta de Control Fiscal y de la imposición de los criterios de la metrópolis a través de la vía jurisprudencial.

Torres González añade que las características de Puerto Rico, siendo la última colonia bajo Estado Unidos, son similares a los países que fueron colonias y que tienen influencia de Inglaterra y Estados Unidos. Este comenta que Puerto Rico también presenta un cuadro muy similar a otras excolonias y plantea tres aspectos cruciales.³² Primero, la difusión del inglés se debe más a la creciente inserción del país a la economía mundial capitalista moderna que a unas políticas lingüísticas deliberadas por parte de la Metrópolis colonial.³³ Sobre este planteamiento se puede probar que el intento fallido de principios de siglo 20 ha hecho que la Metrópolis reenfoque su estrategia en cuanto a la imposición lingüística.

Segundo, la difusión del inglés se da desigualmente conforme a la estructura de estratificación social del país.³⁴ Tollinchi no evade el decir que las clases ricas del país fomentan una educación exclusivamente en inglés.³⁵ Por otro lado, los transnacionalistas indican que la migración masiva ha minado la definición

²⁹ JULIO A. MURIENTE PÉREZ, *PUERTO RICO Y LOS CONDENADOS DE LA TIERRA Y OTROS ESCRITOS* (2013).

³⁰ *Id.* en la pág. 231.

³¹ *Id.* en la pág. 233.

³² Cabe resaltar el contexto histórico distinto entre la experiencia de Tollinchi y Torres González.

³³ TORRES GONZÁLEZ, *supra* nota 10, en la pág. 2.

³⁴ *Id.* en la pág. 184.

³⁵ *Id.* en la pág. 184.

convencional de que una nación sea basada exclusivamente en criterios territoriales, lingüísticos o judiciales.³⁶ Esto contrasta con la idea de las elites ricas del país o los intelectuales del país. Por último, la difusión del inglés ayuda al fortalecimiento del vernáculo del país, el español.³⁷ Este aspecto también se entrelaza con la idea del nacionalismo cultural y de la identidad de los puertorriqueños.

Como podemos ver, la teorización de la problemática de idiomas en Puerto Rico es algo distinta, sin embargo, los estudiosos del tema sugieren en su inmensa mayoría que este debate se trata mayormente de un asunto político y sobre estatus.³⁸ Como indicamos anteriormente, en nuestra situación colonial Estados Unidos utilizó otros métodos para mantener la colonia. Esto no quita que el debate fuera de estas esferas, también se da en la cotidianidad en las esferas académicas y en debates públicos.

Por otro lado, debemos enfatizar que Puerto Rico no es una colonia en el sentido tradicional como Argelia. Según Muriente, el dominador extranjero desapareció de la escena cotidiana, por eso las contradicciones principales se dan entre puertorriqueños.³⁹ Esto quiere decir que los dos partidos principales, el Partido Nuevo Progresista (PNP) y el Partido Popular Democrático (PPD) ostentan posturas coloniales sin querer decir que su ideología se basa en una colonial; haciendo que uno de los partidos se base en la condición colonial existente, el PPD, y el otro que cree en la descolonización a través de la anexión con los Estados Unidos, el PNP.⁴⁰ Entre estas está la utilización del idioma como herramienta en la contienda entre los dos grupos que promueven la unión o relación permanente con los Estados Unidos; los estadolibristas y estadistas.

Fanon crítica a los intelectuales por considerarlos veletas, oportunistas y carentes de compromiso, muy diferentes al pueblo.⁴¹ Según él, se presentan con una visión reformista, en la que se fascinan por la grandeza de la “civilización occidental”, se desprecian a sí mismos y se sienten avergonzados.⁴² Muriente por su parte compara lo expresado por Fanon y nos explica que:

En el caso de Puerto Rico...durante las pasadas décadas se ha ido dando un proceso en el que los colonialistas tradicionales-estadolibristas, los mismo que con su prédica proamericana han sido históricamente el semillero del anexionismo- han tenido que afirmar la cultura y nacionalidad puertorriqueñas en el afán de

³⁶ DUANY, *supra* a la nota 18, en la pág. 7

³⁷ TORRES GONZÁLEZ, *supra* nota 10, en la pág. 2.

³⁸ Véase A.A. BARRETO, *THE POLITICS OF LANGUAGE IN PUERTO RICO: REVISITED* (1998).

³⁹ MURIENTE PÉREZ, *supra* a la nota 29, en la pág. 233.

⁴⁰ *Id.* en la pág. 233.

⁴¹ *Id.* en la pág. 237.

⁴² *Id.* en la pág. 237.

ganar algún espacio y pertinencia políticas. En la actualidad es entre los anexionistas donde aparecen de formas más pronunciada el incondicionalismo, el entreguismo, la fascinación por todo lo metropolitano y renegación de lo puertorriqueño...el discurso ideológico colonial más claro, extremista e incondicional lo postulan hoy los anexionistas, no los estadolibristas.⁴³

Cuando vemos este análisis en que se expone a los estadolibristas como el semillero de anexionismo y que a la misma vez son los que sustentan la cultura y nacionalidad puertorriqueña no se puede evitar pensar en décadas anteriores y en los artífices del nacionalismo cultural. La discusión se puede diluir en identificar quiénes son los precursores del nacionalismo cultural, si son meros puertorriqueñitas exclusivos o tradicionales, si son independentistas, estadolibristas o estadistas. Debemos distinguir que este análisis se hace basado en la cultura y sobre la nacionalidad. Sin embargo, según la línea de lo planteado por Torres González y Tollinchi, esto se traslada al discurso político. También se presenta en el debate del idioma. De hecho, fue medular en las medidas que se presentaron sobre el idioma. La cuestión del colonizado es tan abarcadora que nos lleva a que sea un tema de estudio y de discusión.

III. LA BATALLA DE LAS LENGUAS

a. Legislación sobre el idioma inglés

No es extraño que en Puerto Rico se ha legislado referente a la oficialidad del idioma del gobierno. Algunas de estas legislaciones parecen ser frívolas en cuestión de utilidad a la ciudadanía. Sin embargo, existe legislación necesaria. Dice Muñiz Arguelles que casi siempre el legislador puertorriqueño aborda el tema del idioma, más que proteger su uso, autoriza el uso del inglés como equivalente al español.⁴⁴ Este da como ejemplo el caso de los contratos que se dan exclusivamente en inglés.⁴⁵ Hay que aclarar que los contratos no constituyen derecho positivo, ya que la principal diferencia entre un contrato y una fuente de derecho positivo (ley) es que el primero no es producto de una entidad legislativa con la potestad de adoptar normas.⁴⁶ De igual modo, el Código Civil de Puerto Rico contiene una parte entera sobre el asunto de interpretación de los contratos, por eso es compatible la interpretación

⁴³ *Id.* en las págs. 237-38.

⁴⁴ Muñiz Arguelles, *supra* nota 8, en la pág. 55.

⁴⁵ *Id.* en la pág. 55.

⁴⁶ JORGE FARINACCI FERNÓS, HERMENÉUTICA PUERTORRIQUEÑA: CÁNONES DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA 230 (2019).

hermenéutica de los contratos con los principios hermenéuticos de las leyes.⁴⁷

Estos contratos en inglés se deben a que es común ver programas electrónicos que se compran en los Estados Unidos con programación en inglés.⁴⁸ Por lo que, Muñiz Arguelles explica que son varias las razones por las cuales no se da una traducción al español en estos casos de contratos y programas en inglés. Entre estas razones está, el que no tiene ninguna utilidad el tener una versión en el idioma vernáculo, ya que el mensaje se puede tornar incomprensible al ser traducido a otro idioma.⁴⁹ En el aspecto estatutario, encontramos en el artículo 26 del Código Civil de 2020⁵⁰ una disposición relacionada a este tipo de interpretación entre idiomas. Esta norma básica de interpretación se ha diseñado para evitar errores de traducción o transcripción.⁵¹ Esta se dedica a discrepancias no intencionales entre los textos como tal, no al contenido comunicativo o normativo de las diferentes versiones de los textos.⁵²

Por otro lado, para la fecha del artículo publicado por Muñiz Argüelles existía muy poco relativo a la exigencia de utilizar el idioma vernáculo.⁵³ Este encontró solo diez estatutos vigentes que requieren el uso del idioma español. Entre estos está: la *Ley de Substancias Peligrosas*,⁵⁴ la *Ley sobre pesticidas agrícolas e instrumentos para su uso y alimentos agrícolas*,⁵⁵ y la *Ley sobre Seguridad en el Empleo*.⁵⁶ Estas leyes son, en su mayoría, relacionadas a la seguridad. Respecto a los procesos judiciales Muñiz Arguelles identifica cuatro estatutos que requieren el uso del español.⁵⁷ Mientras menciona la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico que estableció que, independientemente de lo que dijese las normas legisladas, como cuestión de derecho natural, el español era el idioma de los puertorriqueños.⁵⁸

b. Legislación sobre los idiomas oficiales

Para principios de la década del noventa del siglo 20, se dio lo que se puede considerar como “la batalla de las lenguas.” Primero, bajo la gobernación de Rafael Hernández Colón del PPD. Bajo el mandato de Hernández Colón se aprobó el 5 de

⁴⁷ *Id.* en la pág. 230.

⁴⁸ Muñiz Arguelles, *supra* nota 8, en la pág.55.

⁴⁹ *Id.* en la pág. 56.

⁵⁰ En cuanto a las discrepancias entre el texto en español y en ingles el articulo bajo el Código Civil de 1930 era el art. 13.

⁵¹ FARINACCI FERNÓS, en la pág. 79.

⁵² *Id.* en las págs. 79-80.

⁵³ Muñiz Arguelles, *supra* nota 8, en la pág. 57.

⁵⁴ 24 LPRA § 2701.

⁵⁵ 5 LPRA § 557, 1005.

abril de 1991 la *Ley 4-1991* que oficializaba el español como idioma principal del gobierno. En la exposición de motivos de dicha Ley se disponía que el propósito de la legislación era “abolir un anacronismo y reafirmar nuestra condición histórica de pueblo hispanoparlante, unido libremente al pueblo de los Estados Unidos”.⁵⁹ La administración del gobernante Hernández Colón tenía la creencia de que el pueblo de Puerto Rico estaba comprometido en adquirir como segundo idioma el inglés, pero según entendían, el pueblo *no estaba dispuesto a rendir su lengua o cultura*; incluyendo también que existe una prerrogativa fundamental en determinar cuál es el idioma a utilizar por el gobierno, en este caso el español.⁶⁰ La legislación propuesta tenía claro la preservación del idioma, fomentaba la preservación de la cultura por las raíces hispanoparlante, a su vez esta no se desligaba del discurso de la necesidad o del miedo a romper ese fuerte vínculo político, económico e ideológico que nos une a la nación americana.⁶¹ Para esta visión es necesario mantener lo que, a mi entender, sería lo mejor de los dos mundos, o como quiera interpretarse esa aseveración. Sin embargo, deberíamos visualizar el evento como una balanza que cae para un lado y, que cabe destacar, no es el nuestro.

Como consecuencia de la aprobación de la *Ley 4-1991* en el 1992, y el PNP ganar las elecciones, la respuesta de estos no se hizo esperar. Ambos con distintas ideologías políticas, uno a favor de mantener el estatus actual como Estado Libre Asociado y el otro a favor de la Estadidad Federada con los Estados Unidos de América. Sin embargo, independientemente que profesaran ideologías distintas en cuanto al idioma oficial y su utilización, ninguno de los dos partidos principales se atrevía o, incluso hoy día, se atreven mencionar que debe haber una desvinculación con los Estados Unidos.

Una vez el PNP entró al poder, este derogó la *Ley 4-1991* por medio de la *Ley 1-1993*, sosteniendo que la ley anterior no llenaba las expectativas en el desarrollo que buscaba Puerto Rico para aquella época.⁶² La nueva ley que se impuso como efecto de la derogación expresaba que era necesario tener vehículos prácticos para que el Gobierno de Puerto Rico pueda continuar comunicándose en forma efectiva

⁵⁶ 24 LPRA § 701.

⁵⁷ Las reglas que identifica son: Regla 8.5 de Procedimiento Civil, 32 LPRA, Apéndice III, Regla 8.5; Regla 96 de Procedimiento Criminal, 34 LPRA, Apéndice II, Regla 96; 3 LPRA 94 y 4 LPRA 489.

⁵⁸ Muñiz Arguelles, *supra* nota 8, en la pág. 58.

⁵⁹ Exposición de motivos, Ley que declara el español como Idioma Oficial, Ley del 5 de abril de 1991, 1991 LPRA 4.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² Exposición de motivos, Ley que establece el español y el inglés como idiomas oficiales del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 1 de 28 de enero de 1993, 1993 LPRA 1.

con su propio pueblo y el mundo exterior.⁶³ Bajo este planteamiento se sostuvo que “el inglés constituye el idioma que más frecuentemente se utiliza para llevar a cabo las comunicaciones internacionales hoy día.”⁶⁴ Esta última aseveración no la fundamentan con hechos concretos, diría más bien que se trata de una ambigüedad. Ello, debido a que primero hablan de una comunicación con el pueblo, pero después argumentan que el propósito más importante es que se de las comunicaciones internacionales. Referente a las comunicaciones internacionales no se profundizó a qué se refería con esto, podemos inferir que se generalizó sin establecer la base concreta en cuanto a esta aseveración. No obstante, podemos establecer que, si en Puerto Rico nos dejáramos llevar por la teoría de la inserción de Puerto Rico al mercado global internacional, tendríamos que tener una economía abierta con otros países. Una economía en la que el pueblo puertorriqueño decida con qué países hacer comercio --los que no necesariamente van a ser países que hablen inglés--. Es por esta razón, que tendría que ser un requisito indiscutible.

La exposición de motivos de la *Ley 1-1993* expone que históricamente el pueblo de Puerto Rico ha utilizado los dos idiomas indistintamente por más de nueve décadas como justificación de imponer los dos idiomas como principales.⁶⁵ Sin embargo, nos encontramos con un panorama distinto. De una búsqueda de estadísticas referentes a la utilización de los idiomas en Puerto Rico encontramos que en la Encuesta Americana de hace 5 años realizada por el Negociado del Censo Federal (Census Bureau) se estimó que en el año 2018 la población era de 3,386,941 de personas en Puerto Rico.⁶⁶

En ese periodo, las estadísticas estiman en mayores de 5 años en 3,229,303.⁶⁷ De esa cantidad, las personas que hablan español se sitúan en 94%, indicando que de estos los que hablan el inglés menos que bien (“less than well”) se sitúan en unos 77%.⁶⁸ Quiere decir que aun, nueve décadas después, no se ha concretado el que en Puerto Rico se utilice el inglés tanto como el español. Sin embargo, no podemos estar seguros de que las nuevas generaciones estén en la misma situación, debido a que la imposición del inglés ha creado una creencia de que es necesario. Estas nuevas generaciones se han criado en una realidad distinta que las que planteaba Tollinchi.

Por ejemplo, en un estudio realizado con estudiantes de primer año de una universidad del oeste de Puerto Rico, se buscó encontrar los problemas de

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Tabla S2601APR*, CHARACTERISTICS OF THE GROUP QUARTERS POPULATION IN PUERTO RICO <https://data.census.gov/cedsci/table?q=S2601APR&g=0400000US72&tid=ACSST5Y2018.S2601APR&hidePreview=false> (última visita 26 de marzo de 2021).

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

proeficiencia en el uso del lenguaje, así como los factores sociolingüísticos cuando se escriben mensajes de textos.⁶⁹ El estudio encontró que era evidente que los jóvenes puertorriqueños textean de manera bilingüe y que se encuentran una variedad de discursos y variaciones en la escritura en ambas lenguas.⁷⁰ El estudio contempla que se debe reevaluar el planteamiento de la “corrupción de la lengua” en la medida que los usuarios de la lengua y texteadores están constantemente rediseñando el lenguaje.⁷¹ A pesar de que esto sea un ejemplo sobre otro aspecto del idioma, se puede ver como a calado el inglés en la sociedad puertorriqueña, especialmente en los jóvenes. El fenómeno migratorio en búsqueda de mejores oportunidades como resultado de una economía estancada y el embate de los fenómenos atmosféricos ha creado una situación en la que se vislumbra como necesario el aprendizaje del idioma inglés.

A pesar de la insistencia de la necesidad de establecer el inglés como idioma oficial o segundo idioma, en la *Ley 1-1993* no se contemplaba que se abdicara el idioma español, ni que esa administración haya rendido la lengua o la cultura.⁷² En ese aspecto, la visión del gobierno de turno --la que se estableció expresamente en la legislación-- era que los ciudadanos de Puerto Rico se encuentran “en la posición privilegiada de haber estado expuestos y tenido la oportunidad de aprender y hablar dos idiomas importantes”.⁷³ Es valioso cuestionarnos: ¿es importante para qué el aprendizaje del idioma inglés?

La exposición de motivos de la *Ley 1-1993* no expresa para qué son importantes los dos idiomas, sino que más bien generaliza que uno es el vernáculo, mientras que el otro es de relevancia internacional. Ello, sin mencionar el vínculo que se ha creado en cuanto a la oportunidad de crecer e irse a los Estados Unidos. Por eso, la Ley dicta que los idiomas aquí mencionados pueden convivir como lo han hecho hasta ahora “en armonía y conforme a las necesidades del pueblo puertorriqueño”, sin que uno desvalorice al otro. Sin embargo, la tibieza en decir que son idiomas importantes, y no entrar de lleno en estrategias concretas de mejorar el uso de los idiomas en Puerto Rico, nos lleva a mantener esa mezcla lingüística que hemos desarrollado a través de los años.

Existe aun debate sobre el uso de los idiomas. Este, no se ha superado aun luego de la creación de las dos leyes sobre el uso de los idiomas. En el cuatrienio de 2000 a 2004, de la exgobernadora Sila María Calderón Serra, se volvió a plantear si era

⁶⁹ Edward G. Contreras y Rosita L. Rivera, *Text messaging bilingual discursive practice of colleges students in Puerto Rico*, THE UNIVERSITY OF ARIZONA <http://ebookcentral.proquest.com/lib/uaz/detail.action?docID=5046889>. (última visita 26 de marzo de 2021).

⁷⁰ *Id. a la pág.* 219.

⁷¹ *Id. a la pág.* 221.

⁷² Ley que establece el español y el inglés como idiomas oficiales del Gobierno de Puerto Rico.

⁷³ *Id.*

necesario que solo existiera un idioma oficial. En consecuencia, el 2 de enero de 2001 mediante la Resolución del Senado 1 y el Alto Cuerpo Legislativo, se ordenó a su Comisión de Educación, Ciencia y Cultura que:

[R]ealizar una investigación y estudio, con la participación de educadores y especialistas en lingüística, a los fines de revisar la Ley Núm. 1 de 28 de enero de 1993, según enmendada, la cual equipara indistintamente el idioma inglés con nuestro vernáculo, el idioma español, como idiomas oficiales de Puerto Rico.⁷⁴

Este informe fue una labor extensa en la que se atendieron los temas de bilingüismo, enseñanza de la lengua, enseñanza de lenguas extranjeras, lenguas oficiales y su legislación, sociolingüística, psicolingüística, español de Puerto Rico, planificación lingüística, lingüística aplicada, política lingüística, derechos lingüísticos, historia de las lenguas, entre otros temas relacionados. También fue una labor dirigida a contrarrestar, según los redactores, los efectos de la aprobación de la *Ley 1-1993*. En este Informe exponen que:

A pesar de la declaración de voluntad en la Exposición de Motivos de la Ley sobre la permanencia del español como vehículo de la enseñanza en el sistema de educación pública del país, el Departamento de Educación aprobó en 1997 un “Proyecto para formar un ciudadano bilingüe”, algunos de cuyos lineamientos violentaron la política pública del país expresada en la Ley de la Reforma Educativa, Ley Núm. 68 de 28 de agosto de 1990.⁷⁵

Por otro lado, también en el Informe se critica la alta politización que ha llevado a los extremos el debate de los idiomas.⁷⁶ En relación con estos argumentos uno puede tener la preocupación genuina de que lo político afecta a la educación y, por ende, el gobierno debe tomar medidas para evaluar la resolución de los problemas alrededor de dicha situación. Sin embargo, a través de los años se vislumbra menos la problemática sobre este asunto; no existe oposición mayor sobre este asunto. Tanto así, que en la actualidad la *Ley 85-2018* de la Reforma del Departamento de Educación contiene disposiciones a favor de una supuesta educación bilingüe.

Por eso, con los años se ha ido olvidando el debate sobre si es necesario distinguir un idioma sobre el otro, entendiéndose el inglés sobre el español y viceversa. Tanto es así, que las leyes que se han creado en la actualidad expresan este trato indistinto sobre el uso de los idiomas oficiales. De manera ilustrativa, el artículo 1.02, inciso a, de

⁷⁴ Informe Final sobre el Idioma en Puerto Rico En cumplimiento de la R. del S. 1 de 2 de enero de 2001, 2da Ses. Ord., 14ta Asam. Leg. en la pág. 1.

⁷⁵ *Id.* en la pág. 15.

⁷⁶ *Id.* en la pág. 16.

la *Ley 85-2018* dispone en su declaración de la política pública que es importante el dominio de la comunicación oral y escrita en español e inglés para tener estudiantes verdaderamente bilingües.⁷⁷ Además, la ley contiene otras disposiciones referentes al aparente bilingüismo que quiere impulsar el gobierno de turno.

IV. FOMENTO DEL BILINGÜISMO EN PUERTO RICO

a. La preservación del español en la educación y sus distintas conceptualizaciones

Tollinchi decía que es más importante la conservación del español. Este propuso unas medidas que considera prácticas, y que a mi discreción, considero que podrían servir para remediar la situación del español en Puerto Rico y evitar la ulterior desintegración y deformación.⁷⁸ Tollinchi expresa que la práctica de enseñar en inglés puede, en última instancia, llegar a embrutecer un pueblo, lejos de educarlo, “hacerle creer que el aprendizaje de una lengua representa toda la educación”. Aunque no estoy de acuerdo con la mayoría de los planteamientos de Tollinchi respecto a que sea una aberración el utilizar el inglés en la educación en Puerto Rico, si me parecen proféticas esas palabras en las que dice “hacerle creer que el aprendizaje de una lengua representa toda una educación”. De hecho, hoy día se da más énfasis a que los niños aprendan el inglés por las oportunidades que puede traer en el ámbito laboral.

Tollinchi reconoce que no se debe eliminar la enseñanza del inglés en Puerto Rico, así mismo indica que la enseñanza total en inglés puede mutilar y que, de hecho, ha mutilado el desarrollo cultural en Puerto Rico.⁷⁹ Más bien su cruzada en el idioma en este aspecto es contra las clases ricas del país y la enseñanza en inglés en colegios privados. En el contexto del escrito de Tollinchi habría que ver cuáles eran los colegios privados a los que se referencia, dado que para esa época debían ser menos o más limitados. Por ejemplo, hoy día la educación bilingüe trasciende las esferas de las clases privilegiadas. Es decir, la educación pública que es gratuita va encaminada a una educación bilingüe, y así mismo lo expresa la exsecretaria de educación, Julia Keleher, cuando asevera que “para el próximo año escolar se hizo tomando en cuenta diversos criterios para fortalecer el programa bilingüe en algunos casos...”⁸⁰

Unos cuantos años más tarde Luis Rafael Sánchez expresaba que “no es debilitando el español que se construye el bilingüismo” que con “la imposición

⁷⁷ 3 LPRA § 9801a.

⁷⁸ TOLLINCHI, *supra* nota 9, en la pág. 201.

⁷⁹ *Id.* en la pág. 202.

⁸⁰ El Nuevo Día, *El Departamento de Educación reconfigura 27 escuelas públicas*, EL NUEVO DÍA (6 de febrero de 2019). <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notas/el-departamento-de-educacion-reconfigurara-27-escuelas-publicas/>

del inglés tendremos un ciudadano ‘nilingüe’⁸¹, analfabeto en ambos idiomas.”⁸² Esta crítica la hizo en referencia a la política impulsada en su momento por la administración de Pedro Roselló.⁸³ Esta se trataba de un proyecto impulsado por el Departamento de Educación para hacer ciudadanos bilingües.⁸⁴ Esta idea es contemporánea con la actualidad, sin embargo, también veía con un recelo la pérdida de la enseñanza del español o la poca importancia que se le prestaba para la década de los noventa.

Más atemperado a los tiempos actuales, y cónsono con la realidad de nuestra sociedad, Róame Torres González propone una postura más conciliadora y a mi entender una postura que debería ser utilizada como la piedra angular en cuanto a la política pública en la enseñanza de los idiomas en Puerto Rico. Torres González favorece que se dé un tipo de bilingüismo en Puerto Rico que reconozca la primacía del español como lengua vernácula y nacional de los puertorriqueños.⁸⁵ Torres González establece los siguientes postulados:

Es de gran valor y altamente deseable la preservación, desarrollo y enriquecimiento de la cultura y lengua vernácula de los puertorriqueños. Es de gran valor la diversidad cultural de los puertorriqueños, el desarrollo del bilingüismo (o multilingüismo) que respete su vernáculo, y el mayor grado de apertura a otras culturas e idiomas. Que para lograr todo lo anterior se requiere de los puertorriqueños alcancen el mayor grado de autonomía política y cultural posible en el plano colectivo como personal.⁸⁶

Estos postulados de Torres González son basados en la filosofía política que denomina *nacionalismo liberal*. En contraposición, la postura de Tollinchi no tiene atisbos de hablar de una posición política, sino de una preocupación sobre la utilización de los idiomas. Aunque en su posición Tollinchi ataca a un sector de la sociedad, el grupo de los privilegiados que son los ricos. Más bien su postura es que el bilingüismo conlleva a la preferencia inevitable de un idioma sobre otro, sino lo que se crea es una anomalía en cuanto a la lengua vernácula.⁸⁷

Para Torres González, los puertorriqueños tenemos una diversidad lingüística que es una de las mejores razones para favorecer el bilingüismo y la educación

⁸¹ Se refiere al aprendizaje deficiente de una lengua u otra.

⁸² El País, *EL BILINGÜISMO EN PUERTO RICO AMENAZA CON SER UN “NILINGÜISMO”*, EL PAÍS (22 de septiembre de 1997) https://elpais.com/diario/1997/09/22/cultura/874879208_850215.html.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ TORRES GONZÁLEZ, *supra* nota 10, en la pág. 6.

⁸⁶ *Id.* en las pág. 6-7.

⁸⁷ TOLLINCHI, *supra* nota 9, en la pág. 196.

bilingüe en la Isla.⁸⁸ Este presenta que se ha estudiado dos vertientes del bilingüismo, el aditivo y el sustractivo. Las definiciones de estos dos se expresan en la siguiente manera:

El bilingüismo aditivo se produce cuando una segunda lengua se añade a la primera sin menoscabarla o reemplazarla, se refiere, por lo tanto, a una situación en la que realmente se puede decir que hay enriquecimiento lingüístico. El bilingüismo sustractivo, por el contrario, presenta la situación en la que el aprendizaje de la segunda lengua tiende a socavar la primera, en muchos casos a sustituirla.⁸⁹

En otras palabras, para Torres González hay un bilingüismo bueno y uno malo. El bueno es el que suma, mientras el malo es aquel que resta al puertorriqueño entre otras cosas, su cultura. Aunque parezca un análisis simplista, estudiar esta teoría nos ayuda a entender si los estatutos van dirigidos a sumar o restar en cuanto al valor que puede aportar la imposición de una lengua a la sociedad puertorriqueña. Así, cuando nos referimos a un estatuto podemos identificar si es ambiguo.

b. La reforma educativa del siglo 21 y el bilingüismo

En el caso de la *Ley Núm. 85-2019* no distingue un idioma del otro. De hecho, Dispone el estatuto que los estudiantes tienen derecho a:

[R]ecibir una educación bilingüe, en la cual se le enseñe a comunicarse con fluidez en al menos los dos idiomas oficiales de Puerto Rico, el inglés y *el español*. Los estudiantes que sean aprendices de español como segundo idioma o inmigrantes recibirán los acomodos inherentes a este tipo de aprendizaje de acuerdo a su nivel de comunicación de las lenguas oficiales.⁹⁰

Por otro lado, la crítica a la reforma educativa no ha sido respecto a esta disposición de la *Ley 85-2019*. Más bien se ha centrado en la privatización, convenios colectivos y los vales educativos creados por dicha ley.⁹¹ Sin embargo, al

⁸⁸ TORRES GONZÁLEZ, *supra* nota 10, en la pág. 31.

⁸⁹ *Id.* en la pág. 33.

⁹⁰ Ley de Reforma Educativa de Puerto Rico, Ley 85-2019, 3 LPRÁ § 9809 (2018).

⁹¹ Véase Leysa Caro González, *Gremios organizan marcha en rechazo a la privatización de escuelas*, EL NUEVO DÍA (31 de marzo de 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/notas/gremios-organizan-marcha-en-rechazo-a-la-privatizacion-de-escuelas/>; El Nuevo Día, *Federación de Maestros hace llamado para defender el sistema educativo*, EL NUEVO DÍA (18 de agosto de 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notas/federacion-de-maestros-hace-llamado-para-defender-el-sistema-educativo/>.

prestarle atención a dicho párrafo puede encontrarse algunos de los aspectos antes esbozados sobre la teoría del nacionalismo, colonialismo y asimilismo. Partiendo de la premisa de que el español es el idioma de la mayoría de los puertorriqueños veo una situación particular con el lenguaje de la disposición. En este, no se puede distinguir la importancia de los idiomas, uno como vernáculo y otro como idioma necesario para el mundo globalizado actual. Más aun, la disposición hace la salvedad que se harán acomodos inherentes a su tipo de aprendizaje. Esto, puede vislumbrarse como una medida que busca que no se discrimine en contra de los extranjeros. La pregunta que nos debemos hacer es ¿a qué inmigrantes se refiere?, ¿a todo tipo de inmigrantes o a ciudadanos norteamericanos que se establezcan en la isla, se refiere a puertorriqueños radicados en los Estados Unidos que han vuelto a Puerto Rico u otras inmigrantes de otros países?

La contestación a esas preguntas es, que desde los años ochenta la mayor cantidad de inmigrantes en Puerto Rico proviene de la vecina isla, la española, específicamente de la República Dominicana.⁹² A pesar de que se pueda identificar la mayor comunidad nacional de inmigrantes en Puerto Rico, los expertos en temas de migración coinciden en que no se puede precisar las cantidades en el flujo de inmigrantes provenientes de la isla hermana.⁹³

Contrario a esta tendencia marcada por la migración dominicana a la isla desde la década desde los ochenta, en el Puerto Rico de hoy se ha dado un fenómeno particular migratorio marcado por la *Ley para incentivar el Traslado de Individuos Inversionistas a Puerto Rico*.⁹⁴ Esta ley aprobada para el año 2012 ha empezado a tomar relevancia en el crecimiento de una población específica, esto debido a que su propósito es promover que individuos no residentes de Puerto Rico en los últimos quince años, que mantengan inversiones en o fuera de Estados Unidos, establezcan su residencia en Puerto Rico.⁹⁵ La llegada de estos a Puerto Rico se debe a que esta ley estableció un eximente total del pago de contribuciones en Puerto Rico; el ingreso pasivo devengado por los inversionistas del extranjero con respecto a las inversiones que hayan realizado.⁹⁶ Esto significa que Puerto Rico dejó perder

⁹² Jorge Duany, *La migración dominicana hacia Puerto Rico: una perspectiva transnacional*, OPENEDITION BOOKS (2007), <https://books.openedition.org/irdeditions/26945?lang=en>.

⁹³ Joel Cintrón Arbesetti, *Puerto Rico ya no es lugar de la "visa para un sueño*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (10 de diciembre de 2014), <https://periodismoinvestigativo.com/2014/12/puerto-rico-ya-no-es-lugar-de-la-visa-para-un-sueno/#:~:text=En%202010%2C%20el%20Censo%20arroj%3%B3,la%20poblaci%C3%B3n%20dominicana%20est%C3%A1n%20subestimados>.

⁹⁴ Ley para incentivar el Traslado de Individuos Inversionistas a Puerto Rico, Ley Núm. 22-2012, según enmendada, 13 LPRA § 10851.

⁹⁵ Exposición de motivos, Ley para incentivar el Traslado de Individuos Inversionistas a Puerto Rico, Ley Núm. 22 de 17 de enero de 2012, según enmendada, 2012 LPRA 22.

⁹⁶ *Id.*

millones de dólares.⁹⁷ No es por nada que se considera que la isla está a la venta.⁹⁸

En este panorama vemos un influjo nuevo de inmigrante o extranjeros en Puerto Rico forzado en el que no precisamos cuál es su idioma vernáculo. Surge entonces la pregunta sobre qué trato se le va a dar a estas poblaciones, además del contributivo. Era necesario atemperar la ley de educación pública para no discriminar con estos individuos que vinieron de Estados Unidos. Entiendo que este tema de la población estadounidense y de las estratas altas en Puerto Rico va a dar de que hablar por muchos años y, cabe preguntarnos si será posible que Puerto Rico sea el próximo Hawái.

Por el contrario, el rezago con ciertos aspectos de la educación en Puerto Rico, como por ejemplo la educación especial, hacen cuestionar dicho estatuto, aunque una cosa no excluye a la otra. Sin embargo, creo que es necesario revisar la política pública del país en cuanto este aspecto del bilingüismo. Como he discutido anteriormente, este tema ha sido de preocupación desde la invasión norteamericana en Puerto Rico, pero no de primerísimo nivel en el debate público.

En síntesis, el aprendizaje del idioma inglés en Puerto Rico ha estado atado a aspectos ideológicos y a la resistencia en cuanto a la asimilación cultural. No es una preocupación por olas migratorias nuevas a la isla que traigan un nuevo idioma. También, va a depender del gobierno que este de turno para saber cómo se conceptualiza la relación de los idiomas con Puerto Rico. Lo que es constante es, que lo que no ha evolucionado es el español en Puerto Rico, siempre se habla de crear ciudadanos bilingües.⁹⁹ También con el tiempo se ha hecho indistinto o no se ha demonizado el que dos lenguas convivan en Puerto Rico.

V. EL INGLÉS Y EL COMERCIO

En el panorama del mundo económico la protección del español tiene un panorama más sombrío. Mientras que el inglés se alza como un baluarte del comercio, de la globalización, de un mundo fuera de fronteras nacionales, al español se le da una importancia diferenciada. Vemos como el inglés se considera el idioma universal. Esta frase, que algunos pudieran atribuir al refranero popular, es una realidad en el mundo laboral de hoy día. El largo trecho que nos llevó a esta realidad lingüístico-universal tiene tanto una vertiente histórica y geográfica, “comenzando con los viajes pioneros a la América, Asia y las antípodas”; y una vertiente sociocultural

⁹⁷ Abner Dennis, *Un Paraíso Fiscal llamado Puerto Rico*, EYES ON THE TIES (19 de febrero de 2020), <https://news.littlesis.org/2020/02/19/un-paraiso-fiscal-llamado-puerto-rico/>.

⁹⁸ Carla Minet y Joel Contrón Arbasetti, *Puerto Rico se vende*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (3 de marzo de 2015), <https://periodismoinvestigativo.com/2015/03/puerto-rico-se-vende/>.

⁹⁹ En referencia del Proyecto de Víctor Fajardo, exsecretario convicto de educación.

producto de la “expansión que continuó con los desarrollos coloniales del siglo XIX en África y el Pacífico Sur, y que tomó un importante paso adicional cuando se adoptó a mediados del siglo XX como un idioma oficial o semioficial por muchos recién independizados estados.”¹⁰⁰ Lo que es indudable, y fácilmente corroborable, es la presencia del inglés en el mundo y en el comercio.

Estas circunstancias no eran en las que Tollinchi hizo su crítica al bilingüismo, era una época muy distinta a la actual, sus pensamientos pueden resonar en la actualidad. Argumentó que el comercio con los Estados Unidos haría necesario que se aprendiera el inglés. Aseveraba que el norteamericano estaba incapacitado en aprender lenguas extranjeras.¹⁰¹ A mi entender, esta hipótesis es algo errada ya que el norteamericano se ha tenido que adaptar a la influencia del español en su mismo continente. Sin embargo, no es necesariamente debido a que el norteamericano blanco haya aprendido el español por necesidad, sino que se presentan otros factores como el crecimiento poblacional de grupos de minorías hispanas.¹⁰² Además, el aprendizaje de otro idioma en los Estados Unidos te hace más mercadeable para los empleadores, independientemente que sea un empleador de habla inglesa.¹⁰³

Desde mediados del siglo XX la industria del turismo creció en lo comercial en Puerto Rico, otras industrias como la banca, la manufactura y otros servicios crecieron. Puerto Rico ha tenido distintas etapas en la economía.¹⁰⁴ En la actualidad y desde el 2006 ha habido cambios significativos en lo comercial, la tecnología y la informática, los servicios profesionales, la industria aeroespacial, la educación, el sector de la salud, y el turismo; son algunos de los sectores económicos emergentes que lideran el proceso de cambio dentro de la economía local en la actualidad.¹⁰⁵

En un ejercicio de cómo entender esta situación es necesario indagar en los números que reflejen el cambio que hemos indicado. El sector de los servicios profesionales aumentó su nivel de empleo de 101,000 empleos en el 2003 a 112,000 en el 2015. Mientras que el empleo en el sector de la salud también aumentó de 98,000 a 118,000 durante el mismo período de tiempo¹⁰⁶. En esta estadística no

¹⁰⁰ David Crystal, *English as a global language*, http://culturaldiplomacy.org/academy/pdf/research/books/nation_branding/English_As_A_Global_Language_-_David_Crystal.pdf (última visita 29 de marzo de 2021).

¹⁰¹ TOLLINCHI, *supra* nota 9.

¹⁰² Bryan Lufkin, *What is the future of English in the US*, BBC NEWS (8 de agosto de 2018) <https://www.bbc.com/worklife/article/20180808-what-is-the-future-of-english-in-the-us>.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴

¹⁰⁵ Popular, *Tres indicadores que muestran recuperación económica en Puerto Rico*, BANCO POPULAR DE PUERTO RICO (26 de mayo de 2015), <https://blog.popular.com/tres-indicadores-que-muestran-recuperacion-economica-en-puerto-rico/3051>.

¹⁰⁶ *Id.*

menciona la cantidad de empleos de turismo, sin embargo, menciona la cantidad del aumento del turismo en Puerto Rico por cantidad de barcos.

De igual manera, no existe una estadística concreta que indique cuántos patronos exigen que tengan como requisitos el *fully bilingual* para obtener un puesto de trabajo en una compañía americana. Aunque, según expresa el expresidente de la Cámara de Comercio José Izquierdo, “más del 90% de las empresas en la Isla no son de aquí, así que el obrero de línea que domine el español e inglés tiene oportunidades para progresar dentro de la línea de supervisor o como jefe de área y coordinador.”¹⁰⁷ En la misma línea, Terence Ryan, presidente de la empresa de reclutamiento *Ryan Executive Search*, expresó que “un 90% de las empresas locales e internacionales en la Isla piden a los candidatos que sepan inglés y he visto a muchos candidatos a puestos gerenciales que, lamentablemente, se han caído en medio del proceso porque no escriben o no leen en inglés.”¹⁰⁸ En este sentido, aquí los patronos se limitan a que el individuo, con las cualidades idóneas para los puestos, vengan de antemano con el idioma extranjero; uno no ve que estos, o los reclutadores presenten una capacitación en cuanto al idioma inglés si cumplen con otros requisitos que los hacen meritorios al puesto disponible.

Del mismo modo, a pesar de las alarmantes expresiones de que “si no sabes inglés no puedes progresar”, el gobierno tampoco ha preparado estudios que puedan ayudar a identificar qué población ha quedado rezagada ante esta situación, sin tener en cuenta el factor del bilingüismo. Mientras, en los Estados Unidos sí se han realizado estudios en las áreas laborales; en Puerto Rico, el Departamento del Trabajo pronunció que no tiene estadísticas que midan el impacto del bilingüismo en el mercado laboral.¹⁰⁹ Si sabemos por voz de algunos expertos y personas que han experimentado esta situación que existe una diferencia cuando se habla el español y el inglés. Así lo expresó, en entrevista el abogado Eric Martínez, el cual indicaba que “ser bilingüe no es una conveniencia, sino una necesidad” y que, aparte de su preparación académica en leyes, sus destrezas y talento profesional, ser bilingüe le abrió las puertas para crecer en una empresa norteamericana establecida en Puerto Rico.¹¹⁰

El bilingüismo o el uso de dos idiomas se torna importante para las administraciones que buscan tener una relación más cerca con los Estados Unidos, dado que el régimen legal actual que propulsa la economía es basado en leyes que incentivan que a la isla vengan empresas del exterior para que se establezcan aquí.¹¹¹ No obstante,

¹⁰⁷ Yaritza Santiago Caraballo, *LA RUTA HACIA EL ÉXITO ES BILINGÜE*, EL NUEVO DÍA (1 de noviembre de 2015) <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/larutahaciaelxitoesbilingue-2120192/>.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Ley Núm. 22-2012, 13 LPRA §10851 (2012).

vergonzosamente el gobierno con estas leyes no presta atención a sus ciudadanos y sectores más vulnerables debido a que estas leyes buscan que se establezcan millonarios y, que compañías se establezcan aquí sin que haya algo a cambio por parte de estos individuos del exterior.

VI. CONCLUSIÓN

Al hacer este repaso sobre utilización del idioma en distintas esferas en Puerto Rico terminamos preguntándonos, ¿Para qué es importante el idioma en Puerto Rico? La contestación puede ser sencilla, el idioma no es algo que defina o sea fundamental en la sociedad. Sin embargo, cónsono con todo lo anteriormente expuesto, presentamos varias perspectivas de cómo se ve el tema del idioma en Puerto Rico, estos son dominados por los aspectos históricos, en la educación, en la política, en el comercio y también en el derecho. En cada uno de estos apreciamos como la ideología, la colonización y la asimilación juegan un papel importante en cuanto a la legislación histórica y temas en el país. Tampoco podemos decir que todo es basado en estos aspectos mencionados, en Puerto Rico se ha legislado por necesidad de hacer el derecho más viable, este es el caso de las disposiciones del Código Civil. En la jurisprudencia también se ha decidido por razones prácticas, por eso el idioma oficial en las cortes es el español. Algo que no presenta el tema es la cuestión del discrimen por idioma, pues se pasea silente entre el debate ideológico, el nacionalismo o asimilismo. De hecho, el derecho tiene asuntos más importantes, que entrar en esta cuestión del discrimen por idioma.

Por otro lado, me parece peligroso traer como excusa que para insertarnos en la economía mundial debemos saber inglés. Sí, es imperativo, los lingüistas pueden hablar de la importancia del bilingüismo en el país, de la necesidad de adquirir más destrezas y aprender varios idiomas. Pero esto son fluctuaciones en este mundo capitalista que se deben al mercado. Obligar a una población o imponer sin tener los recursos y las razones correctas para imponer el inglés, me parece contraproducente. Inclusive, el punto que se quería traer era que puede hasta ser discriminatorio, como se presentó anteriormente en la sección del inglés y el comercio. Pero esto es una aseveración para abrir otro debate, crear esa condición social por idioma.

En la parte estatutaria, esta es dominada por los dos partidos principales. Cada uno se ha turnado la administración y creación de las leyes en Puerto Rico desde que se formó el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Sin embargo, se utiliza como mecanismo el idioma. Es una forma de hacer ver al otro partido como uno de avanzada o de los tiempos “de las cavernas”. En mi parecer, esta no debe ser la razón para los debates de oficialización de un idioma. Si esta lucha es una lucha para tratar de acercarse más a los Estados Unidos o alejarse más, no creo que esté causando el efecto que quieren estos partidos. De hecho, han pasado más de 20 años desde la oficialidad de estas dos leyes y el propósito de esta misma legislación no está claro. No

se han realizado estudios sobre la efectividad de la oficialidad en el gobierno. Este tipo de lucha lo trasladaron a la educación en la que ha empeorado, ya que existe la exigencia de un bilingüismo bajo la ley que no hace sentido.

Soy del criterio que la legislatura sí puede hacer una investigación dirigida al discrimin laboral, por el idioma. Es prácticamente la norma que se exija el ser bilingües en Puerto Rico como exigencia para ciertos puestos. En la práctica, esos puestos necesitan dichas destrezas de los empleados o los mismos patronos no deberían dar adiestramiento para no descartar esos empleados. La legislatura debe abrir el debate para añadir que no se podrá discriminar por idioma en la ley 100.¹¹² Entiendo, como algunos teóricos, que se debe dar un trato referenciado al idioma vernáculo, no por la cuestión de ser un nacionalista cultural, sino por la cuestión práctica o como diría Róame Torres González en seguir una teoría nacionalista liberal. También, se debe contemplar la cuestión de esa transnacionalidad. Debemos dirigirnos a prácticamente obligar a todos a aprender dos idiomas o dejar que la sociedad escoja sobre el idioma. En este punto, puede la transnacionalidad verse a la inversa, el excluido puede mutar y convertirse en el hablante del idioma español en el excluido de la fórmula del éxito en Puerto Rico.

Por último, en las leyes existe la regla general y la excepción a la regla. Considero que el tratamiento que se le debería dar a este tipo de legislación protectora de los idiomas es esta, debido a que, en su mayoría, el pueblo puertorriqueño habla español; la excepción es el inglés. El cual es un idioma que no es de uso diario en la mayoría del pueblo. Sin embargo, debería tener sus protecciones debido a la cercanía del pueblo norteamericano y nuestra relación con los Estados Unidos, la cual es innegable. Además, es indiscutible que el flujo de puertorriqueños entre los Estados Unidos y Puerto Rico ha aumentado exponencialmente en los últimos años. La influencia es incuestionable, la pregunta es si esto acrecentará los problemas de educación y las oportunidades de conseguir un trabajo.

¹¹² Ley contra el discrimin en el empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, según enmendada 29 LPRC sec. 146 et seq.

EL CARGO DEL VICEGOBERNADOR ELECTO POR EL PUEBLO

POR: LORENA M. BONILLA MARRERO¹

“No es saludable el concepto de ‘allá ellos que gobiernan, yo me expresaré cuando me afecten a mí’. Siempre afectamos a todos. Todos nos deben su opinión siempre. La voz del puertorriqueño debe ser el sustento diario de nuestra siempre creciente democracia.”

–Roberto Sánchez Vilella²

RESUMEN

Nuestro estatus colonial nos ha fomentado que los cambios no son la mejor opción. sin embargo, hay cambios que merecen ser traídos a la discusión pública. uno de ellos es, retomar el tema de la creación del cargo del vicegobernador. no empece a ello, no podemos retomararlo desde una mirada partidista, debemos abarcarlo desde una postura neutral, que sea el pueblo puertorriqueño quien, directamente, tenga la opción de elegir a quien nos gobernará en caso de que el gobernador en turno no pueda ejercer sus funciones. en este artículo plantaremos la necesidad de retomar la discusión de la creación de este cargo, los retos y desafíos con los que, como sociedad, podríamos toparnos. es menester inculcar la necesidad de movernos hacia una democracia que asegure la libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas.

ABSTRACT

Our colonial status has encouraged us that change is not the best option. However, there are changes that deserve to be brought to the public discussion. One of them is to take up the issue of the creation of the office of lieutenant governor. Notwithstanding,

¹ Estudiante de cuarto año de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Directora Asociada de la Revista Jurídica de Estudios Críticos del Derecho (CLAVE); Miembro de la Junta Directiva de la Clase Graduanda 2021; Paralegal en el Bufete José de la Cruz Feliciano; Asistente de Investigación de la profa. Yanira Reyes Gil.

² Roberto Sánchez Vilella, *Un llamamiento a la acción, segundo mensaje sobre la situación del estado*, *Quinta Asamblea Legislativa*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 124 (1997), <https://revistas.upr.edu/index.php/ap/article/view/572/525>.

we cannot take it up again from a partisan point of view, we must approach it from a neutral position, so that the Puerto Rican people have the direct option of electing the person who will govern us in case the governor in office is unable to perform his or her duties. In this article we will discuss the need to reopen the discussion on the creation of this position, the challenges that we, as a society, could face. It is necessary to instill the need to move towards a democracy that ensures the free participation of citizens in collective decisions.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. TRASFONDO DE LA CREACIÓN DEL CARGO DEL VICEGOBERNADOR. III. EL VERANO DEL 2019; CRISIS CONSTITUCIONAL. IV. UNA MIRADA A ESTADOS UNIDOS Y PAÍSES LATINOAMERICANOS; IV. A. Estados Unidos; IV. B. Países Latinoamericanos. V. EL CARGO DEL VICEGOBERNADOR EN PUERTO RICO; V. A. Importancia del Cargo; V. B. Desarrollo del Cargo. V. PROPUESTA. VI. CONCLUSIÓN Y RETOS O DESAFÍOS DEL CARGO.

I. INTRODUCCIÓN

Como sociedad que vive bajo un estatus colonial desde hace ya 528 años, se nos ha inculcado que cambiar o buscar mejores posibilidades para nuestro pueblo no siempre es una buena idea. Se nos inculcó el miedo al cambio y a los riesgos que se deben tomar y que son necesarios; se vive con el pensamiento de que “el remedio puede ser peor que la enfermedad”. Y así, por muchísimos años no nos hemos atrevido como sociedad a realizar cambios que mejoren nuestra vida, pero más aun cuando estos vienen acompañados de ideas o pensamientos políticos arraigados a nuestro estatus colonial.

Desde el año 1948, cuando el Hon. Luis Muñoz Marín se convirtió en el primer gobernador electo por el pueblo de Puerto Rico, los electores y electoras se acostumbraron a darle el voto a una sola persona, a la persona que deseen los gobierne por el término de cuatro (4) años. En ese momento, poco importaba qué sucedía si el gobernador ya no podía ejercer más su cargo; la satisfacción del pueblo de haber logrado elegir a su propio gobernador empañaba cualquier otro pensamiento o interrogante. Sin embargo, en el año 1952, el Congreso de los Estados Unidos apruebo la Constitución de Puerto Rico y se añadió un artículo que va a tono con la siguiente interrogante: ¿qué sucede si el gobernador electo no puede ocupar más su cargo?

Quando ocurra una vacante en el cargo de Gobernador producida por muerte, renuncia, destitución, incapacidad total y permanente, o por cualquier otra falta absoluta, dicho cargo pasará al Secretario de

Estado, quien lo desempeñará por el resto del término y hasta que un nuevo Gobernador sea electo y tome posesión. La ley dispondrá cuál de los Secretarios de Gobierno ocupará el cargo de Gobernador en caso de que simultáneamente quedaren vacantes los cargos de Gobernador y de Secretario de Estado.³

El secretario de Estado en Puerto Rico es quien desempeñará las funciones como gobernador en caso de que este no pueda ejercer más su cargo. No obstante, cabe destacar que dicho puesto es elegido por el propio gobernador. Es decir, el cargo del secretario de Estado goza de la confianza del gobernador electo y es este quien elige al secretario de Estado que desee. El pueblo no tiene voz ni voto en dicha elección. El gobernador podrá nombrar, en la forma que se disponga por la Constitución o por ley, a todos los funcionarios para cuyo nombramiento esté facultado.⁴ De hecho, la Constitución de Puerto Rico así lo establece:

Para el ejercicio del Poder Ejecutivo el Gobernador estará asistido de Secretarios de Gobierno que nombrará con el consejo y consentimiento del Senado. El nombramiento del Secretario de Estado requerirá, además, el consejo y consentimiento de la Cámara de Representantes, y la persona nombrada deberá reunir los requisitos establecidos en la sección 3 de este Artículo. Los Secretarios de Gobierno constituirán colectivamente un consejo consultivo del Gobernador que se denominará Consejo de Secretarios.⁵

Es menester resaltar que lo dispuesto tanto en las secciones cuatro (4) y cinco (5) del artículo IV de la Constitución de Puerto Rico imita lo dispuesto en las cláusulas dos (2) y tres (3) de la sección dos (2) del artículo II de la Constitución de los Estados Unidos de América, las cuales se refieren al poder del presidente en cuanto a realizar nombramientos.⁶

Dentro de la rama ejecutiva, el secretario de Estado actúa como gobernador interino en ausencia del gobernador en propiedad. Pero, como bien expuse, el cargo del secretario de Estado es un puesto que el gobernador electo elige únicamente y este ocupará el cargo de gobernador en caso de que el mismo no pueda ejercerlo más. Sin duda alguna, como pueblo, no entendíamos la magnitud de dicho problema hasta que llegó el famoso “Verano 2019” y consigo un sinfín de conflictos políticos, jurídicos y constitucionales. Es por tal razón que hoy en día cobra gran importancia poder hablar de la figura del “vicegobernador”.

³ CONST. PR art. IV, § 7.

⁴ *Id.* §4.

⁵ *Id.* §5.

⁶ CONST. EE. UU. art. II, § 2m cls. 2-3.

Anteriormente, en la Cámara de Representantes de Puerto Rico, se había planteado la posibilidad de crear dicho cargo, sin embargo, la medida no logró el respaldo de la Legislatura. Actualmente, luego de los eventos de los cuales fuimos testigos en el “Verano 2019”, es importante revivir dicho debate de la creación del puesto del vicegobernador. Sin embargo, la idea que planteo no pretende copiar las anteriormente expuestas en la Legislatura. Lo que pretendo crear es una nueva idea que vaya dirigida a la creación del cargo del vicegobernador, pero que este sea electo mediante la participación directa del pueblo.⁷

Es necesario que se lleve a cabo de esa manera, de modo que favorezca la participación directa del pueblo mediante la elección del sucesor del gobernador y no como estamos en la actualidad, que la participación del pueblo es indirecta.

II. TRASFONDO DE LA CREACIÓN DEL CARGO DEL VICEGOBERNADOR

Anteriormente, se había planteado la idea de la creación del cargo del vicegobernador en múltiples ocasiones. Desde el 1952, el año en que Estados Unidos de América aprobó nuestra Constitución, la Asamblea Constituyente pretendía que en la Constitución se creara el cargo del vicegobernador. En principio, la Asamblea Constituyente avaló dicho planteamiento. La sección siete (7), artículo IV pretendía exponer: “Al mismo tiempo, en igual forma y por el mismo término que el gobernador, se elegirá un vicegobernador quien deberá reunir las mismas condiciones que para ser gobernador se requieren en la sección precedente”.⁸ Cónsono con dicho artículo, el artículo ocho (8) exponía:

Quando ocurra una vacante en el cargo de gobernadora producida por muerte, renuncia, destitución, incapacidad total y permanente o por cualquiera otra falta absoluta, dicho cargo pasará al Vicegobernador quien lo desempeñará por el resto de su término y hasta que un nuevo Gobernador sea electo y tome posesión. La ley proveerá para el caso de que una vacante total ocurra tanto en el cargo de gobernador como en el de vicegobernador, y determinará qué funcionario ocupará el cargo de Gobernador.⁹

⁷ “La participación directa es la forma de lograr una sociedad verdaderamente democrática donde se respeten los derechos fundamentales del pueblo”. Adi G. Martínez Román, *Lucha contra la pobreza en Puerto Rico y desarrollo sostenible: la participación ciudadana como herramienta para la consecución de los derechos fundamentales*, 81 REV. JUR. UPR 1027, 1029 (2012).

⁸ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 2190, (1952).

⁹ *Id.*

Dichos estatutos fueron aprobados por el cuerpo en pleno. La propuesta de la creación del cargo disponía que, en caso de vacante simultánea del gobernador y el vicegobernador, se iba a establecer por legislación quién ocuparía el cargo de gobernador. El delegado Carlos Delgado propuso que “... [e]n el caso de que una vacante tal ocurra, tanto en el cargo de gobernador como en el de vicegobernador, asumirá la gobernación el presidente de la Cámara de Representantes”.¹⁰ Esta propuesta no fue aprobada.

Luego de extensos debates y discusiones en torno al orden de sucesión y el método a utilizar, el 25 de enero de 1952, el delegado Víctor Gutiérrez Franqui presentó la enmienda que fue la aprobada con unos cuantos cambios y es la que se encuentra actualmente en nuestra Constitución:

Cuando un gobernador electo no pueda tomar posesión de su cargo o cuando ocurra una vacante en el mismo producida por muerte, renuncia, destitución, incapacidad total y permanente o por cualquier otra falta absoluta, dicho cargo pasará al Secretario de Estado, quien lo desempeñará hasta que su sucesor sea electo y tome posesión. Si la próxima elección general estuviere señalada para celebrarse más de un año después de la fecha de la vacante, se celebrará una elección especial para elegir un gobernador dentro de los 120 días siguientes a la vacante. La ley proveerá para que en el caso de que una vacante tal ocurra, tanto en el cargo de Gobernador como en el de secretario, y determinará qué funcionario ocupará el cargo de Gobernador.¹¹

Dicha enmienda disponía dos (2) cambios significativos: eliminaba el cargo del vicegobernador y establecía que el secretario de Estado sería quien ostentaría el cargo de gobernador en caso de este no poder ejercerlo más. Sin embargo, este iba a ser gobernador por el resto del término si la vacante ocurría en el último año y dos meses del cuatrienio. Posteriormente, el delegado Franqui enmendó su propuesta a fines de que expusiera:

Cuando ocurra una vacante en el cargo de Gobernador, producida por muerte, renuncia, destitución, incapacidad total y permanente, o por cualquier otra falta absoluta, dicho cargo pasará al Secretario de Estado, quien lo desempeñará hasta que su sucesor”... mejor dicho, hasta, “quien lo desempeñará”, [que] se elimine el resto de mi moción anterior y ahí se inserte lo siguiente: “por el resto de su término y hasta que un nuevo gobernador sea electo y tome posesión. La ley proveerá cuál secretario de gobierno ocupará el cargo de Gobernador

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.* en la pág. 2773.

en caso de que simultáneamente quedaren vacantes los cargos de Gobernador y Secretario de Estado... El Secretario de Estado será nombrado por el Gobernador con el consejo y consentimiento de cada una de las cámaras de la Asamblea Legislativa.¹²

Según surge del Diario de Sesiones, antes de aprobarse las enmiendas consideradas por el Sr. Gutiérrez Franqui, se llevó a cabo un debate interesante, el cual hoy merece ser retomado. Otro delegado, el Sr. Iriarte, planteó que “de acuerdo con la enmienda resultará que el Gobernador estará sustituido por un funcionario que no es electo por el pueblo, sino que Secretario de Estado, el cual será nombrado por el Gobernador sería quien sustituiría al gobernador en caso de este faltar”.¹³

Sr. IRIARTE: De acuerdo con la enmienda resultará que el Gobernador estará sustituido por un funcionario que no es electo por el pueblo, así lo entiendo. ¿No? No será electo por el pueblo, el Secretario de Estado, sino que será nombrado por el Gobernador como los demás secretarios del gobierno.

Sr. GUTIERREZ FRANQUI: Con la excepción de que será confirmado por ambas cámaras legislativas.

Sr. IRIARTE: No sería electo directamente por el pueblo. La idea que había era que el vicegobernador fuera electo por el pueblo. Sr. GUTIERREZ FRANQUI: Esta idea...

Sr. IRIARTE: Y ahora vamos a suprimir al vicegobernador que era electo por el pueblo, que había de sustituirlo.

Sr. GUTIERREZ FRANQUI: Eso no lo dice. El vicegobernador habría de sustituir al Gobernador solamente en caso de vacante permanente y no en caso de vacante temporal.

Sr. IRIARTE: Pero de que entre las funciones de vicegobernador estaría la de sustituir al Gobernador. Sustituirlo en caso de vacante permanente y...

Sr. GUTIERREZ FRANQUI: Eso no lo dice el proyecto.

Sr. IRIARTE: Pero estaba sobrentendido; ésa es la misión de un vicegobernador; y ahora se suprime el vicegobernador que era un candidato electo por el pueblo por un funcionario que habrá de ser nombrado por el mismo Gobernador. Que no me gusta el cambio. Que no me gusta el cambio. Me parece que debíamos crear en la constitución ambos cargos. El cargo de vicegobernador y el de

¹² Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 2884-2885, (1952).

¹³ *Id.* en la pág. 2889.

secretario tal y como está. Para que lo sustituya un cargo electo por el pueblo, no uno nombrado por el Gobernador y luego aprobado por la Asamblea Legislativa.¹⁴

La sustitución del gobernador provocó un gran debate entre los constituyentes. Unos delegados favorecían que el gobernador fuera sustituido por un funcionario no electo; otro grupo favorecía que se creara un cargo electivo de vicegobernador, similar al de vicepresidente de Estados Unidos. Ese funcionario electo presidiría el Senado y votaría solamente en caso de empate y, además, sustituiría al gobernador en caso de vacante. Sin embargo, en caso de ausencia temporera sería el secretario de Gobierno quien ocuparía el cargo de gobernador. Esa fue la recomendación inicial de la Comisión de la Rama Ejecutiva.¹⁵

Otros expresaban que la idea era que el vicegobernador fuera electo por el pueblo y que se deberían crear ambos cargos, no eliminar el cargo del vicegobernador y sustituirlo por el del Secretario de Estado. Sin embargo, los planteamientos tan acertados del Sr. Iriarte, los cuales hoy en día nos hubiesen evitado la crisis constitucional que el país vivió en el verano del 2019, no fueron aceptados. La enmienda fue aceptada y es nuestra realidad actualmente. Realidad que, sin duda alguna, pudimos haber evitado si desde un principio se le hubiese permitido al pueblo la participación ciudadana directa en la elección de un vicegobernador en caso de ausencia o impedimento del gobernador. Pero dicho pensar no fue motivo de inquietud para la Asamblea Constituyente en ese momento.

Cónsono con lo anterior y a tono con el mandato constitucional, en el 1952 la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Núm. 7 de 24 de julio de 1952. El Artículo 1 de dicha ley dispuso que cuando quedaren vacantes simultáneamente las posiciones de Gobernador y de Secretario de Estado, el orden de sucesión sería el siguiente: “(1) Secretario de Justicia; (2) Secretario de Hacienda; (3) Secretario de Instrucción Pública; (4) Secretario del Trabajo; (5) Secretario de Obras Públicas”.¹⁶

Sin embargo, en el 2005, se enmendó dicha Ley mediante la Ley Núm. 7-2005. Se añadieron los Secretarios de Salud, Desarrollo Económico y Comercio, así como Agricultura, a la lista de sucesores legales del Gobernador. Además, en su Sec. 1, el proyecto de ley establecía, de forma clara y contundente, que todo secretario del gabinete, sin excepciones, tenía que ser ratificado en su posición por la cámara legislativa correspondiente para poder sustituir permanentemente al Gobernador.¹⁷

¹⁴ *Id.* en las págs. 2889-2890.

¹⁵ *Id.* en la pág. 2603.

¹⁶ Ley para proveer el orden de sucesión y sustitución para el cargo de Gobernador, Ley Núm. 7 del 24 de julio de 1952, 3 LPRA § 8.

¹⁷ P. de la C. 327 de 4 de enero de 2005, 1ra. Ses. Ord., 15ta Asam. Leg., en la pág. 1. Ley Núm. 7 de 2 de mayo de 2005, para enmendar los arts. 1 y 2 de la Ley Num. 7 de 1952.

Dispone dicha Ley que:

Cuando ocurra una vacante en el cargo de Gobernador del Estado Libre Asociado de Puerto Rico producida por muerte, renuncia, destitución, incapacidad total y permanente, o por cualquier otra falta absoluta, dicho cargo pasará al Secretario de Estado, quien lo desempeñará por el resto del término y hasta que un nuevo Gobernador sea electo y tome posesión. Si simultáneamente quedaren vacantes los cargos de Gobernador y de Secretario de Estado el orden de sucesión bajo esta sección será el siguiente: (1) Secretario de Justicia; (2) Secretario de Hacienda; (3) Secretario de Educación; (4) Secretario del Trabajo y Recursos Humanos; (5) Secretario de Transportación y Obras Públicas; (6) Secretario de Desarrollo Económico y Comercio; (7) Secretario de Salud. (8) Secretario de Agricultura.

Para advenir al ejercicio permanente del cargo de Gobernador, un Secretario o Secretaria debe ocupar su puesto en propiedad, habiendo sido ratificado su nombramiento; excepto en el caso del Secretario(a) de Estado, salvo lo dispuesto en el Art. IV, Sec. 9 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Deberá, además, cumplir los requisitos de edad, ciudadanía y residencia dispuestos para el Gobernador por el Art. IV de la Constitución del Estado Libre Asociado, en cuyo defecto la sucesión corresponderá al siguiente en el orden que así los cumpla. Solamente en el caso que ningún secretario cumpliera con los requisitos constitucionales y/o con el requisito de haber sido ratificado su nombramiento, se activará este orden de sucesión obviando los requisitos dispuestos en esta sección excepto cuando aplique el Art. IV, Sec. 9 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Hasta tanto el nuevo Gobernador hubiere nombrado y haya sido ratificado en su puesto un nuevo Secretario de Estado, habrá de velar por que el orden de sucesión no quede vacante.¹⁸

Dicha sección fue enmendada a fines de establecer que el secretario de Estado estaba exceptuado de tener que ser ratificado por ambas cámaras legislativas para poder ocupar permanentemente el cargo de gobernador.¹⁹ Dicha actuación como consecuencia de que el secretario de Justicia argumentó, en su ponencia a la Cámara en 2005, que la sec. 7, Art. IV de la Constitución de Puerto Rico que designa al sucesor del gobernador en caso de vacante permanente, no requiere que el secretario de Estado esté confirmado por la Asamblea Legislativa para que se convierta en gobernador en propiedad, en otras palabras, que la Constitución no exige la confirmación

¹⁸ Ley para proveer el orden de sucesión y sustitución para el cargo de Gobernador, Ley Núm. 7 del 24 de julio de 1952, 3 LPRA § 8.

del secretario de Estado para que este advenga a ser gobernador en caso de una vacante en la posición de Primer Ejecutivo.²⁰ La Asamblea Legislativa aceptó la recomendación del secretario de Justicia y dispuso que el secretario de Estado no tenía que cumplir con el requisito de confirmación en su cargo para poder advenir a ser gobernador en propiedad por el término restante del gobernador saliente.

Esta actuación fue la causante de la crisis social y las controversias jurídicas y constitucionales que vivimos en el verano del 2019, y que da pie a que hoy nos enfrentemos y evaluemos la creación del cargo del vicegobernador electo por el pueblo. Antes de evaluar la importancia de revivir el debate de la creación del cargo, es importante destacar que la enmienda de la Ley Núm. 7-2005 al Art. 1 de la Ley Núm. 7 de 24 de julio de 1952, 3 LPRA sec. 8, fue declarada inconstitucional el 7 de agosto de 2019 para relevar al Secretario de Estado del requisito de confirmación para ocupar en propiedad la vacante en el puesto de gobernador.²¹

III. EL VERANO DEL 2019; CRISIS CONSTITUCIONAL

¿Es democracia solo poder ir a votar cada cuatro (4) años? ¿Es democracia que la Hon. Wanda Vázquez Garced, quien nos gobernó por un periodo de un año y medio, no haya sido electa por el pueblo, sino que ocupe un cargo por disposición de una ley y confianza del primer mandatario? No. Como sociedad democrática que creemos y aspiramos ser, hemos fallado en múltiples ocasiones y en aspectos tan sencillos, pero que nunca tuvieron la importancia que merecían. Democracia no es ejercer el voto cada cuatro años y mucho menos tener que conformarnos con que por un año y medio nos haya gobernado una inquilina en la Fortaleza, quien no fue electa por la participación directa del pueblo puertorriqueño.

La democracia debe poder ejercerse desde los cimientos de la propia Constitución. Asimismo, debe proveernos para que podamos decidir a quién queremos como gobernador sustituto en caso de que el gobernador electo no pueda ejercer su cargo. La democracia, en el sentido más tradicional, equivale a autogobierno. Su idea básica es que los propios ciudadanos decidan el contenido de las leyes que organizan su asociación política y regulan su conducta.²² Esto, no solo supone la participación popular en la constitución del gobierno, sino que además es incompatible con la existencia de leyes permanentes, es decir, leyes que deben darse por sentado y que

¹⁹ Véase Roberto J. Sánchez Ramos, Ponencia del Honorable Roberto J. Sánchez Ramos, Secretario de Justicia (8 de febrero de 2005).; Informe Positivo sobre el Proyecto de la Cámara 327 de 16 de febrero de 2005, 1ra Ses. Ord., 15ta Asam. Leg.

²⁰ *Id.* en la pág. 5.

²¹ Senado de PR v. Gobierno de Puerto Rico, 2019 TSPR 138.

²² FRANK I. MICHELMAN, BRENNAN AND DEMOCRACY 5-6 (1999).

no son -o no deberían ser- objeto de revisión.²³ La democracia exige la adopción de instituciones que den lugar a la participación directa de los ciudadanos en todos los aspectos de la actividad de gobernar.²⁴

Es por tal razón que pretendo que el pueblo pueda ejercer una democracia directa. Según esta corriente, la voluntad popular debe manifestarse en forma directa y genuina en decisiones políticas. Y con la democracia directa, esa voluntad popular no se vería quebrantada por partidos oligárquicos o parlamentos intermedarios, como sucede en la democracia representativa.²⁵

Dicho planteamiento produciría risa o no cobraría importancia en más de la mitad del país hace apenas dos años atrás. No obstante, luego de las vivencias del verano del 2019 y de que un gobernante se convirtiera en tirano, la figura del vicegobernador volvió a plantearse en el pensamiento de muchos.

En el verano del 2019, luego de muchas acciones deplorables por parte del Dr. Ricardo Rosselló al pueblo de Puerto Rico, la ciudadanía se lanzó a la calle con múltiples protestas, en contra de él, quien era el gobernador en ese momento.²⁶ Cada pueblo, movimiento, sectores y personas de todas las edades se unieron en una sola voz, exigiendo la renuncia del entonces gobernador.

El Dr. Ricardo Rosselló anunció el 24 de julio de 2019 que renunciaría al cargo de gobernador de Puerto Rico, efectivo el viernes, 2 de agosto de 2019, a las 5:00 de la tarde.²⁷ El miércoles, 31 de julio de 2019, mientras la Asamblea Legislativa de Puerto Rico se encontraba en receso, el Dr. Rosselló Nevares designó como secretario de Estado de Puerto Rico al Lcdo. Pierluisi Urrutia, debido a que la posición estaba vacante tras la renuncia del Lcdo. Luis Rivera Marín.²⁸ El Dr. Rosselló Neva-

²³ JOEL I. COLÓN-RÍOS, *LA CONSTITUCIÓN DE LA DEMOCRACIA* 36 (2013).

²⁴ *Id.* en la pág. 68.

²⁵ Wolfgang Merkel, *Democracia directa, los referendos desde la perspectiva de la teoría de la democracia y la socialdemocracia* (2014), https://nuso.org/media/documents/Democracia_directa._Los_referendos_desde_la_perspectiva_de_la_teor%C3%ADa_de_la_democracia_y_la_socialdemocracia_Junio_2014.pdf.

²⁶ Véase J. Fontanet Maldonado, *El verano de 2019 entre interrogantes legales*, 2 AMICUS, REVISTA DE POLÍTICA PÚBLICA Y LEGISLACIÓN UIPR 143 (2019); A. Acevedo Vilá, *La creación del cargo de vicegobernador: una propuesta a la que le llegó su hora*, 2 AMICUS, REVISTA DE POLÍTICA PÚBLICA Y LEGISLACIÓN UIPR 177 (2019); E. Vázquez González, *El Poder Legislativo y los sucesos del “Verano del 19”*, 2 AMICUS, REVISTA DE POLÍTICA PÚBLICA Y LEGISLACIÓN UIPR 192 (2019). <http://interderecho3.azurewebsites.net/wp-content/uploads/2019/10/AMICUS-Vol2-Num2-Septiembre2019.pdf>

²⁷ Patricia Mazzei & Frances Robles, *Ricardo Rosselló anunció su renuncia a la gobernación*, THE NEW YORK TIMES (24 de julio de 2019), <https://www.nytimes.com/es/2019/07/24/espanol/america-latina/rossello-renuncia-puerto-rico.html>.

²⁸ Patricia Vélez Santiago, *Rosselló deja la gobernación de Puerto Rico y designa a Pedro Pierluisi como su sucesor*, UNIVISIÓN (2 de agosto de 2019), <https://www.univision.com/noticias/politica/rossello-deja-la-gobernacion-de-puerto-rico-y-designa-a-pedro-pierluisi-como-su-sucesor>.

res convocó a la Asamblea Legislativa a una sesión extraordinaria con el único propósito de atender el nombramiento del Lcdo. Pierluisi Urrutia como secretario de Estado.

El jueves, 1 de agosto de 2019, tanto la Cámara de Representantes como el Senado de Puerto Rico, iniciaron respectivamente los trabajos legislativos de la sesión extraordinaria. La Cámara de Representantes celebró la vista pública el viernes, 2 de agosto de 2019. Posteriormente, votó y confirmó al Lcdo. Pedro Pierluisi Urrutia como secretario de Estado. El Senado determinó celebrar una vista pública el lunes, 5 de agosto de 2019, con el fin de evaluar el nombramiento del nuevo secretario de Estado. En la tarde del 2 de agosto de 2019, el Lcdo. Pierluisi Urrutia juramentó como gobernador de Puerto Rico, aun cuando el Senado no lo había confirmado como secretario de Estado.²⁹

En vista de ello, el presidente del Senado, Thomas Rivera Schatz, presentó una demanda e “injunction” preliminar y permanente para que se dictara sentencia declaratoria. Solicitó que se declararan nulas la juramentación y la posesión del cargo de gobernador por parte del Lcdo. Pierluisi Urrutia, al igual que toda determinación tomada por este en tal función y que se emitiera un “injunction” preliminar y permanente, para que cesara y desistiera de continuar ocupando y ejerciendo las funciones de gobernador.

El Presidente alegó que, según el derecho vigente, un secretario de Estado solo puede ocupar el puesto de gobernador después de surgir una vacante absoluta, si ocupa su puesto en propiedad, es decir, con el consejo y consentimiento de la Cámara de Representantes y el Senado. Por ello, solicitó que se declarara inconstitucional la Ley Núm. 7-2005. El Honorable Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió de forma unánime que al Presidente del Senado le asistía la razón y que esa enmienda de 2005 es contraria a la Constitución. Decretada la inconstitucionalidad de la parte pertinente de la Ley Núm. 7-2005, también lo es la juramentación del Secretario como Gobernador. Sin embargo, el resto de la Ley Núm. 7 de 24 de julio de 1952, según enmendada por la Ley Núm. 7-2005, 3 LPRA sec. 8 et seq., no estaba en disputa, por tal razón permaneció en vigor, incluyendo el orden estatuido en dicha Ley para suceder al gobernador cuando ocurre una vacante.³⁰

²⁹ ELNUEVODIA.COM, *Pedro Pierluisi es el nuevo gobernador de Puerto Rico*, EL NUEVO DÍA (2 de agosto de 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notas/pedro-pierluisi-es-el-nuevo-gobernador-de-puerto-rico/>; CNN Español, *Wanda Vázquez jura como gobernadora de Puerto Rico (7 de agosto de 2019)*, <https://cnnespanol.cnn.com/2019/08/07/wanda-vazquez-toma-juramento-como-gobernadora-de-puerto-rico/>.

³⁰ El Artículo 1 de la Ley Núm. 7-2005 establecía que: “Cuando ocurra una vacante en el cargo de Gobernador del Estado Libre Asociado de Puerto Rico producida por muerte, renuncia, destitución, incapacidad total y permanente, o por cualquier otra falta absoluta, dicho cargo pasará al Secretario de Estado, quien lo desempeñará por el resto del término y hasta que un nuevo Gobernador sea electo y tome posesión. Si simultáneamente quedaren vacantes los

El orden de sucesión, en caso de ausencia del gobernador dispuesto en la Ley, establecía que quien debía ocupar el cargo de gobernador en caso de ausencia de este y del secretario de Estado, sería el secretario de Justicia. En estas instancias, la secretaria de Justicia de Puerto Rico, la Lcda. Wanda Vázquez Garced para entonces era, aceptó el cargo y juramentó como gobernadora de Puerto Rico el 7 de agosto de 2019.³¹ Desde ese momento, nuestra Gobernadora fue una persona no electa por el pueblo de Puerto Rico, sin la confianza del pueblo y quien está tomando decisiones para el pueblo. No me albergan dudas que esta decisión tan trascendental en Puerto Rico debe ser motivo suficiente para que se lleve a cabo un cambio en nuestro sistema, no solo político, sino también constitucional. De modo que el pueblo pueda ejercer la democracia directa en todos los aspectos que intervengan o puedan intervenir en algún momento con la forma de vida o decisiones que los impliquen a estos. No es una opción rendirnos y conformarnos con la situación actual del país.

Como es de basto conocimiento, Puerto Rico no es un país independiente, continuamos siendo un territorio no incorporado de Estados Unidos. Sin embargo, podemos decidir la forma del gobierno local, con grandes limitaciones, pero aun así, nuestro colonizador nos dio esa prerrogativa. Propongo que en Puerto Rico exista un modelo del vicegobernador parecido en esencia al de Estados Unidos y en diferentes países latinoamericanos, en los que opera el cargo del vicepresidente.

A diferencias de esos países, exhorto que, en nuestro país, el vicegobernador no se escoja en conjunto con el gobernador, es decir, que la campaña para la elección no sea en conjunto, que el gobernador pueda elegirse separadamente de la elección del vicegobernador. De esta forma, se brindaría una plena democracia y participación directa del pueblo en todas sus esferas. A manera de ejemplo, miremos la elección del propio comisionado residente en Puerto Rico. ¿Cómo es posible que por tantos años hayamos preferido elegir a una persona que solo tenga voz en el Congreso de los Estados Unidos, pero no podamos elegir quién nos gobernará en caso de que el Gobernador electo no pueda? Sin duda alguna, nuestra condición colonial nos ha tergiversado nuestras prioridades.

Más adelante, se discutirá a profundidad este cargo y cómo planteo se lleve a cabo la creación del cargo del vicegobernador. Por el momento, como base para la creación del cargo podemos tomar como ejemplo a Estados Unidos y diferentes

cargos de Gobernador y de Secretario de Estado el orden de sucesión bajo esta Sección será el siguiente: (1) Secretario de Justicia; (2) Secretario de Hacienda; (3) Secretario de Educación; (4) Secretario del Trabajo y Recursos Humanos; (5) Secretario de Transportación y Obras Públicas; (6) Secretario de Desarrollo Económico y Comercio y (7) Secretario de Salud”.

³¹ Telemundo PR, Wanda Vázquez juramenta como gobernadora de Puerto Rico (7 de agosto de 2019), <https://www.telemundopr.com/noticias/puerto-rico/wanda-vazquez-juramenta-como-gobernadora-de-puerto-rico/100924/>.

países latinoamericanos que tienen cargos de vicepresidentes a tono con el cargo que pretendo se pueda crear.

IV. UNA MIRADA A ESTADOS UNIDOS Y PAÍSES LATINOAMERICANOS

A. Estados Unidos

En Estados Unidos, el cargo del vicepresidente opera por mandato constitucional. En la Constitución, se establecen las funciones del vicepresidente: "...the Vice President of the United States shall be President of the Senate, but shall have no Vote, unless they be equally divided."³²

En síntesis, el vicepresidente en Estados Unidos ejerce su cargo en principio como presidente del senado, pero no tendrá voto, salvo en casos de empate. Sin embargo, cuando no actúa como presidente del Senado, es el portavoz para la política de la Administración y el consejero del presidente. Como podemos ver, la función del vicepresidente no va mucho más allá de dar apoyo al presidente y servirle de guía en las instancias que el vicepresidente entienda necesario. Como parte importante en nuestro análisis, cabe destacar el proceso de elección del vicepresidente. La Constitución establece el tiempo en el cual el vicepresidente desempeñará su cargo: "The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows..."³³ De igual forma, la Constitución expone cuándo el vicepresidente ejercerá como presidente de la Nación, en caso de ser necesario:

In Case of the Removal of the President from Office, or of his Death, Resignation, or Inability to discharge the Powers and Duties of the said Office,⁹ the Same shall devolve on the VicePresident, and the Congress may by Law provide for the Case of Removal, Death, Resignation or Inability, both of the President and Vice President, declaring what Officer shall then act as President, and such Officer shall act accordingly, until the Disability be removed, or a President shall be elected.³⁴

³² "El Vicepresidente de los Estados Unidos será presidente del Senado, pero no tendrá voto, excepto en caso de empate". CONST. EE. UU. art. I, § 3.

³³ "El poder ejecutivo residirá en el presidente de los Estados Unidos de América. Este desempeñará su cargo por un término de cuatro años y su elección se realizará de la siguiente manera, junto con la del vicepresidente, quien desempeñará su cargo durante el mismo término". CONST. EE. UU. art. II, § 1.

³⁴ "En caso de destitución del presidente de su cargo, o si muere, renuncia o queda incapacitado para cumplir con las facultades y los deberes del susodicho cargo, éste será ocupado por el vicepresidente; y en caso de destitución, muerte, renuncia o incapacidad tanto del presidente como del vicepresidente, el Congreso podrá intervenir con apego a Derecho,

El vicepresidente es elegido por mandato constitucional junto con el presidente de la nación. En las papeletas en las cual el ciudadano va a votar, observará que cada candidato a presidente lleva adjunto el nombre del vicepresidente y el partido político al que pertenecen. Es decir, el ciudadano elige al presidente, el cual ya eligió a su vicepresidente de manera unánime, sin participación del pueblo. En países de Latinoamérica, opera básicamente el mismo método. A manera de ejemplo, analizaremos los países de Argentina, Colombia y Panamá.

B. Países Latinoamericanos

En los países latinoamericanos, la elección del vicepresidente opera también por mandato constitucional. El artículo 88 de la Constitución de la nación Argentina establece lo siguiente:

En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del Presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.³⁵

De igual forma, expresa que: “Para ser elegido Presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador”.³⁶ La Constitución de Argentina dispone a su vez el tiempo por el cual el vicepresidente ejercerá sus funciones:

El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.³⁷

declarando qué funcionario desempeñará entonces la presidencia, y tal funcionario ejercerá dicho cargo hasta que la incapacidad cese o un presidente haya sido elegido”. CONST. EE. UU. Art. II, §1.

³⁵ Constitución de la Nación Argentina, Capítulo Segundo, Segunda Parte, Sección Segunda, Art. 88.

³⁶ *Id.* Art. 89.

³⁷ *Id.* Art. 90.

Y la manera en la cual serán electos establece: “El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único”.³⁸ Además de servir como sustituto del presidente en caso de ser necesario, “el vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación”.³⁹ “El Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de presidente de la Nación”.⁴⁰

Al igual que en Estados Unidos, el vicepresidente de Argentina es un alto funcionario de la República, el cual acompaña al ciudadano elegido como presidente de la nación. De igual forma, sus funciones se basan en sustituir al presidente en caso de ausencia, incapacidad, muerte o renuncia y figura también como funcionario del poder legislativo al fungir como presidente de la Cámara de Senadores de la Nación Argentina.

Asimismo, en Colombia también opera el cargo de vicepresidente por mandato constitucional:

El Vicepresidente de la República será elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente de la República. Los candidatos para la segunda votación, si la hubiere, deberán ser en cada fórmula quienes la integraron en la primera. El Vicepresidente tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aún en el caso de que éstas se presenten antes de su posesión. En las faltas temporales del Presidente de la República bastará con que el Vicepresidente tomo posesión del cargo en la primera oportunidad, para que pueda ejercerlo cuantas veces fuere necesario. En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período. El Presidente de la República podrá confiar al Vicepresidente misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. El Vicepresidente no podrá asumir funciones de Ministro Delegatario.⁴¹

Al igual que en Puerto Rico y en las constituciones anteriormente discutidas, la Constitución de Colombia establece que será por ley el orden sucesorio para cuando el vicepresidente estuviera ejerciendo la presidencia de la República:

A falta del Vicepresidente cuando estuviere ejerciendo la Presidencia. Ésta será asumida por un Ministro en el orden que establezca la

³⁸ *Id.* Art. 94.

³⁹ *Id.* Art. 57.

⁴⁰ *Id.* Art. 58.

⁴¹ Constitución Política de Colombia 1991, Título VII, Capítulo 3, Art. 202

ley. La persona que de conformidad con este artículo reemplace al Presidente, pertenecerá a su mismo partido o movimiento y ejercerá la Presidencia hasta cuando el Congreso, por derecho propio, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en la que se produzca la vacancia presidencial, elija al Vicepresidente, quien tomará posesión de la Presidencia de la República.⁴²

Además, la Constitución establece ciertos requisitos para el vicepresidente: “Para ser elegido vicepresidente se requieren las mismas calidades que para ser presidente de la República. El vicepresidente no podrá ser elegido presidente de la República ni vicepresidente para el período inmediatamente siguiente”.⁴³

La Constitución afirma que:

En caso de falta absoluta del vicepresidente, el Congreso se reunirá por derecho propio o por convocatoria del Presidente de la República, a fin de elegir a quien vaya a reemplazarlo para el resto del período. Son faltas absolutas del vicepresidente: su muerte, su renuncia aceptada y la incapacidad física permanente reconocida por el Congreso.⁴⁴

De la Constitución de Colombia, es menester hacer hincapié que provee para los casos en los que sea necesario reemplazar un vicepresidente electo por el pueblo:

El Congreso se reunirá en un solo cuerpo únicamente para la instalación y clausura de sus sesiones, para dar posesión al Presidente de la República, para recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otros países, para elegir Contralor General de la República y Vicepresidente **cuando sea menester reemplazar el electo por el pueblo**, así como decidir sobre la moción de censura, con arreglo al artículo 135. En tales casos el Presidente del Senado y el de la Cámara serán respectivamente Presidente y Vicepresidente del Congreso.⁴⁵

A diferencia de las constituciones antes vistas, la de Colombia tiene una mirada más tolerante y provee mecanismos a fin de que el pueblo pueda ejercer libremente su democracia, en caso de necesitarse. Aún así, en los países antes discutidos, incluyendo a Estados Unidos, no se trata de algo más allá de que:

Para el Presidente, el Vice es una suerte de sombra que le pisa los talones y que apuesta, consciente o inconscientemente, a su desgracia.

⁴² *Id.* Art. 203.

⁴³ *Id.* Art. 204.

⁴⁴ *Id.* Art. 205.

⁴⁵ *Id.* Art. 141 (énfasis suplido).

Para el Vicepresidente su lugar es el de la máxima paradoja: de no ser nada puede convertirse en todo, si esa desgracia finalmente le ocurre al mandatario.⁴⁶

Panamá tampoco es la excepción. El cargo del vicepresidente en Panamá también opera por mandato constitucional:

El Presidente de la República será elegido por sufragio popular directo y por la mayoría de votos, para un periodo de cinco años. Con el Presidente de la República será elegido, de la misma manera y por igual periodo, un Vicepresidente, quien lo reemplazará en sus faltas, conforme a lo prescrito en esta Constitución.⁴⁷

Además, el artículo 180 expresa que: “No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente de la República quien haya sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante sentencia ejecutoriada proferida por un tribunal de justicia”.⁴⁸

De igual forma, la Constitución establece cuáles funciones ejercerá el vicepresidente:

1. Reemplazar al Presidente de la República en caso de falta temporal o absoluta.
2. Asistir con voz, pero sin voto, a las sesiones del Consejo de Gabinete.
3. Asesorar al Presidente de la República en las materias que este determine.
4. Asistir y representar al Presidente de la República en actos públicos y congresos nacionales o internacionales, o en misiones especiales que el Presidente le encomiende.⁴⁹

La Constitución de Panamá, además de establecer cuando el vicepresidente ejerce como presidente, establece cómo se llevará a cabo el proceso de elección de otro vicepresidente, de manera tal que ambos puestos siempre estén cubiertos. A su vez, establece cuándo será necesario convocar a nuevas elecciones tanto para presidente como para vicepresidente:

Por falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo por el resto del periodo. Cuando el Vicepresidente

⁴⁶ *La Vicepresidencia y las coaliciones políticas: el caso de Argentina*. Revista de Sociología y Política. Vol.26, no. 65, Curitiba, (2018).

⁴⁷ Constitución Política de la República de Panamá, Título VI, Art. 177.

⁴⁸ *Id.* Art. 180.

⁴⁹ *Id.* Art. 185.

asuma el cargo de Presidente, ejercerá la vicepresidencia uno de los Ministros de Estado, que estos elegirán por mayoría de votos, quien debe cumplir los requisitos necesarios para ser Vicepresidente de la República. Cuando por cualquier motivo la falta absoluta del Presidente no pudiere ser llenada por el Vicepresidente, ejercerá la Presidencia uno de los Ministros de Estado, que estos elegirán por mayoría de votos, quien debe cumplir con los requisitos necesarios para ser Presidente de la República, y tendrá el título de Ministro Encargado de la Presidencia. Cuando la falta absoluta del Presidente y del Vicepresidente se produjera por lo menos dos años antes de la expiración del periodo presidencial, el Ministro Encargado de la Presidencia convocará a elecciones para Presidente y Vicepresidente en una fecha no posterior a cuatro meses, de modo que los ciudadanos electos tomen posesión dentro de los seis meses siguientes a la convocatoria, para el resto del periodo. El decreto respectivo será expedido a más tardar ocho días después de la asunción del cargo por dicho Ministro Encargado.⁵⁰

¿Qué tienen en común los países latinoamericanos anteriormente mencionados y Estados Unidos en cuanto a la figura del vicegovernador? Es una figura meramente decorativa. Es cierto que en las jurisdicciones antes mencionadas los ciudadanos eligen al presidente y conocían de antemano el vicepresidente que este eligió. No obstante, la figura del vicegovernador ha sido fuertemente criticada por entenderse que es una meramente decorativa y que las funciones de este son solo sustituir al presidente, en caso de que fuera necesario.

En adición, críticos han expresado que “tradicionalmente se escogen para este cargo a personas de importancia secundaria, que no atraen gran interés en el momento de su nombramiento. Este puesto se convirtió así en una auténtica plaza de garaje reservada a los políticos cansados, poco ambiciosos o, por el contrario, atosigantes”. De igual forma, vicepresidentes a lo largo de la historia han expresado que: “el vicepresidente se encuentra en una tierra de nadie entre el ejecutivo y el legislativo o, aún más, que la vicepresidencia no tiene más valor que una escupidera”. [H]ubo una vez dos hermanos. Uno se perdió en el mar y el otro fue elegido vicepresidente. De ninguno de los dos se oyó hablar nunca más. John Adams, el primer vicepresidente de la historia, manifestaba en una carta dirigida a su esposa que ejercía ‘el más insignificante oficio jamás concebido por una mente humana’.⁵¹

⁵⁰ *Id.* Art. 189.

⁵¹ Jorge de Esteban, *Hablemos del Vicepresidente*, EL MUNDO (16 de noviembre de 2016), <https://www.elmundo.es/opinion/2016/11/16/582b4833e2704e93188b45fe.html>.

A pesar de esto, la historia es cambiante y, aunque es cierto que el puesto es altamente criticado, es uno que acarrea de muchísimo valor. A manera de ejemplo, en el caso del vicepresidente Truman, este tuvo que asumir el mandato de presidente de Estados Unidos al fallecer el presidente Franklin D. Roosevelt. Esto nos demuestra la importancia de escoger a un vicepresidente capaz.

Ahora bien, el método utilizado en los países anteriormente mencionados todavía no le provee participación directa al pueblo en la elección del vicepresidente. No es de esta forma que pretendo que se cree en Puerto Rico el cargo del vicegobernador. Nuestro interés es que el pueblo puertorriqueño pueda elegir a un vicegobernador separado del gobernador. De esta forma, el gobernador no será quien elija a su vicegobernador de manera unánime. Incluso, pretendo que la figura de este no sea vista como una mera decorativa, sino que el pueblo puertorriqueño entienda la importancia de la creación de este puesto.

V. EL CARGO DEL VICEGOBERNADOR EN PUERTO RICO

A. Importancia del Cargo

Como bien hemos analizado, los diferentes países en Latinoamérica, así como en Estados Unidos, presentan funciones y facultades que pueden ser distintas para los cargos de vicepresidente, pero todos tienen en común:

[R]eemplazar al Presidente en caso de ausencia temporal o definitiva, en el marco de las condiciones establecidas en cada Constitución.... la importancia que posee su función potencial de poder convertirse en presidente, es lo que obliga a que se exijan las mismas condiciones a los candidatos a este cargo que las que se requieren para la Presidencia”.⁵²

No obstante, esto convierte el cargo del vicepresidente en uno de mera expectativa de alcanzar el poder, pero, como ya vimos en el “Verano del 2019”, también dota de suma importancia dicho cargo, pues se prevé que quién ostente el cargo de vicepresidente puede llegar a ser presidente de una nación o gobernador del país en Puerto Rico. Dicha situación no debe mirarse como poca cosa o como una imposible a suceder. A medida que pasa el tiempo y con el incremento de la tecnología en nuestros días, las sociedades se han vuelto más vigilantes en cuanto a las acciones del gobierno.

En el pasado, resultaba más sencillo esconderle a la población muchas de las trampas o escaños corruptos que los miembros del gobierno realizaban. Actualmente,

⁵² Mario Daniel Serrafiero, *La Vicepresidencia y las coaliciones políticas: el caso de Argentina*. REVISTA DE SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA 15 (2018).

resulta más complicado poder burlar el sentir del pueblo, pues estamos ante una sociedad con mayor consciencia social. Ante tal realidad, resulta imprescindible mirar el cargo del vicegobernador como uno de forzosa creación en nuestro país.

Me inclino a que la elección del vicegobernador en Puerto Rico recaiga únicamente en manos del pueblo. Nuestro país ha vivido los últimos años sucumbidos en la corrupción del Estado, por lo que es momento de que el pueblo elija plena y directamente a todos los gobernantes de su país, pero, sobre todo, que pueda elegir quién quedaría a cargo del pueblo en caso de que el gobernador electo o no pudiera ejercer sus funciones o fuera despedido (obligado a renunciar) por acciones que vayan en contra de los mejores intereses del país. Por tal razón, abogo a que la creación del cargo del vicegobernador traiga consigo el máximo ejercicio de democracia directa del pueblo.

B. Desarrollo del Cargo

Es menester, antes de comenzar a discutir el desarrollo del cargo, exponer lo siguiente: ¿por qué no simplemente se elige al secretario de estado o se elimina ese cargo y se le dan las funciones al vicegobernador? El cargo del secretario de Estado está contemplado en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Este es miembro del gabinete constitucional del Gobernador y lidera el Departamento de Estado. Este Departamento de la rama ejecutiva es el Departamento Ejecutivo más importante, ya que el secretario de Estado actúa como gobernador interino en ausencia del gobernador en propiedad.

Quando ocurra una vacante en el cargo de Gobernador producida por muerte, renuncia, destitución, incapacidad total y permanente, o por cualquier otra falta absoluta, dicho cargo pasará al Secretario de Estado, quien lo desempeñará por el resto del término y hasta que un nuevo Gobernador sea electo y tome posesión. La ley dispondrá cuál de los Secretarios de Gobierno ocupará el cargo de Gobernador en caso de que simultáneamente quedaren vacantes los cargos de Gobernador y de Secretario de Estado.⁵³

Además, el secretario de Estado lidera todos los esfuerzos que promueven las relaciones culturales, políticas y económicas entre Puerto Rico y otros países, así como de otras jurisdicciones de los Estados Unidos. De hecho, cabe destacar que en los últimos años el puesto ha evolucionado hasta convertirse en uno similar al de un ministro de Asuntos Exteriores. Hoy en día, el secretario es el oficial a cargo de las relaciones exteriores de Puerto Rico.

⁵³ CONST. PR art. IV, §7.

Por tal razón, entiendo que no se debe eliminar el cargo del secretario de Estado, pero sí debe ser elegido por el pueblo, aunque esto no es materia de discusión en este escrito. Tampoco el vicegobernador sustituirá las funciones del secretario de Estado. El cargo del secretario de Estado ha evolucionado con el pasar de los años y es importante que tengamos un mandatario en asuntos exteriores, sin embargo, no debe ser este quien suceda al gobernador en caso de ser necesario. Es pertinente que se cree el cargo del vicegobernador. Un cargo atemperado a la realidad de nuestro país, que no sea visto como una mera figura decorativa y que, además de ser el sucesor del gobernador, tenga otras funciones importantes a cargo.

V. PROPUESTA

Propongo que la creación del cargo del vicegobernador se lleve a cabo de la siguiente manera:

1. El candidato a vicegobernador no tendrá que ser del mismo partido político que el gobernador. De hecho, no tiene que ser de ningún partido político.
2. Será necesario que los candidatos a vicegobernador recojan endosos de al menos el 10% del electorado.
3. El cargo del vicegobernador será electo en las elecciones generales del país. En base a la situación económica que vive el país, entiendo sería costo efectivo y costo eficiente que se realicen en conjunto.
4. Sin embargo, la elección del vicegobernador en las elecciones será en una papeleta exclusiva para este, entiéndase, separada de la papeleta para el cargo del Gobernador.
5. La figura del secretario de Estado se mantendrá vigente, con el único cambio de que no será este el gobernador interino cuando el primer ejecutivo no se encuentre en el país; será responsabilidad del vicegobernador llevar a cabo dicha tarea. En caso de que tanto el gobernador como el vicegobernador se encuentren fuera del país, será entonces responsabilidad del secretario de Estado fungir como gobernador interino.

Además de fungir como sustituto del gobernador en caso de este no poder continuar en el puesto, el vicegobernador desempeñará otras funciones tales como:

1. Representar al Gobernador en actos donde este no pueda comparecer, ya sea por: conflicto con alguna otra actividad de carácter gubernamental o personal, enfermedad, impedimento legal u otros dispuestos por ley.

2. Deberá el vicegobernador dirigir los comités dentro de la administración. A manera de ejemplo, el Comité de Ética Gubernamental de cada agencia, conforme lo dispuso la Ley Núm. 1-2012, conocida como la Ley de Ética Gubernamental de Puerto Rico de 2011 que creó la Oficina de Ética Gubernamental (OEG), la cual fue originalmente establecida por la Ley Núm. 12 de 24 de julio de 1985, según enmendada, conocida como la Ley de Ética Gubernamental del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
3. Fungir como gobernador interino cuando el gobernador en propiedad se encuentre fuera del país. Y otras dispuestas posteriormente por ley.

VI. CONCLUSIÓN Y RETOS O DESAFÍOS DEL CARGO

En Puerto Rico, ya se ha discutido este tema en diferentes ocasiones, pero, a raíz de los eventos vividos recientemente, entiendo es importante que el debate se mantenga vivo y que, a diferencia de propuestas de legisladores y personas que han escrito sobre este particular, el cargo sea electo por el pueblo y no que venga en papeleta conjunta con la persona que se esté postulando para gobernador.

Por otra parte, entiendo que uno de los principales desafíos será primeramente la educación. Será importante brindarle al pueblo educación sobre la importancia de este puesto y de que no debe verse el mismo como un cargo político en conjunto con el del gobernador. Además, otro conflicto podría ser que el gobernador y vicegobernador resulten de ideologías diferentes, como bien sabemos en este país puede resultar difícil la comunicación eficaz entre líderes políticos. Aun así, como establece Joel I. Colón en su escrito: “no debe haber ninguna duda de que la democracia siempre viene acompañada de riesgos importantes, pero estos son riesgos que un demócrata -si es que quiere seguir siendo demócrata- no tiene más remedio que aceptar”.⁵⁴

Como anteriormente he mencionado, los procesos que vivimos como país, sin duda alguna, marcaron una nueva era en la sociedad puertorriqueña. Los puertorriqueños se han preocupado más por conocer y entender los procesos que rigen su diario vivir. Cónsono con dichos cambios, nosotros -como juristas- debemos asegurar que los procesos vayan acorde a las circunstancias reales que vivimos, y uno de esos es: la elección de un vicegobernador. Si elegimos un comisionado residente para que nos represente ante el Congreso, quien no tiene voto en las decisiones que nos afectan directamente como ciudadanos americanos, ¿cómo es posible que no

⁵⁴ JOEL I. COLÓN-RÍOS, LA CONSTITUCIÓN DE LA DEMOCRACIA 56 (2013). No pude encontrar el libro.

podamos decidir quién nos va a gobernar en caso de que el gobernador en turno no pueda y/o no deba?

Como bien expresó la profesora Yanira Reyes Gil: “En colectivo, descubrimos que la Constitución se nos quedó corta. En la misma ola de cambio, se comenzó a plantear la necesidad de enmendar la Constitución”.⁵⁵ No tengo dudas de que uno de los cambios, a fin de otorgar democracia real al pueblo puertorriqueño, viene entrelazado en la elección de un vicegobernador.

Es cierto que esta propuesta fue planteada en el 1952, al igual que muchas personas han replanteado la creación del cargo, pero mi propuesta va encaminada a proveerle al pueblo una participación real, directa y sin trucos. Que como puertorriqueños podamos elegir personas que nos representen, no solo por su ideología política, sino también por sus pensamientos e ideas de cambio.

Debemos movernos hacia una democracia que asegure la libre participación del ciudadano en las decisiones colectivas. No podemos temer al cambio. Si no cambiáramos constantemente, ¿dónde estaríamos como sociedad hoy en día?

⁵⁵ Yanira Reyes Gil, *¿Y si construimos la Constitución que queremos...? Por un proceso constituyente anclado en los derechos humanos*. 2 AMICUS, REVISTA DE POLÍTICA PÚBLICA Y LEGISLACIÓN UIPR 167 (2019), <http://interderecho3.azurewebsites.net/wp-content/uploads/2019/10/AMICUS-Vol2-Num2-Septiembre2019.pdf>.

ANÁLISIS SOBRE LA COMISIÓN ESTATAL DE ELECCIONES EN EL PROCESO DE ELECCIONES DE PRIMARIAS

POR: NAYLA R. MELAMED-TORRES*

RESUMEN

El artículo realiza un recuento sobre el procedimiento que se llevó a cabo por la Comisión Estatal de Elecciones de Puerto Rico en el periodo electoral. Dicho proceso electoral, fue impactado por la implementación de la Ley 58-2020 y la emergencia salubrista de la pandemia del Covid-19 en Puerto Rico. La implementación de una ley con un periodo limitado sembró muchas dificultades al proceso electoral, donde se desvirtuó la democracia puertorriqueña y se lesionó el derecho fundamental del elector. Como alternativa a los lamentables sucesos, se sugiere que se pueda vislumbrar la creación de una Junta Electoral Independiente, en calidad de tribunal electoral para poder salvaguardar los derechos electorales y políticos de los ciudadanos. Ante la infructuosa implementación de la Ley 58-2020, se sugiere una enmienda sustancial a su vigencia o en la alterativa, la derogación y creación de una legislación electoral que pueda ser estudiada e implementada de manera cuidadosa y transparente. Aunque la finalidad de este artículo se centra sobre las Elecciones de Primarias 2020, destacamos que las repercusiones fueron extensivas hasta los Comicios Generales 2020 y los mismos sufrieron iguales atropellos que no pudieron ser subsanados con la ley 58-2020.

Palabras claves: *Elecciones de primarias, elecciones primaristas, Comisión Estatal de Elecciones, pandemia del covid-19, presidente, código electoral*

ABSTRACT

The article recounts the procedure that was carried out by the State Elections Commission of Puerto Rico during the election period. The 2020 electoral process was

* Cursó un bachillerato en ciencias de enfermería en la Universidad de Puerto Rico en Arecibo. Completó estudios graduados en la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Ciencias Médicas enfocado en Ciencias de Enfermería con enfoque en administración de servicios de enfermería y un rol administrativo en salud y Cuidado Crítico. Actualmente es estudiante de Derecho en la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Es parte de la Revista de Estudios Críticos del Derecho, donde se desempeña como redactora.

impacted by the implementation of state Law 58-2020 and the health emergency of the Covid-19 pandemic in Puerto Rico. Due to the proximity of the event the implementation of this law sowed many difficulties in the electoral process, where Puerto Rican democracy lost its virtue, and the fundamental right of the voter was violated. One possible alternative suggested is the creation of an Independent Electoral Board functioning as an electoral tribunal able to safeguard the electoral and political rights of citizens. Given the unsuccessful implementation of Law 58-2020, a substantial amendment to it or the repeal and creation of electoral legislation that can be studied and implemented in a careful and transparent manner. Although the purpose of this article is focused on the 2020 Primary Elections, we highlight that the repercussions extended into the 2020 General Elections where the voters suffered the same abuses that could not be corrected with Law 58-2020.

Keywords: primary elections, president, state elections commissions, covid-19 pandemic, electoral Law, electoral code

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMISIÓN ESTATAL DE ELECCIONES. III. ELECCIONES DE PRIMARIAS 2020; III. a. *El “SARS-CoV-2” (también conocido como Covid-19 o Coronavirus)*. IV. EL DERECHO AL VOTO; IV. a. *Elecciones Primaristas y el Derecho al Voto frente al Tribunal Supremo de Puerto Rico*. V. UNA MIRADA A LAS ELECCIONES GENERALES DE PUERTO RICO 2020; VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este escrito es poder analizar las funciones y el desempeño de la Comisión Estatal de Elecciones. Realizaremos un breve recuento sobre el proceso de Elecciones Primarias, el cual se llevó a cabo el 9 de agosto de 2020 en Puerto Rico. Destacamos de antemano el pobre desempeño de las funciones de la Comisión Estatal de Elecciones en el proceso primarista. Ello, unido a la emergencia del Covid-19 en Puerto Rico y la manera en que se mancilló el proceso democrático del elector puertorriqueño y su derecho fundamental a ejercer el voto. De igual forma, realizaremos un breve recuento de la aprobación de una nueva ley electoral y de los desaciertos que se vincularon en el proceso de elecciones de primarias.

II. LA COMISIÓN ESTATAL DE ELECCIONES

La Comisión Estatal de Elecciones (en adelante “CEE”) es un organismo colegiado y adherido al sistema tripartita que rige en Puerto Rico. Esta, tiene personalidad jurídica y goza de legitimación activa para enfrentar el debido proceso de

ley. La CEE es una “institución de operación continua”.¹ A pesar de que su función principal es dirigir el proceso electoral, la CEE rige otros procesos y protocolos del gobierno.² La CEE fue creada bajo Ley Núm. 4 de 20 de diciembre de 1977, según enmendada, también conocida como la *Ley Electoral de Puerto Rico*, derogada en el 2011.

La Ley Núm. 4 de 20 de diciembre de 1977 se aprobó con el propósito de asegurar las garantías de pureza procesal necesarias para contar cada voto en la forma y manera en que es emitido y, a su vez, garantizar la confianza del Pueblo en los procesos electorales, que los mismos sean transparentes e imparciales en un ambiente ordenado de paz y respeto hacia todos. Esta Ley creó la Comisión Estatal de Elecciones y dispuso todo lo relacionado con la organización electoral en nuestra Isla.³

Posteriormente, se aprobó la Ley Núm. 78-2011, conocida como el *Código Electoral de Puerto Rico* para el siglo XXI. Esta, tenía como misión y visión:

[E]stablecer la Comisión Estatal de Elecciones y sus funcionarios, definir las oficinas principales y su funcionamiento; facultar para la implantación de un sistema de votación electrónica y/o escrutinio electrónico, y disponer salvaguardas para el votante; establecer disposiciones de cumplimiento y armonización con las leyes y jurisprudencia estatal y federal aplicable; definir los delitos electorales e imponer penalidades por las violaciones a esta Ley; y para otros fines relacionados.⁴

En la ley, se deroga la pasada Ley Núm. 4 de 20 de diciembre de 1977 y ratificó la existencia de la CEE como actualmente la conocemos.⁵ Sin embargo, el 20 de junio de 2020 se aprobó el Código Electoral de Puerto Rico, el cual entró en vigor de manera inmediata. Múltiples sectores solicitaron a la gobernadora de turno, Hon. Wanda Vázquez-Garced, el veto de esta ley. No obstante, este reclamo no tuvo audiencia.⁶

¹ Exposición de motivos, Código Electoral de Puerto Rico de 2020, Ley Núm. 58-2020, 2020 LPR 16.

² La CEE es responsable de planificar, organizar y dirigir el organismo electoral en Puerto Rico. También tiene programas de dirección y administración de actividades electorales, Junta de inscripción permanente, auditor electoral. Autoriza la veda electoral sobre gastos de difusión pública del gobierno, entre otras cosas. *Secretaría de la Comisión Estatal de Elecciones, funciones y servicios que ofrece*, COMISIÓN ESTATAL DE ELECCIONES, <http://209.68.12.238/sobreCee/presidencia/secretariaCee/index.htm> (última visita 21 de noviembre de 2020).

³ Exposición de motivos, Ley Electoral de Puerto Rico, Ley Núm. 4 de 20 de diciembre de 1977, 1977 LPR 16 (derogada 2011).

⁴ Cód. ELE. PR, 16 LPR 16 §§ 4001-4255 (2011) (derogada 2020).

⁵ *Id.*

⁶ CyberNews, *ACLU pide a la gobernadora un veto al código Electoral*, LA PERLA (30 de enero de 2020), <https://www.periodicolaperla.com/aclu-pide-a-la-gobernadora-un-veto-al-codigo-electoral/> (última vista 17 de noviembre de 2020).

III. ELECCIONES DE PRIMARIAS 2020

Las elecciones primarias en Puerto Rico se llevan a cabo cada cuatro años previo a las elecciones generales. Para la CEE, el proceso de primarias sirve de ejercicio para observar las necesidades de la planificación y la elaboración de planes secundarios, alternativas viables y, no menos importante, la protección adecuada del derecho fundamental del elector: el derecho a que su voto sea contado. Sobre este particular, nuestro Honorable Tribunal expresó lo siguiente:

A modo ilustrativo, y cónsono con el concepto de las primarias, en *Rosario v. Rockefeller*, 410 US 752, 768 (1973), el Tribunal Supremo Federal reconoció que el Estado tiene un interés apremiante en preservar la integridad del proceso electoral. También estableció que el Estado puede implantar restricciones que protejan la integridad electoral del proceso primarista.⁷

Este evento exige la misma integridad y formalidad que unas elecciones generales. A modo comparativo, podemos observar el caso de *Bullock v. Carter*⁸, en el cual el Tribunal Supremo de Estados Unidos intervino en la controversia por una disputa relacionada a las cuantiosas cantidades de dinero que tenían que gastar los aspirantes para garantizar su nominación a alguna participación. En un caso más reciente, *Bush v. Gore*⁹, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ordenó la paralización del conteo de votos luego de una impugnación de estos, ello debido a la diferencia de 537 votos que separaba a los candidatos.

Por lo tanto, la seriedad y obligaciones que demandan las elecciones generales deben ser aplicadas a los comicios de primarias. En relación con su preparación, certificación y entrega de material, debe ser tratada con igual recelo, pues, a partir de este momento es que se establecen quiénes serán los futuros candidatos de las elecciones generales.¹⁰

En Puerto Rico, el proceso de elecciones de primarias tiene su propio reglamento.¹¹ Las mismas estaban pautadas para el 7 de junio de 2020. Es decir, estas se efectuarían previo a la aprobación de la Ley Núm. 58-2020. No obstante, el 4 de junio de

⁷ *Pierluisi-Urrutia v. Comisión Estatal de Elecciones*, 2020 TSPR 82,40 (2020).

⁸ 405 U.S. 134 (1972).

⁹ 531 U.S. 98 (2000).

¹⁰ Frances Rosario, *Pugna entre rojos y azules por las papeletas de las primarias que todavía no llegan*, PRIMERA HORA (8 de agosto de 2020), <https://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/notas/pugna-entre-rojos-y-azules-por-las-papeletas-de-las-primarias-que-todavia-no-llegan/> (última visita 11 de septiembre de 2020).

¹¹ CEE, Reglamento para la celebración de Primarias de los Partidos Políticos, (16 de marzo de 2020) (revisado el 23 de julio de 2020), [ReglamentoPrimariasLocales.pdf](#) (ceepur.org)

2020, mediante una Resolución Conjunta,¹² el Senado de Puerto Rico autorizó a la CEE la posposición de las elecciones primarias dado a la emergencia del Covid-19, ya que la orden ejecutiva vigente limitaba el tiempo para la preparación adecuada de estas.¹³ Cabe destacar que el proceso de elecciones ya estaba vislumbrado bajo la previa Ley Electoral (Ley Núm. 78-2011, derogada) y su reglamento. Es decir, la implementación de un código electoral al año en curso no iba a cambiar la celebración de este proceso. Aunque la Ley Núm. 58-2020 regiría las elecciones del año en curso, ante la posposición de estas debido a la pandemia por el “Covid-19” en Puerto Rico, se aplicó conjuntamente al reglamento de elecciones primarias.¹⁴

a. El “SARS-CoV-2” (también conocido como Covid-19 o Coronavirus)

Puerto Rico, al igual que el resto del mundo, se vio afectado por el impacto del Covid-19.¹⁵ Para la primera fecha pautada a celebrar las primarias -el 7 de junio de 2020- la aprobación de la Ley Núm. 58-2020 y el día en que se celebraron -el 9 de agosto de 2020- el país se encontraba en un repunte de casos del COVID-19. Adicional, el país estaba bajo un toque de queda impuesto por el gobierno hasta las cinco de la tarde. Todo esto limitaba la preparación de los colegios, la producción general del evento y los horarios de votación.

Sin embargo, luego de la evidente emergencia que atravesaba Puerto Rico ante la situación del Covid-19, el gobierno en curso promovió su posposición;¹⁶ aplazó por dos meses adicionales la fecha de las elecciones primaristas para que la “planificación” no diera paso a una celebración deficiente de estas. Lo que queremos puntualizar con este breve recuento de eventos es que al proceso de celebración de elecciones primarias se le otorgaron dos meses adicionales para refinar su celebración y no fueron utilizados eficazmente.¹⁷

¹² R.C. del S. 556 de 26 de mayo de 2020, 7ma. Ses. Ord.,18va. Asam.

¹³ Gloria Ruiz-Kuilan, *La CEE reanudará operaciones mañana de forma limitada para coordinar las primarias*, EL NUEVO DÍA (3 de mayo de 2020), <https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/notas/la-cee-reanudara-operaciones-manana-de-forma-limitada-para-coordinar-las-primarias/> (última visita 18 de septiembre de 2020).

¹⁴ Leysa Caro González, *Alegan que el evento primarista de hoy refleja que el fracaso de la semana pasada no fue por nuevo Código Electoral*, EL NUEVO DÍA (16 de agosto de 2020), <https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/notas/alegan-que-el-evento-primarista-de-hoy-refleja-que-el-fracaso-de-la-semana-pasada-no-fue-por-nuevo-codigo-electoral/> (última visita 18 de septiembre de 2020).

¹⁵ Ayeza Diaz-Rolón, *Da por sentado posposición de las primarias*, EL VOCERO (6 de abril 2020), https://www.elvocero.com/gobierno/da-por-sentado-posposicion-de-primarias/article_e12f5c4a-77b7-11ea-aa05-4f570235b815.html (última visita 18 de septiembre de 2020).

¹⁶ R.C. del S. 556 de 26 de mayo de 2020, 7ma. Ses. Ord.,18va. Asam.

¹⁷ Daniel Rivera-Vargas, *Presidente de la CEE: “es imposible” celebrar las primarias en junio*, PRIMERA HORA (7 de abril de 2020), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/presidente-de-la-cee-es-imposible-celebrar-las-primarias-en-junio/> (última visita 18 de septiembre de 2020).

No empecé a esto, la CEE no pudo aprovechar esos dos meses para la planificación del evento electoral y así resguardar el derecho de los electores. Ante la incompetencia de la CEE, los electores se vieron obligados a visitar los colegios de votación nuevamente para ejercer su derecho al voto. De manera negligente, la CEE expuso por dos ocasiones la salud de los electores, empleados, colaboradores y demás personal, ya que los votantes que llegaron hasta los colegios electorales el 9 de agosto de 2020 y no pudieron ejercer su derecho al voto, tuvieron que regresar por segunda ocasión a los colegios electorales el 16 de agosto de 2020.¹⁸

IV. EL DERECHO AL VOTO

El derecho fundamental al voto está garantizado en el artículo II, sección II de nuestra Constitución. Dicho artículo establece que: “Las leyes garantizarán la expresión de la voluntad del pueblo mediante el sufragio universal, igual, directo y secreto, y protegerán al ciudadano contra toda coacción en el ejercicio de la prerrogativa electoral”.¹⁹ Es decir, no se limita únicamente al proceso de una elección general. La protección del proceso electoral que se circunscribe dentro del ejercicio de elecciones también se extiende al proceso de elecciones de primarias. La Ley Núm. 58-2020 destaca la garantía que se le debe dar al elector dentro de su disposición:

Artículo 5.6. — Garantías del Derecho al Voto. — No se podrá rechazar, cancelar, invalidar o anular el registro o la inscripción legal de un Elector; o privar a un Elector calificado de su derecho al voto mediante reglamento, orden, resolución, interpretación o cualquier otra forma que impida lo anterior, excepto que por virtud de la presente Ley o por Orden de un Tribunal con competencia para ello disponga lo contrario.²⁰

Ante lo expresado y, en una clara violación al derecho garantizado, fuimos testigos de un vergonzoso evento antidemocrático que marcó para siempre nuestra historia. Los acontecimientos que mancillaron el proceso democrático de Puerto Rico fueron conocidos en lugares de todo el mundo, desde el Caribe, América Central,²¹

¹⁸ Omar Marrero, *Si va a votar, estas son las recomendaciones que debe seguir para evitar el coronavirus*, NOTICEL (9 de agosto de 2020, <https://www.noticel.com/ahora/top-stories/20200809/votantes-deben-tener-en-cuenta-hoy-estas-recomendaciones/>) (última revisión 17 de noviembre de 2020).

¹⁹ CONST. PR art. II, § 2.

²⁰ CÓD. ELE. PR art. 5.6, 16 LPRA §4566 (2020).

²¹ EFE, *Suspenden primarias en Puerto Rico tras falla de papeletas en algunos centros*, EL NUEVO DIARIO (9 de agosto de 2020), <https://elnuevodiario.com.do/suspenden-primarias-en-puerto-rico-tras-falta-de-papeletas-en-algunos-centros/>. (última visita 11 de septiembre de 2020).

América del Sur, hasta el otro lado del mundo en países como Alemania²² y España,²³ donde múltiples medios de comunicación reseñaron dichos acontecimientos a medida que otros colegios electorales reportaban que no podían operar. La inoperación de los colegios electorales se debió a la falta de papeletas de votación, ya que no las recibieron a tiempo y no pudieron proveerle a los electores su derecho al voto.

A pesar de este contratiempo, el más alto ejecutivo de la Comisión Estatal de Elecciones en ese momento, el presidente, Juan Ernesto Dávila, no tomó medidas claras y públicas para garantizar el procedimiento. El detener los procedimientos por una Orden del Secretario de la Comisión Estatal de Elecciones, por algunos comisionados o funcionarios de los colegios, era una decisión ultra vires, y violaba la propia Ley Núm. 58-2020.

a. Elecciones Primaristas y el Derecho al Voto frente al Tribunal Supremo de Puerto Rico

El Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo ante su consideración, en un tiempo récord, un recurso instado por varios electores, candidatos y sus respectivos comisionados ante el fallido intento del proceso electoral de primarias. En un recurso acogido y consolidado por nuestro más alto foro, en *Pierluisi-Urrutia v. Comisión Estatal de Elecciones*²⁴, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ordenó la continuidad de los procedimientos para una próxima fecha y, además, que se mantuviera la integridad de los votos ya emitidos. Según el Código Electoral, se prohibía la divulgación de resultados preliminares.²⁵

Podemos observar que se hace eco de la Exposición de Motivos de la recién aprobada Ley Núm. 58-2020, en la cual la planificación y celebración conlleva mucho más tiempo del que “pocos conocen o logran entender”.²⁶ Sin embargo, este funesto evento deja plasmado que la administración fue deficiente por parte de los altos ejecutivos de la Comisión Estatal de Elecciones. Como bien apunta el Juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Honorable Luis F. Estrella Martínez,

²² Suspende Primarias en Puerto Rico por falta de papeletas, <https://www.dw.com/es/suspenden-primarias-en-puerto-rico-por-falta-de-papeletas/a-54506100> (última visita 11 de septiembre de 2020)

²³ Yurany Arciniegas Salamanca, *Primarias en Puerto Rico: la isla eligió a los candidatos para los comicios generales de noviembre*, FRANCE 24 (7 de agosto de 2020), <https://www.france24.com/es/20200817-elecciones-primarias-puerto-rico>. (última visita 11 de septiembre de 2020).

²⁴ 2020 TSPR 82.

²⁵ Dennis A. Jones, *Johnny Méndez exige a la CEE publicar resultados de la primaria*, METRO (9 de agosto de 2020), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2020/08/09/johnny-mendez-exige-la-cee-publicar-resultados-la-primaria.html> (última visita 17 de noviembre de 2020).

²⁶ Exposición de motivos, Cód. ELE. PR, 16 LPRA §§ 4501-4826 (2020).

en su Opinión de Conformidad:

[L]a Comisión de Primarias tiene la responsabilidad de hacer ‘los arreglos necesarios para que, no más tarde del día antes de la celebración de éstas, el material electoral a ser utilizad[o] sea enviado en un vehículo cerrado y sellado a las oficinas de las [Junta de Inscripción Permanente] o a los lugares que determine’.²⁷

Es decir, desde tiempo antes de la celebración de la elección, ya era evidente que el proceso sería lesionado debido a que no habían garantizado la preparación necesaria para la misma. No alertaron sobre las faltas de entrega de papeletas a los encargados de los centros de votación ni a las personas responsables de las mismas.²⁸ La falta de materiales era conocido por la CEE, los comisionados electorales y los funcionarios.²⁹ El recurso frente al Tribunal Supremo de Puerto Rico no iba a devolver la falta integridad del proceso que presenció el pueblo de Puerto Rico. La decisión de nuestro más Alto Foro se limitaba a apaciguar el daño irreparablemente hecho y poder salvaguardar los electores restantes. El Tribunal Supremo ordenó otorgarle continuidad al proceso para que la democracia pudiera prevalecer ante la vergüenza que atravesaba la CEE, los electores y la ciudadanía de Puerto Rico. Este lamentable e histórico evento culminó con la renuncia del presidente, Juan Ernesto Dávila, con efectividad inmediata, y dejó a la CEE en el vacío y la incertidumbre.³⁰

V. UNA MIRADA A LAS ELECCIONES GENERALES DE PUERTO RICO 2020

La renuncia del presidente no sería el final de los problemas de la CEE. Antes de que la catástrofe se concretara, el saliente presidente indicó que no se podrían realizar las elecciones primarias, ya que la CEE no contaba con un presupuesto adicional suficiente para realizar las mismas, como la impresión de más papeletas de votación, costear los transportes y la seguridad, entre otras cosas. A pesar de esto, la Junta de

²⁷ Pierluisi-Urrutia v. Comisión Estatal de Elecciones, 2020 TSPR 82,105-106 (2020) (Estrella Martínez, opinión concurrente).

²⁸ Frances Rosario, *Jueces del Tribunal Supremo barren el piso con la Comisión Estatal de Elecciones*, PRIMERA HORA (12 de agosto de 2020), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/notas/jueces-del-tribunal-supremo-barren-el-piso-con-la-comision-estatal-de-elecciones/> (última visita 11 de septiembre de 2020).

²⁹ Jean Michelle Velez, *Comisionada electoral del PNP asegura que todo está preparado para las primarias de Puerto Rico*, UNIVISIÓN (6 de agosto de 2020) <https://www.univision.com/local/puerto-rico-wlii/elecciones-estados-unidos-2020/comisionada-electoral-del-pnp-asegura-que-todo-esta-preparado-para-las-primarias-de-puerto-rico> (última revisión 21 de noviembre de 2020).

³⁰ Notiséis 360, *Renuncia el presidente de la CEE*, WIPR (3 de septiembre de 2020), <https://wipr.pr/renuncia-el-presidente-de-la-cee/> (ultima revisión 21 de noviembre de 2020).

Control Fiscal desmintió estas alegaciones, al indicar la disponibilidad de fondos y, en su alternativa, la oportunidad de permitir más dinero si fuera solicitado, situación que no había sucedido.³¹ Los altos funcionarios de la CEE intentaron desligarse del desastre de las elecciones de primarias apuntando directamente “la falta de dinero” a la Junta de Control Fiscal.

Como un presagio, ante el ejercicio de las elecciones y el vergonzoso proceso que aconteció en las elecciones primarias, pudimos ser parte del desarrollo de las elecciones generales 2020, llevadas a cabo el 3 de noviembre de 2020. Con un nuevo presidente en la CEE, el Lic. Francisco Rosado-Colomer, se llevó a cabo las elecciones generales, las cuales atravesaron por muchos conflictos que se habían denunciado previo a aplicación de la Ley Núm. 58-2020.

El Lcdo. Francisco Rosado-Colomer ocupó el puesto de presidente de la CEE luego de una votación unánime por parte de los comisionados electorales de los partidos. Aunque no tenía pericia sobre el tema electoral, sí cumplía con los requisitos que dispone la Ley Núm. 58-2020 para ocupar el puesto.³² La inexperiencia y desconocimiento de la ley aprobada causaron, una vez más, una nueva mancha en el proceso democrático de Puerto Rico.

Sistemas electrónicos sin inspeccionar, papeletas perdidas, votos ausentes de personas fallecidas, conteos sometidos a escrutinios, entre otras denuncias, fueron la carta de presentación de las elecciones generales.³³ Los señalamientos de fraude por voces de algunos candidatos políticos, funcionarios de los colegios, electores y participantes, vuelven a hacer noticia en los medios informáticos.³⁴ Al parecer, las múltiples alegaciones que se realizaron durante el año no fueron suficientes para alertar a la CEE sobre lo difícil que sería salvaguardar el derecho fundamental del elector implementando una ley electoral nueva con tan poco tiempo a un año electoral. La aprobación de la Ley Núm. 58-2020, de manera expresa y aplicación

³¹ Miladys Soto Rodriguez, *¿Aparecerá el dinero para las primarias, las elecciones y el plebiscito?* METRO (16 de junio de 2020), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2020/07/16/aparecera-el-dinero-para-las-primarias-las-elecciones-y-el-plebiscito.html> (última visita 17 de febrero de 2021).

³² Ayeza Diaz-Rolón, *Reclaman “consenso” histórico en elección del nuevo presidente de CEE*, EL VOCERO (7 de septiembre de 2020), https://www.elvocero.com/gobierno/reclaman-consenso-hist-rico-en-elecci-n-del-nuevo-presidente-de-cee/article_94155ed4-f140-11ea-a6f5-4f4bf2ee2810.amp.html. (última visita 18 de septiembre de 2020).

³³ Gloria Ruiz-Kuilan, *Aumentan a 182 los maletines encontrados con papeletas sin contar*, EL NUEVO DÍA (10 de noviembre de 2020), <https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/notas/aumentan-a-182-los-maletines-encontrados-con-papeletas-sin-contar/> (última visita 17 de noviembre de 2020)

³⁴ Prensa Latina, *Crisis electoral en Puerto Rico terminaría en tribunales*, AGENCIA LATINOAMERICANA PRENSA LATINA [HTTPS://WWW.PRENSA-LATINA.CU/INDEX.PHP?O=RN&ID=411855&SEO=CRISIS-ELECTORAL-EN-PUERTO-RICO-TERMINARIA-EN-TRIBUNALES](https://www.prensa-latina.cu/index.php?O=RN&ID=411855&SEO=CRISIS-ELECTORAL-EN-PUERTO-RICO-TERMINARIA-EN-TRIBUNALES) (última visita 17 de noviembre de 2020).

inmediata, garantizaba la inestabilidad del proceso de elecciones, tal como se vio en su aplicación al proceso de elecciones primarias. El desconocimiento de los mismos funcionarios sobre los artículos de la ley y las ambigüedades que representaba la disposición desembocó en una certificación tardía de candidatos referidos al Negociado Federal de Investigaciones (FBI por sus siglas en inglés)³⁵ y la intervención de la Oficina de la Inspectora General de Puerto Rico,³⁶ aún en oposición a las posturas de los comisionados electorales que alegaron que no había fraude.³⁷

Aunque en este escrito no daremos énfasis a la Elección General 2020, queremos señalar que los procedimientos se vieron menguados, y la CEE no ha podido sobrepasar a las expectativas de la aplicación de la Ley Núm. 58-2020. Ante las múltiples denuncias, tanto de la ciudadanía y de los partidos políticos, la CEE se mantuvo silente y no tomó una postura correctiva para devolverle la confianza al elector.³⁸

Como se ha visto denunciado en los medios de comunicación, la intervención político-partidista de unos sectores no ha permitido que la CEE aborde el asunto de manera imparcial y de conformidad a las funciones que le otorga la ley. La intrusión de los partidos políticos ha limitado la transparencia del proceso electoral y el goce democrático del mismo. Sin un norte claro hacia donde mirar, la CEE sigue bajo el dominio absoluto del partido del poder que no se ha desvinculado del organismo.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con la implementación de la Ley Electoral de Puerto Rico, Ley Núm. 4 de 20 de diciembre de 1977, Puerto Rico tuvo un tribunal electoral.³⁹ Dicho tribunal se encargaba de resolver controversias relacionadas a partidos políticos, candidaturas, conflictos y salvaguardar el proceso democrático dentro de la política.

³⁵ Alex Figueroa Cancel, *Fiscalía Federal refiere al FBI querellas recibidas en relación a las elecciones en Puerto Rico*, EL NUEVO DÍA (10 de noviembre de 2020), <https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/notas/fiscalia-federal-refiere-al-fbi-querellas-recibidas-en-relacion-a-las-elecciones-en-puerto-rico/> (última vista 17 de noviembre de 2020).

³⁶ Ruffy Rvera, *Inspectora general de Puerto Rico auditará el manejo de papeletas de las elecciones generales*, CNN (12 de noviembre de 2020), <https://cnnespanol.cnn.com/2020/11/12/inspectora-general-de-puerto-rico-auditara-el-manejo-de-papeletas-de-las-elecciones-generales/>, (última visita 17 de noviembre de 2020).

³⁷ Dennis A. Jones, *Comisionado electoral del PPD se opone a auditoria de OIG sobre elecciones*, METRO PUERTO RICO, 16 de noviembre de 2020, <https://www.metro.pr/pr/noticias/2020/11/16/comisionado-electoral-del-ppd-se-opone-auditoria-oig-elecciones.html> (última vista 17 de noviembre de 2020).

³⁸ Adriana de Jesús Salaman, *Demanda de Movimiento Victoria Ciudadana pide listas de votantes por adelantado*, NOTICEL (12 de noviembre de 2020), <https://www.noticel.com/elecciones/20201112/demanda-de-movimiento-victoria-ciudadana-pide-paralizar-el-escrutinio/> (última vista 17 de noviembre de 2020).

³⁹ *García Passalacqua v. Tribunal Electoral*, 105 D.P.R. 49, 54, 55 (1976).

Posteriormente, la Ley Núm. 78-2011, conocida como *Código Electoral de Puerto Rico* para el siglo XXI, derogó la ley previa y, con ella, eliminó el Tribunal Electoral. La Ley Núm. 78-2011 hacía referencia a “romper” con el control bipartidista del Tribunal Electoral. Desde los comienzos de nuestra historia política, se puede observar la tendencia de los dos partidos mayoritarios en los puestos de poder, incluso sobre la CEE.

Con la aprobación de la Ley Núm. 58-2020 se sostiene que el partido preva-
leciente es quien domina y mantiene el poder de la CEE. Aunque la figura de la Comisión Estatal de Elecciones se distingue de la Rama Judicial bajo la doctrina de la separación de poderes,⁴⁰ esta empuja indirectamente a este ente a mezclarse entre ellos, pues la propia Constitución de Puerto Rico ubica a los jueces en la redistribución judicial. En este sistema de pesos y contrapesos, la Comisión Estatal de Elecciones le responde a la Rama Ejecutiva.

Dado a que el partido en poder es quien domina la agencia, crear una “Junta Electoral Independiente” podría ser favorable para nuestro país. Claro está, no hay que adaptar el extinto tribunal electoral que estuvo vigente hasta finales de los años setenta aproximadamente, cuando estaba vigente la ley electoral (Ley Núm. 4-1977). Como solución a este planteamiento, proponemos que se considere la figura de la “Junta Electoral Independiente”. Un organismo, en analogía a lo que actualmente es el FEI⁴¹ y lo que fue el Tribunal Electoral, pero de una manera refinada e implementada a los cambios significativos que ha vivido el país, desde su extinción.⁴² Consideramos que los requisitos de la organización se pueden adaptar y encaminar a consolidarlos con los requisitos de los comisionados electorales. Se puede fomentar un panel configurado con los comisionados electorales, que estén para atender los asuntos del elector y los partidos políticos inscritos a la vigencia del año electoral en curso. Aunque no intentamos desligar la alta administración de la Comisión Estatal de Elecciones sugerimos que, particularmente las complejidades que tienen que ver con el proceso electoral, certificación de aspirantes, partidos políticos, proceso electoral y demás, los pueda resolver una ramificación de ellos. Asimismo, que se

⁴⁰ La doctrina de separación de poderes procura funcionar como un sistema de pesos y contrapesos mediante el cual las tres ramas ostentan algún grado de poder compartido que al mismo tiempo opera como freno para evitar una acumulación desmedida de poder en una sola rama. *Rivera Schatz v. ELA*, 191 D.P.R. 791(2014).

⁴¹ El cargo del F.E.I. se creó con la encomienda de que éste pudiese acudir a los tribunales en representación del Estado a instar las acciones criminales que procedan como resultado de las investigaciones que realice conforme los asuntos que le hayan sido asignados. *Silva Iglecia v. F.E.I.*, 137 D.P.R. 821, 828 (1995).

⁴² Entrevista a Fernando Bayron Toro, *Arcaico y Politizado el sistema electoral de Puerto Rico*, PRIMERA HORA (7 de julio de 2012), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/arcaico-y-politizado-el-sistema-electoral-de-puerto-rico/> (última visita 18 de septiembre de 2020).

pueda utilizar la estructura que la ley exige, para así poder viabilizar las funciones y la pronta solución de dilaciones.

Una solución que pudiera ser viable al mantenimiento de la integridad del proceso, sin distraer a la CEE, es que una “Junta Electoral Independiente” pueda ocuparse del proceso. Además, que haya una correcta certificación de la planificación, una mirada objetiva y cercana del procedimiento. Para que de esta manera, lo lamentablemente ocurrido en las elecciones primaristas no vuelva a ocurrir conforme a la democracia puertorriqueña. También, que el mismo se componga de personas íntegras y, conforme a los requisitos exigibles de la ley, puedan velar por el y que se lleve a cabo de la mano con una correcta inclusión de ideales y de minorías.

Puesto que hemos podido distinguir en la novedosa inscripción de partidos en las últimas décadas, sería dificultoso un período de permanencia en un tramo tan largo. Una propuesta objetiva que sugerimos es que luego de que se hayan certificado los partidos inscritos correctamente, esta “Junta Electoral Independiente” quede conformada para el año de elecciones y así poder concretizar todo el proceso desde las inscripciones hasta el conteo final del último voto y la promulgación de un nuevo ganador de acuerdo con el puesto. La Ley Núm. 58-2020 expresa en su reglamento que está sujeto a la revisión judicial por conflictos entre sus propósitos. Por lo tanto, esta “Junta Electoral Independiente” no estaría desprotegida de la legitimación con la que actualmente goza la CEE.

La creación de la “Junta Electoral Independiente” no laceraría el proceso judicial que amerita la Ley Núm. 58-2020, de ser necesario. La Rama Judicial no se vería privada de su intervención, sino que podrían trabajar en armonía. La función de la “Junta Electoral Independiente” estaría para salvaguardar que el derecho del elector y el debido proceso de ley se ejerzan sin vulnerarlo y que reciba la máxima atención necesaria y adecuada por parte de la administración. En conjunción con los comisionados electorales de los partidos inscritos, deben satisfacerse los requisitos de expertos en la materia electoral, imparcialidad e integridad que tanto se exige para el puesto del presidente.⁴³

Destacamos de manera especial que la Ley Núm. 58-2020, Capítulo XIII, Art 13.1, establece una designación de jueces en casos electorales. Exponemos a continuación:

Todas las acciones y procedimientos judiciales, civiles o penales, que dispone y reglamenta esta Ley, serán tramitados por los jueces del Tribunal de Primera Instancia que sean designados por el Tri-

⁴³ Cód. Ele. PR art. 5.6, 16 LPRA §4517 (4) (2020). (“Tanto el Presidente como el Alterno al Presidente deberán ser mayores de edad, jueces del Tribunal de Primera Instancia del Tribunal General de Justicia, domiciliados en Puerto Rico a la fecha de su nombramiento, electores calificados, de reconocida capacidad profesional, tener probidad moral y conocimiento en los asuntos de naturaleza electoral”).

bunal Supremo de Puerto Rico, de conformidad con las reglas de administración que adopte a esos fines. El Tribunal Supremo, hará esta designación con tres (3) meses de antelación a la fecha de las elecciones de que se trate, debiendo dar una notificación escrita a la Comisión de dicha designación con especificación del distrito judicial a que correspondan. Los Tribunales de Primera Instancia designados de conformidad con el Capítulo IV de esta Ley en cada región judicial permanecerán abiertos el día de una elección durante las horas de votación para recibir y atender las denuncias que se hagan de acuerdo con este Artículo.⁴⁴

Sin embargo, este articulado nos limita al período de la celebración de los comicios. Podemos colegir, basado en el reglamento de la Ley Núm. 58-2020, que “la Junta Electoral Independiente” puede componerse de tres jueces o exjueces con pericia en el campo electoral. Que sean designados por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, el Colegio de Abogados, o sugerido por los expertos de la materia electoral, para prescindir la intervención político-partidista. No sería un organismo de operación continua, pero sugerimos extender su vigencia al año electoral o, a partir de la certificación de los aspirantes a candidatos y partidos políticos en la CEE. En sus desempeños, estaría la función de garantizar la correcta inscripción y certificación de éstos. Trabajaría en la supervisión de los comisionados electorales para garantizar la integridad del proceso electoral, las denuncias y querellas de los electores, aspirantes y partidos políticos. También, para resguardar la conservación y supervisión de los votos y la correcta certificación de los ganadores. En la analogía a un tribunal general de justicia, podría vindicar las controversias que surjan de la faz del proceso de elecciones de primarias y elecciones general ya que no extingue la jurisdicción de estos.⁴⁵

Aunque en la Ley Núm. 58-2020 señala la Comisión de Elección Especial como un organismo electoral,⁴⁶ esta comisión de elección especial se limita a la organización interna del asunto físico de la elección, es decir, de la maquinaria del proceso de elecciones. Sin embargo, como previamente mencionamos, las elecciones primarias se regirían por su reglamento específico. Esta Comisión de Elección Especial -de la Ley Núm. 58-2020- tiene su similitud en el reglamento.⁴⁷ Hacemos un señalamiento especial que, al estar vigente en la Ley Núm. 58-2020 y en el reglamento, el

⁴⁴ *Id.* art. 13.6 Revisión Judicial, §§ 4501-4826.

⁴⁵ *Id.* art. 13.1-13.13.3 Revisión Judicial, §§ 4501-4826.

⁴⁶ *Id.* § 4541.

⁴⁷ CEE, Reglamento para la celebración de Primarias de los Partidos Políticos, Título III, sección 3.8, (16 de marzo de 2020) (revisado el 23 de julio de 2020), <https://www.ceepur.org/primarias/docs/ReglamentoPrimariasLocales.pdf>.

mismo se mantiene bajo el poder político del comisionado electoral y el presidente de la CEE. Por lo tanto, no se puede garantizar que no haya una influencia indebida o que no se lacere el proceso. Destacamos que esta Comisión de Elección especial fue quien estuvo en el mando del procedimiento de las elecciones de primarias, y no pudieron garantizar la integridad del proceso.⁴⁸

A causa de esta denuncia, es que se puede ver la vulnerabilidad y las influencias dentro del mismo organismo. Enfatizamos en que funcione de manera externa, puesto que como señalamos previamente, la administración de la CEE es nombrada por el partido político que resulte ganador. Esto obstaculiza a los partidos minoritarios que no tienen participación administrativa dentro del organismo a excepción de su comisionado electoral.⁴⁹ Con los múltiples acontecimientos que atravesó Puerto Rico en el proceso electoral, se hace apremiante que un ente externo fiscalice las actuaciones de sus agencias, si es que deseamos mantener la Ley Núm. 58-2020 vigente.

Por otro lado, desde que se confirmó una nueva legislatura llena de una variedad de partidos, fue apremiante darles voz a las ideas de una reforma electoral a un “código electoral” recién estrenado. Y es que, si en algo muchos de los nuevos y viejos legisladores y senadores electos coincidieron, fue en que sin duda habría que reformar el recién aprobado “código electoral”. Y, aún más impactante: derogarlo y comenzar de nuevo.⁵⁰ Es cierto que teníamos una nueva ley establecida en tiempo récord, no es menos cierto que fuera mejor que la anterior. Lo que se perfilaba como “un fraude electoral” para el partido de mayoría y al momento de las elecciones que estaba en el poder, era un hecho evidente.⁵¹

Como muchos expertos del derecho electoral han señalado, es necesario comenzar de nuevo. Derogar la Ley Núm. 58-2020, de manera expresa, tal como fue su aprobación, podría ser el inicio de un nuevo punto de partida.⁵² Con cuatro años por

⁴⁸ Frances Rosario, *Tribunal Supremo acoge acuerdo para que primarias continúen este domingo*, PRIMERA HORA (12 de agosto de 2020), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/notas/tribunal-supremo-acoge-acuerdo-para-que-primarias-continuen-este-domingo/> (última visita 11 de septiembre de 2020)

⁴⁹ Oscar Serrano, *Radican primera demanda que pide anular primarias por irregularidades*, NOTICEL (20 de agosto de 2020), <https://www.noticel.com/elecciones/tribunales/ahora/top-stories/20200820/radican-primera-demanda-que-pide-anular-primarias-por-irregularidades/> (última visita 17 de noviembre de 2020).

⁵⁰ Javier Colon Dávila, *Movimiento Victoria Ciudadana propone derogar el Código Electoral*, EL NUEVO DÍA (29 de enero de 2021) Movimiento Victoria Ciudadana propone derogar el Código Electoral - El Nuevo Día (elnuevodia.com) (última visita 17 de febrero de 2021).

⁵¹ Damaris Suarez, *El banquete total del PNP en la comisión estatal de elecciones controló todo el proceso electoral del 2020*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (4 de febrero de 2021), *El banquete total del PNP en la Comisión Estatal de Elecciones controló todo el proceso electoral del 2020 - Centro de Periodismo Investigativo* Centro de Periodismo Investigativo (última revisión 27 de febrero de 2021).

delante, una nueva legislatura debería tomarse el tiempo de crear una nueva legislación, que subsane todas las lagunas que nos dejó la Ley Núm. 58-2020, y poder revisarla con suficiente antelación, exponerla a los expertos de la política electoral, adquirir insumos y establecer un período razonable para su aprobación de cara a unas elecciones venideras en el 2024. La publicidad no debe quedar en un virtud de ese año eleccionario, donde sin duda las personas encargadas todavía no la conocen y no la pueden implementar. No tan solo los aspirantes a cargos políticos la conocen, sino los partidos en su faz, y que el elector se pueda nutrir de ella para que el andamiaje pueda ser la representación de lo que persigue el proceso eleccionario: la democracia.

En la alternativa de la creación de una nueva ley electoral, sugerimos que la legislatura debería tener dos años a lo sumo para poder reformar una ley sin dolencias. Que en este periodo puedan establecer, tanto el número de las personas, como los comités que deben conformarlos para cumplir con la adecuada preparación del evento y, que puedan garantizar la preparación de este, con una adecuada cadena de comunicación y custodia. Si la formulación de la ley se cumple antes de ese periodo, que puedan precisar una fecha cierta hasta dónde sería permisible realizarle enmiendas, luego de adquirir los insumos de los expertos y que tenga una implementación adecuada que no trastoque el sistema democrático, tal como pasó con la apresurada implementación de la Ley Núm. 58-2020.

Destacamos algunos de los cambios significativos que trajo consigo la Ley Núm. 58-2020: Flexibiliza o amplía la solicitud del voto ausente y el voto adelantado, pero a su vez cambia el proceso de recusación del elector, al hacerlo posterior a la solicitud del voto ausente o adelantado. No obstante, este cambio puede incidir significativamente en lo que es el domicilio real del elector. Anula el voto mixto, lo cual no reconoce la verdadera voluntad del elector que no quiera votar de manera íntegra por un partido. Consolida hasta en la eventualidad, eliminar las Juntas de Inscripción Permanentes (JIP), lo que obstaculiza el acceso en los tramites ordinarios. Dificulta la inscripción de partidos, ya que cambia el numero exigido bajo votos íntegros bajo su respectiva insignia y le niega la oportunidad de tener un comisionado electoral. No menos importante, cambia el horario de operación de los colegios electorales y cambios a la veda electoral. De manera estructural, aumenta también los salarios al presidente ejecutivo y alterno respectivamente, y con ello los costos operacionales de la CEE.⁵³

Enfatizamos algunas deficiencias que entorpecieron las elecciones de primarias, por estar íntimamente relacionadas a la implementación de Ley Núm. 58-2020. Las

⁵² *Id.*

⁵³ Gloria Ruiz Kuilan, *Puerto Rico: Denuncian que el nuevo Código Electoral no reconoce la voluntad del elector*, CUBA EN RESUMEN (22 de octubre de 2020), <https://www.cubaenresumen.org/2020/06/puerto-rico-denuncian-que-el-nuevo-codigo-electoral-no-reconoce-la-voluntad-del-elector/> (última revisión 23 de febrero de 2021)

elecciones primarias no utilizaron su reglamento establecido, sino que se desplazó su manual predilecto con la implementación de la Ley Núm. 58-2020.⁵⁴ La preparación a causa de la pandemia del Covid-19 limitó los horarios de preparación física de las estructuras y la mano de obra, ya que los comicios de primarias obtuvieron dos meses adicionales por la posposición del evento. La tardanza y la inobservancia de las papeletas de votación, las órdenes y entrega de éstas, fueron parte de las acciones que vulneraron el proceso electoral a tal punto de desvirtuar el ejercicio del ciudadano.⁵⁵ La posposición del evento electoral por medio de una decisión ultra vires de los comisionados electorales y funcionarios también desembocaron en la laceración del proceso. Y no menos importante, la inexperiencia de la agencia ante una recién aprobada ley.⁵⁶ Entre otras faltas que laceraron el proceso electoral, que se extendió hasta las elecciones generales, destacamos también que se laceró la democracia del pueblo.

Resulta vergonzoso para los puertorriqueños, y a los ojos del mundo que, aunque hemos tenido “elecciones desde siempre, tuvimos unas primarias como nunca”. La mentalidad del político debe cambiar y enfocarse que no están aquí para servirse, sino para servirle al país. Se hace imperativo que las representaciones se mantengan sin un color o partido al que responder para así responderle al pueblo. Pues, solo en la persecución del bien común es como único se le podrá devolver la transparencia al proceso electoral y salvaguardar los derechos del elector y ciudadano. No se trata de una lealtad a un partido político, se trata de la lealtad al país.

⁵⁴ CEE, Reglamento para la celebración de Primarias de los Partidos Políticos, (16 de marzo de 2020) (revisado el 23 de julio de 2020), <https://www.ceedpur.org/primarias/docs/ReglamentoPrimariasLocales.pdf>.

⁵⁵ Oscar J. Serrano, *CEE puso tarden la orden para imprimir las papeletas a pesar de las advertencias*, NOTICEL (10 de agosto de 2020), <https://www.noticel.com/elecciones/ahora/top-stories/20200810/cee-puso-tarde-la-orden-para-imprimir-las-papeletas-a-pegar-de-advertencias/> (última revisión 23 de febrero de 2021).

⁵⁶ Frances Rosario, *Culmina un año electoral plagado de irregularidades*, PRIMERA HORA (31 de diciembre de 2020), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/culmina-un-ano-electoral-plagado-de-irregularidades/> (última revisión 23 de febrero de 2021).

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL COVID-19: ¿EL DEBER CONSTITUCIONAL DEL ESTADO TRASCIENDE LA EMERGENCIA?

POR: GABRIELA LIZ TORRES RIVERA*

“La educación no es oriental y occidental, la educación es educación y es el derecho de cada ser humano.”¹

-Malala Yousafzai²

RESUMEN

El derecho a la educación es de carácter fundamental y, a raíz de la problemática mundial con el COVID-19 este se ha visto afectado a gran escala en Puerto Rico. Este derecho ha pasado por grandes cambios, el principal de ellos es la transformación del salón de clases, de una educación presencial se ha pasado a una educación virtual. En este artículo analizaremos cómo la educación les brinda a los menores de edad el poder de desarrollarse de manera completa durante su crecimiento, y el futuro profesional que decidan encaminar. Por esta y diversas razones, el derecho fundamental de la educación, reconocido en la Constitución de Puerto Rico, no debe, en ninguna circunstancia afectarse a los niños, niñas y adolescentes del país.

Palabras clave: *educación, Covid-19, derecho constitucional, Puerto Rico.*

* Estudiante de derecho de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Posee un bachillerato en Ciencias Sociales de la Universidad de Puerto Rico en Cayey. Actualmente es presidenta de la Asociación Nacional de Estudiantes de Derecho, Capítulo Domingo Toledo Álamo, e integrante de la Comisión de Estudiantes y de Pena de Muerte del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico.

¹ CNNESPAÑOL Sjv, *Las 17 frases de Malala Yousafzai, la nobel de paz de 17 años*, CNNESPAÑOL, (12 de octubre de 2014) https://cnnespanol.cnn.com/2014/10/12/las-17-frases-de-malala-yousafzai-la-nobel-de-paz-de-17-anos/?fbclid=IwAR3Tj2rNaF0GDO_5foYzIiBDD_AM4YLNH5BxzaOghaMNvvN1SPtvYMil5E

² Es la receptora más joven del Premio Nobel de la Paz, el cual le fue otorgado a sus 17 años.

ABSTRACT

The right to education is fundamental and, as a result of the global problem with COVID-19, it has been affected on a large scale in Puerto Rico. This right has gone through great changes, the main one of them the transformation of the classroom, from a face-to-face to a virtual one. In this article we will see / analyze how education gives minors the power to develop fully during their growth, and the professional future that they decide to direct. For this and various reasons the fundamental right to education, recognized in the Constitution of Puerto Rico, should not, under any circumstances, affect the children and adolescents of the country.

Keywords: *education, Covid-19, constitucional law, Puerto Rico.*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL. III. LA EDUCACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PUERTORRIQUEÑO. III. A. La educación como componente esencial de la Dignidad Humana. IV. LA PERSPECTIVA DE LA EDUCACIÓN EN LA SOCIEDAD NORTEAMERICANA. V. LA EDUCACIÓN ANTE UN ESTADO DE EMERGENCIA DECLARADO; V. A. Consideraciones de cara al futuro. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La educación es un derecho humano de vital importancia a nivel internacional que, en la mayor parte del mundo está garantizado. Esta, promueve la libertad, la autonomía personal y genera importantes beneficios para el desarrollo del ser humano, en especial de los niños, niñas y adolescentes.³ Con el pasar de los años el derecho a la educación en Puerto Rico se ha debilitado por varios sucesos que han impactado la isla. Entre estos, los huracanes Irma y María², los terremotos de enero 2020⁴ y en última instancia, hasta ahora, el COVID-19.⁵

A principios del año 2020, se propagaba alrededor del mundo una nueva cepa de coronavirus conocida como COVID-19. Se trata de una enfermedad que puede

³ *Derecho a la Educación*, NACIONES UNIDAS (29 de marzo de 2017), <https://videos.un.org/es/2017/03/29/derecho-a-la-educacion/>.

⁴ CNN, *El terremoto que sacudió a Puerto Rico es probablemente el más dañino en más un siglo: 9 datos sobre el sismo y su impacto*, CNN ESTADOS UNIDOS (7 de enero de 2020), <https://cnnespanol.cnn.com/2020/01/07/el-terremoto-sismo-datos-victimas-muertos-danos-que-sacudio-a-puerto-rico-es-probablemente-el-mas-danino-en-un-siglo-9-datos-sobre-el-sismo-y-su-impacto/>.

⁵ Organización Mundial de la Salud, *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, OMS <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>, (última visita, 10 de noviembre de 2020).

propagarse de una persona a otra y puede causar graves síntomas y en ocasiones, la muerte.⁶ Los primeros casos se reportaron en Wuhan, China. Estos fueron confirmados por la Comisión de Salud Municipal de la ciudad de Wuhan, casos que parecían ser neumonía de una etimología desconocida; luego, por primera vez el 7 de enero de 2020 el virus fue reportado por el CDC de China.⁷ Tan importante era la situación que se propagaba a nivel mundial, que el virus creó en Puerto Rico un estado de emergencia luego de haberse confirmado el primer caso positivo de COVID-19 en marzo de 2020. Estos fenómenos previamente mencionados han obligado al Estado a ponderar sus intereses económicos y crear un balance en el que, a mi juicio, pierde la educación.

El derecho a la educación es de carácter fundamental y, a raíz de la problemática mundial con el COVID-19 este se ha visto afectado a gran escala en el país. Esta situación ha llevado a Puerto Rico a organizarse y estructurarse como nunca lo había hecho: clases en la modalidad en línea, exámenes de manera remota, la utilización de plataformas para poder impartir el plan de la enseñanza, el uso, abuso y debilitación de la infraestructura del Internet, problemas socioeconómicos, entre otros tantos. Estas problemáticas afectan de manera más palpable a los más vulnerables. Esto, entre otras situaciones que han obligado a cambiar el estilo de vida. Ello ha provocado un cambio abismal en la educación. La cual se ha enfrentado a realidades que son casi imposibles de recrear en un salón de clases, situaciones que solo se dan en el hogar. Entre estas podemos destacar que: no tienen el equipo electrónico necesario, viven en un ambiente hostil lo cual dificulta su tiempo y calidad de estudio, maestros sin adiestramientos para enfrentar la nueva realidad, la carencia de equipos vitales para poder ejercer su función de manera tal que garanticen el conocimiento a los estudiantes como si estuvieran en un salón de clases y otras áreas de envergadura que no están siendo atendidas correctamente ante la emergencia que enfrentamos. Se ha perdido la perspectiva del interés del menor,⁸ y la importancia de la educación en el desarrollo para el futuro de dichos menores. La educación ha sido trastocada en muchos sentidos, como por ejemplo: los estudiantes que no tienen los medios ideales para el estudio y, aun cuando tienen los medios no están recibiendo una

⁶ Center for disease control and prevention, *What you should know about COVID-19 to protect yourself and others*, CDC (1 de junio de 2020), <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/downloads/2019-ncov-factsheet.pdf>.

⁷ *Coronavirus – ¿qué es, dónde surgió y cómo protegerse?*, POLICLÍNICA METROPOLITANA (6 de Marzo de 2020) <https://policlinicametropolitana.org/informacion-de-salud/enfermedades/el-nuevo-coronavirus-que-es-donde-surgio-y-como-protegerse/>.

⁸ Es el derecho de todo menor a que su interés sea valorado y considerado en todas las acciones o decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. Que cuando haya aplicación de normas que le afecten, prime su interés sobre cualquier otro interés legítimo. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <https://dpej.rae.es/lema/interes-superior-del-menor> (última visita, 11 de noviembre de 2020).

educación de calidad; o como cuando el gobierno decidió pasar de grado académico a los menores sin importar las notas que obtuvieron, con la salvedad de que los estudiantes que tuvieran calificaciones para no pasar el grado se les iba a promover un grado condicional, lo que crea un problema de igual modo.⁹

Destacando que “La mayor riqueza de un país es su gente. En esa riqueza, los niños representan lo más valioso, porque son la promesa de un mejor futuro. Hos-tos supo articular “el verdadero valor de la niñez cuando escribió que los niños son promesa del hombre; el hombre, esperanza de la humanidad”.¹⁰ Nos disponemos a ver cómo ha sido afectado este derecho por las problemáticas de la actualidad en el mundo, aún cuando contamos con un derecho positivo que sustenta el derecho y sus limitaciones. Analizaremos de igual forma, el Derecho a la educación gratuita en la escuela primaria y secundaria; y cómo el Estado, a mi juicio, se ha desprendido de proveer una educación de excelencia, aun encontrándose en un estado de emergencia declarado por la pandemia de COVID-19, lo que le daba la facultad de poder dirigir todo su esfuerzo en la educación.

Por tanto, me enfocaré en la acción que está ejerciendo el Estado para garantizar el derecho a la educación en la actualidad. El COVID-19 llegó, pero ¿la educación se ha transformado? Si la contestación a dicha interrogante es en la afirmativa, debemos cuestionarnos, ¿Se transformó el derecho a la educación?, ¿el Estado garantiza educación, pero no la calidad de está?, ¿es este un derecho limitado cuando leemos “hasta donde las facilidades del Estado lo permitan”?¹¹ o ¿lo veremos como un derecho adquirido?, ¿está el Estado en deber de proveer medios tecnológicos para garantizar el derecho de la educación en la escuela primaria y secundaria? En adelante, nos disponemos a analizar los cambios surgidos.

II. LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Cuando se habla de derechos fundamentales, lo primero que pasa por la mente de muchas personas es que son derechos de gran importancia. Ciertamente, lo son. Existen un sin número de derechos fundamentales, entre estos se encuentra el derecho a la educación. Un *derecho fundamental* es uno que toda persona tiene por el hecho de ser un sujeto de derecho en un país, por lo que, la renuncia a un derecho fundamental no se presume. La misma debe ser expresa y no presunta, así como voluntaria y efectuada con pleno conocimiento de causa.¹² Los derechos fundamen-

⁹ Omar Marrero, *Educación pasará de grado a todos los estudiantes*, NOTICEL (24 de abril de 2020), <https://www.noticel.com/educacion/ahora/top-stories/20200424/educacion-pasara-de-grado-a-todos-los-estudiantes/>.

¹⁰ Ley Núm. 338-1998.

¹¹ *Id.*

¹² Pagán Hernández v. UPR, 107 DPR 720 (1978).

tales son inherentes al ser humano. La Carta de Derechos de Puerto Rico, se considera como una de las mejores manifestaciones de los derechos fundamentales.¹³ Los derechos fundamentales contienen al menos seis características esenciales; estos son jurídicos, constitucionales, personales, son frente al estado, son vitales y no son absolutos.¹⁴ El juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en su escrito *Derechos Fundamentales y Deberes Cívicos de las Personas* nos explica estas seis características.

En primer lugar, son derechos jurídicos, ya que tienen fuerza de ley, por lo que no son meros ideales o aspiraciones que las personas quisieran o deberían tener; más bien estos derechos son libertades, prerrogativas y condiciones de vida que todas las personas en Puerto Rico tienen y la ley se los garantiza. En segundo lugar, son constitucionales, pues están reconocidos en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Únicamente los derechos fundamentales tienen su raíz en la constitución, lo que los hace estar investidos de una enorme protección e inviolabilidad legal.¹⁵ Los derechos fundamentales, como tercera característica son personales, quiere decir que todo hombre y toda mujer los tiene por precisamente su carácter de persona, se trata de derechos que la persona tiene por su condición humana; son de aplicación a cualquier persona, aunque sea una persona extranjera y no del país, en este caso de Puerto Rico. La cuarta característica es que son frente al estado:

Pues bien, los derechos fundamentales de que trata este libro en general son libertades, prerrogativas y condiciones de vida que toda persona tiene precisamente frente al Estado o al Gobierno del país. En su aspecto principal son derechos que no corresponden directamente a las relaciones de unas personas con otras personas sino más bien a las relaciones de las personas con las autoridades gubernamentales.¹⁶

La educación nació y fue creada para el desarrollo del ser humano. Esta presenta el reto de una sociedad en constante cambio y en transición económica y social.¹⁷ El ser humano tenía el deber de desenvolverse en una sociedad de constante desarrollo y exigencia. En Puerto Rico, la educación ha tenido muchas influencias; indígena,

¹³ Jaime B. Fuster, *Derechos Fundamentales y Deberes Cívicos de las Personas*, COMISIÓN DE DERECHOS CIVILES, <https://www.ramajudicial.pr/sistema/supremo/derechos-fundamentales-deberes-civicos-personas-jaime-fuster.pdf> (última visita, el 17 de noviembre de 2020).

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Daisy Rodríguez Sáez, *Historia de la educación en Puerto Rico 1960-1976*, UMET (2018), <https://repasopcmasumet.files.wordpress.com/2018/09/historia-de-la-educacion3b3n-en-puerto-rico-1960-1976.pdf>.

española y norteamericana, siendo la norteamericana la que predomina. Con la llegada de la nación norteamericana:

[A] comienzos de 1898, trajo consigo grandes cambios en los ámbitos social, cultural, político y educativo. Inicialmente los gobernantes estadounidenses cambiaron el idioma de enseñanza de español a inglés, pero ni los maestros ni los estudiantes aceptaron esta imposición. Posteriormente, Puerto Rico tuvo nuevamente como idioma oficial de la instrucción el español. Alrededor de 1940, la Isla experimentó un alza en la cantidad de personas que habían asistido a la escuela, y la tasa de alfabetización aumentó a cerca de 70%. La tasa de alfabetización era superior en los hombres (72.3%), que en las mujeres (64.7%), aunque se observó una mayor equidad en la tasa de alfabetización de la raza blanca [...].¹⁸

Luego de todo el proceso “americano”, la educación el día 25 de julio de 1952¹⁹ se elevó a rango constitucional con la creación de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, y se consagró como un derecho fundamental en la Ley Suprema del país; la cual aún subsiste. “Este derecho se estableció como libre, no sectaria, gratuita y obligatoria, con lo que se continuaba superando la desigualdad con avances de inclusión y equidad en la participación educativa”.²⁰ Con un sinnúmero de escuelas cerradas en la actualidad, por terremotos que propiciaron cierres de planteles escolares y la llegada del COVID-19 --quien convirtió la escuela presencial en un proceso educativo remoto--, la educación se ha convertido en un punto controversial en la actualidad. La educación de manera presencial era lo único conocido y aceptado como correcto para el progreso de la sociedad, no se vislumbraba otra manera de educar, no se creía posible otras modalidades y hoy en día las hay.²¹ El salón de clases, por percepción humana, se asemeja como *calidad* a la hora de invertir en la educación.

Desde que se conoce la educación como un derecho fundamental, e incluso antes de eso, en Puerto Rico solo se veía posible lo que era la educación presencial o convencional. Nunca se visualizó ni se preparó el país para un proceso de educación

¹⁸ Informe sobre el Desarrollo Humano, *Una Mirada al Sistema Educativo Puertorriqueño Introducción*, IDH (2016), https://estadisticas.pr/files/IDH_Capitulo_VI.pdf.

¹⁹ Día del nacimiento de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

²⁰ Informe sobre el Desarrollo Humano, *supra* nota 18.

²¹ Se entiende como modalidad educativa la forma específica de ofrecer un servicio educativo con relación a los procedimientos administrativos, estrategias de aprendizaje y apoyos didácticos. Hoy día se da la modalidad de educación en línea, el *home schooling*, o mixta. *Tipos de Modalidades Educativas*, BLOGGER (9 de febrero de 2019) https://tiposmodalidadeseducativas2019.blogspot.com/2019/02/tipos-de-modalidades-educativas_9.html.

a distancia --conocida popularmente como educación virtual-- en la educación primaria y secundaria. El COVID-19, vino a cambiar todo eso. Este virus logró que el avance tecnológico se apoderara casi totalmente de nuestra vida, cambiando así lo que habíamos conocido siempre como lo *correcto* para la educación. Pero entendamos esta diferencia:

La educación presencial o convencional, ‘es aquella que requiere y exige la presencia obligatoria del alumno en el aula, donde el aprendizaje es dirigido mediante un profesor, quien en su función más tradicional es explica, aclara y comunica ideas y experiencias.’²² Mientras, la educación virtual ‘se refiere al desarrollo de actividades de aprendizaje mediante entornos virtuales o no presenciales, donde el educando puede instruirse sin la necesidad de estar presencialmente asistiendo en un centro educativo.’²³

La diferencia más importante entre la educación presencial y la virtual reside en el cambio de medio y en el potencial educativo que se deriva de la optimización del uso de cada medio de comunicación. **No podemos hacer lo mismo en medios distintos**, aunque nuestras finalidades educativas y, por tanto, los resultados que perseguimos sean las mismas, pero debemos saber de antemano que **el camino que debemos recorrer es distinto**.²⁴ (énfasis suplido).

Debemos entender que la modalidad convencional y la virtual, son muy distintas, y la enseñanza debe partir de esa diferencia pues, si no sucede de esa manera, no se explotaron los medios con los que se cuentan y la educación no sería eficaz. A través del tiempo la educación a enfrentado grandes cambios, pero lo que debe ser esencial, es que no importa que cambio haya sufrido siempre debe ser un derecho que se le garantice a los menores. La educación debe ir dirigida al progreso de la sociedad. Pero dentro de todo el desarrollo, lo importante es ofrecer igualdad de oportunidades educativas.²⁵ Es por lo que, nuestro derecho proviene de organismos internacionales, lo que nos ayuda a tener medios para lograr fortalecer nuestra educación y sustentar el por qué en Puerto Rico la educación está garantizada constitucionalmente, y es de tal vitalidad que se sustenta de organismos de nivel internacional.

En el preámbulo de nuestra Constitución se declara que “nosotros, el pueblo de Puerto Rico...entendemos por sistema democrático aquel...donde el orden político está subordinado a los derechos del hombre... lo que significa que, las autoridades

²² *Educación presencial vs Educación virtual*, INGENIO LEARNING (21 de octubre de 2020), <https://ingenio.edu.pe/educacion-presencial-vs-educacion-virtual/>.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ Daisy Rodríguez Sáez, *supra* nota 17.

públicas están obligadas a respetar y proteger los derechos fundamentales de las personas.”²⁶ Cónsono con la quinta característica, los derechos fundamentales son vitales, pues existen para salvaguardar y mantener inviolable la dignidad del ser humano y para hacerla valer. Los derechos fundamentales son importantes para la vida y la convivencia humana. Finalmente, la sexta característica es que no son absolutos, pues se ejercen en el balance de intereses, reconociendo que toda persona tiene los mismos derechos y no puede permitirse que una persona ejerza su derecho a costa de los derechos del resto de las personas. Conociendo que el derecho a la educación es uno de rango constitucional,²⁷ por lo que es considerado un derecho fundamental. La Ley Núm. 5-1952, en su exposición de motivos, citado por Ámbar M. Ramos Ortiz, *Análisis de los derechos constitucionales de los estudiantes del Sistema de Educación Pública de Puerto Rico* nos expresa:

El derecho a la educación es uno de los derechos naturales del hombre. El derecho a la educación es uno de los derechos más fundamentales del hombre; quizás el más fundamental, pues es el que lleva al entendimiento y arraigo de otros derechos y es el que impulsa a su realización cabal. A través del derecho a la educación ganan fuerza y honduras las otras libertades.²⁸

Por otro lado, Rosa Ruiz comenta:

El Derecho a la Educación es un derecho natural, ya que el hombre tiene derecho a ser educado que constituye un derecho normativo de orden moral. El ser humano es capaz de tener derechos y obligaciones, por ende, según su naturaleza, el hombre tiene que cumplir esos fines necesarios para realizar las exigencias de su realidad, lo que lo hace sujeto de un derecho a educarse.²⁹

El mundo en el que se desenvuelve el ser humano lo invita y le exige una preparación más amplia que a cualquier otro ser vivo, pues en nuestra sociedad hay un deber de desenvolvimiento en un mercado de ideas que cada día crece más y más. Cónsono con ello y con el reconocimiento de dicha realidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho a la educación, cuando promulga:

²⁶ *Id.*

²⁷ CONST. PR art. II, § 5.

²⁸ Ámbar M. Ramos Ortiz, *Análisis de los derechos constitucionales de los estudiantes del Sistema de Educación Pública de Puerto Rico*, REV. JUR. LEXJURIS, sept. (2004).

²⁹ Julio César Rosa Ruiz, *La constitucionalidad de las escuelas “charter”*: bajo el marco jurídico del derecho a la educación en Puerto Rico, 55 REV. D. P. 105, 134 (2015).

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.³⁰

Además, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, mejor conocida como la UNESCO tiene como objetivo:

[C]ontribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad en el mundo promoviendo, a través de la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación, la colaboración entre las naciones, a fin de garantizar el respeto universal de la justicia, el imperio de la ley, los derechos humanos y las libertades fundamentales que la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.³¹

La UNESCO en su Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece obligaciones y deberes de los países pactantes para guardar los derechos de los envueltos.³² Este tratado dedicó dos artículos al derecho a la educación. Los Estados Unidos de América firmó el Pacto Internacional, pero no lo ratificó. Aún así, deseo explicar y exponer lo que allí se pacta, pues es de beneficio para el desarrollo funcional de la educación. Además, el que un país conocido como una potencia mundial no ratifique un tratado tan importante da mucho que decir. El

³⁰ Artículo 26, *La Declaración Universal De Los Derechos Humanos*, FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS <https://dudh.es/26/> (última visita, 29 de agosto de 2020).

³¹ *Id.*

³² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DEL DERECHO ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1999), <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47ebcc8e2>, (última visita, 12 de octubre de 2020).

Estado tiene el deber de tomar medidas que no estorben los derechos de las personas, medidas de prevención y positivas que faciliten disfrutar el derecho.³³ La UNESCO promueve un contenido de obligaciones a los Estados que estos deben garantizar la educación a nivel primario y secundario. Impone la obligación de respetar, proteger y su cumplimiento.³⁴ Establece:

- La obligación de **respetar** requiere que los Estados eviten tomar medidas que estorben o impidan el disfrute del derecho a la educación.
- La obligación de **proteger** requiere que los Estados tomen medidas para prevenir que una tercera parte pueda interferir en el ejercicio del derecho a la educación.
- La obligación de **cumplir** entraña que los Estados deben tomar medidas positivas que faciliten y ayuden a los particulares y a las comunidades a disfrutar del derecho a la educación.³⁵

Estos principios deben ser imprescindibles a la hora de impartir la enseñanza y garantizar el derecho a la educación a nivel primario y secundario. El poder garantizar este derecho depende del Estado rector, no de un director escolar, un maestro o los padres; una educación pública generalizada depende del Estado. Al Estado garantizar este derecho fundamental, sin buscar la manera de perjudicarlo, muestra el desarrollo de las libertades que promueve como ente dador de democracia. La educación nos abre las puertas a la libertad y el saber de otros derechos. Promover el derecho a la educación nos hace concededores, y el conocimiento nos hace protectores de los derechos que, como personas, debemos oponer y exigir ante el Estado. La educación nos hace libres. Clasificar la educación e imponerle obligaciones le da a la persona la garantía constitucional que le corresponde. El derecho positivo, apoya, promueve y respalda una educación de calidad de primera, y que debe darse sin limitaciones a la hora de impartirla.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales creado por la UNESCO en sus observaciones generales proporcionó un marco analítico útil para considerar las obligaciones de un estado respecto al derecho a la educación; este marco propone unas características que son la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. El Comité dispone que la disponibilidad se hace presente en cantidad suficiente, esto se ejemplifica en docentes debidamente capacitados, buenas instalaciones, edificios, agua potable, materiales de enseñanza y más. Las institucio-

³³ *Derecho a la Educación - Obligaciones y responsabilidades del Estado*, UNESCO <https://es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion/obligaciones-estados>, (última visita, 12 de octubre de 2020).

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

nes educativas han de ser accesibles para todos, sin discriminación en el derecho y en la práctica. La educación debe ser de aceptabilidad para los estudiantes, padres y de buena calidad; y que además, la educación debe ser adaptable a la sociedad, y responder a los contextos sociales y culturales de la actualidad. Comparte además la UNESCO los componentes principales de la educación, que son la enseñanza primaria y secundaria gratuita y obligatoria; enseñanza accesible por cuantos medios sean apropiados, calidad en la educación, prohibir las discriminaciones y garantizar la libertad de elección y que, de igual modo, sujetos los Estados a la mayor cantidad posible de asignación de recursos disponibles al ámbito educativo.³⁶

Por otra parte, la Constitución de los Estados Unidos de América no reconoce de manera expresa la educación primaria y secundaria como un derecho fundamental. Mientras, Puerto Rico cobija y reconoce en la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico la educación gratuita hasta escuela secundaria.³⁷ Sin embargo, dicho derecho no es absoluto, debido a que la propia Constitución establece que se cobijará el derecho, con la salvedad de *hasta donde las facilidades del Estado lo permitan*.³⁸ Por ello, es deber de todos cuestionar y estudiar desde una perspectiva del derecho positivo ¿cuál es el reconocimiento que en Puerto Rico se le está dando a los derechos consagrados en la constitución?

III. LA EDUCACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PUERTORRIQUEÑO

En Puerto Rico existe un derecho constitucional a la educación que está consagrado en la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que dispone:

Toda persona tiene derecho a una educación que propenda al pleno desarrollo de su personalidad y al fortalecimiento del respeto de los derechos y de las libertades fundamentales. Habrá un sistema de instrucción pública el cual será libre y enteramente no sectario. La enseñanza será gratuita en la escuela primaria y secundaria y, hasta donde las facilidades del Estado lo permitan, se hará obligatoria para la escuela primaria.³⁹

En este artículo la Constitución de Puerto Rico reconoce un derecho fundamental a los niños, niñas y adolescentes del país. Este, está plasmado en la ley de mayor supremacía del país. De esta manera podemos concluir que es uno fundamental y de importancia en una sociedad de avanzada. Sin embargo, cabe destacar, que el de-

³⁶ *Id.*

³⁷ CONST. PR art. II, § 5.

³⁸ Ámbar M. Ramos Ortiz, *supra*, nota 28.

³⁹ CONST. PR, art. II, § 5.

recho a la educación no ha tenido mucho protagonismo en los tribunales de Puerto Rico.⁴⁰ No empecé a ello, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, mediante jurisprudencia, estableció en *Asociación de Maestros v. Departamento de Educación*⁴¹:

[E]s momento de asegurarnos de que nuestros niños, niñas y jóvenes puedan llegar a una escuela de excelencia, reciban el pan de la enseñanza y logren su pleno desarrollo como hombres y mujeres de bien, según fue consagrado en el Art. II, Sec. 5 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, LPR Tomo 1 [Q]ue ‘sin estudiantes no hay escuelas, y sin escuelas no hay país’.

La plena educación les da a los menores el poder de desarrollarse de manera completa durante su crecimiento, y el futuro profesional que decidan encaminar. El poder tener un desenvolvimiento pleno en el aprendizaje, que se adquiere mediante la educación, es de gran importancia para la sociedad ya que los estudiantes de hoy son el futuro del mañana. Son los futuros científicos, maestros, médicos, recolectores de basura, enfermeros, gerentes y muchas más profesiones que son aceptadas por ellos y estudiadas desde el conocimiento total. Debemos educar para que, con libertad y sin opresión de pensamiento de otro, el menor pueda escoger en qué se desempeñará en el futuro. Que se eduque para libertad, para que la opresión no gobierne a las personas.

Consonó con esta disposición constitucional, la legislatura de Puerto Rico creó la Ley Núm. 338-1998. La *Ley Núm. 338-1998*, conocida como la Ley para adoptar la Carta de los Derechos del Niño, es “una compilación general no exhaustiva de los derechos que le son reconocidos a los niños en Puerto Rico y de otros derechos que tienen como miembros de la familia y la comunidad, y que por primera vez son reconocidos en esta Ley”.⁴² La exposición de motivos de la ley expone que:

Los derechos que aquí se consignan constituyen el reconocimiento por parte del Estado de que la familia, como institución básica de la sociedad, tiene la responsabilidad de velar por el pleno desarrollo de los niños. Para el logro de ese objetivo, debe contar con el apoyo y respaldo de la comunidad y el Estado. Este compromiso de la familia, la comunidad y el Estado resultará en la formación de un niño sano, más balanceado emocionalmente, y mejor preparado para constituirse, no sólo en un ciudadano productivo, sino en uno activamente comprometido con el mejoramiento personal y colectivo. Esta Ley declaratoria de los derechos de los niños en Puerto Rico, tiene

⁴⁰ Julio César Rosa Ruiz, *supra*, nota 29.

⁴¹ 200 DPR 974 (2018).

⁴² Ley Núm. 338-1998.

el propósito de destacar la importancia que tiene la debida atención a los niños para su bienestar inmediato y para el futuro de nuestra patria.⁴³

En esta Carta de Derechos se consagra el derecho a los niños, niñas y jóvenes a que el Estado les proteja, les cuide, los escuche y considere en procesos judiciales que les afecten, les da un tutor en momentos difíciles, les brinda un debido proceso de ley, servicios médicos y de educación. Ya que, si el Estado garantiza estos derechos, el menor podrá lograr un desarrollo óptimo de la educación, y en especial una educación que les facilite un desarrollo físico y mental de su personalidad, y las capacidades que los ayuden a desarrollarse en la sociedad.⁴⁴

En la Carta de derechos de la Niñez el Estado reconoce derechos fundamentales e inherentes a los menores, y a pesar de que Estados Unidos de América no ha ratificado⁴⁵ la Carta de Derechos del Niño, no es impedimento para que en Puerto Rico se le puedan brindar las garantías que todo menor merece. Algunos de los intereses que dieron pie a esta legislación se fundamentan en la libertad y la propiedad de los niños, niñas, y adolescentes en sus derechos reconocidos constitucionalmente. La libertad y la propiedad son derechos reconocidos constitucionalmente y no pueden ser violados sin un debido proceso de ley.⁴⁶ A mi juicio, la educación es un derecho que debe ser aceptado libre y voluntariamente y, además es un derecho de propiedad que el niño, niña o adolescente ha adquirido, por lo que es parte de su patrimonio y

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Estados Unidos es uno de los países que se niega a ratificar el tratado. El tratado en cuestión es la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue adoptado por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y establece los derechos básicos para los menores de 18 años: desde la protección de cualquier forma de violencia hasta el respeto de sus visiones, pasando por la libertad religiosa y el acceso a la información. Llama la atención la no ratificación de los Estados Unidos, ya que fue uno de los países más activos para que se firmara dicho tratado; las razones que se entiende podrían estar detenido al país son: cuestión de soberanía, relaciones familiares más íntimas, y consecuencias negativas. Primeramente, se habla de la cuestión de soberanía, donde se dice que Estados Unidos, es reacio a adoptar tratados de derechos humanos, y para poder evaluarla y ratificarla se necesita una mayoría de dos tercios para su aprobación, el mismo estándar necesario para cambiar la Constitución. Segundo, para que haya relaciones familiares más íntimas, para una gobernanza con autonomía e independencia, Y, por último, por las consecuencias negativas que esto podría implicar, no legales si no políticas, un ejemplo de esto es que la Convención prohíbe la pena de muerte, sin libertad condicional, lo que es legal en Estados Unidos. Thomas Sparrow, *Por qué EE. UU. se niega a ratificar la Convención de los Derechos del Niño*, BBC NEWS (8 de noviembre de 2013), https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131108_internacional_eeuu_tratado_ninos_ratificacion_tsb.

⁴⁶ CONST. PR art. II, § 7.

no se le debe violar su derecho de vivirlo a plenitud; debe ser un derecho inviolable debido al carácter y la dignidad e igualdad que el derecho a la educación da a la persona. El conocimiento nos da libertad, nos abre las puertas. Expone Ramos Ortiz en su escrito *Análisis de los derechos constitucionales de los estudiantes del Sistema de Educación* citando la Ley Núm. 5 de 24 de julio de 1952 en su Exposición de Motivos que:

La educación no solo fortalece libertades, sino que dilata el concepto de la libertad. La educación crea libertad: una libertad más amplia que la que proclaman los tratados y una libertad más profunda que la letra de algún documento. Los altos principios de nuestra Constitución y la alta calidad de nuestra experiencia democrática encuentran su mejor escudo no solo en el realismo y sabiduría de nuestra gente sencilla, sino también en el afán por la educación en que nuestro pueblo tradicionalmente ha fundado su mayor esperanza y del que han ido derivando sus mayores conquistas.⁴⁷

El derecho a la educación nos da libertad de elección, de asociación, nos da plenitud en las decisiones, ya que podemos hacer opiniones de manera libre, voluntaria e inteligente. Sin embargo, este no es un derecho absoluto. De encontrar limitaciones que no permitan gozar de todas nuestras libertades para garantizar un aprendizaje digno y, de manera tal que se pueda buscar una manera de evitar un freno en el derecho a la educación, podría ser invocar un derecho adquirido para que el menor o la menor pueda gozar dignamente del derecho que posee. Son derechos adquiridos aquellos que entran de forma definitiva en el patrimonio de una persona, los cuales se consolidan y su disfrute se confirma con facilidad. El Derecho dado que cuando se obtenga, de manera efectiva, un beneficio.⁴⁸ Define el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en *Hernández Colón v. Policía*,⁴⁹ que los derechos adquiridos son facultades del Estado que este le ha extendido o reconocido a una persona, que regularmente ejercita ese derecho y lo hace parte de su patrimonio. Estos derechos serán fiables y respetables, bajo toda aquella situación individual o subjetiva; estos no pierden su titularidad, puesto que una nueva normativa no puede vulnerarlos.⁵⁰ Los derechos adquiridos le dan un derecho de propiedad a aquella persona que los posee, ya que la persona los hace parte de su patrimonio; es por esto por lo que gozan de protección constitucional, estos no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso del titular y no pueden ser revocados retroactivamente.⁵¹

⁴⁷ Ámbar M. Ramos Ortiz, *supra*, nota 28.

⁴⁸ Pedro González, *¿Qué es un Derecho Adquirido?*, BILLIN, <https://www.billin.net/glosario/definicion-derecho-adquirido/>, (última visita, 13 de octubre de 2020).

⁴⁹ 177 DPR 121 (2009).

⁵⁰ Pedro González, *supra*, nota 48.

⁵¹ *Hernández Colón v. Policía*, 177 DPR 121 (2009).

Para poder invocar un derecho adquirido la persona debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) el estado haya reconocido la facultad a la persona y 2) la persona se haya apropiado y ejercitado la facultad.⁵² La persona que se haya apropiado y ejercido la facultad la hace parte de su patrimonio, pues la ejercita y la hace parte de su diario vivir. Por lo tanto, es un derecho adquirido y de propiedad. En este caso, somos del criterio que, por parte del Estado a través de la Constitución, los niños, niñas y adolescentes han adquirido el derecho de la educación y desde su grado primario se apropian de ella, en ocasiones hasta culminar sus estudios secundarios (en la mayoría de los casos). Por lo tanto, son el derecho y la jurisprudencia el medio por el cual a los estudiantes se les ha brindado un derecho a la educación. Esto es de ayuda a los menores en la protección de su derecho, aunque este no es absoluto, no puede ser privado sin un debido proceso de ley.

A. La educación como componente esencial de la Dignidad Humana

Como es de conocimiento general, en Puerto Rico, la Constitución consagra en su Carta de Derechos que la dignidad del ser humano es inviolable, que todos son iguales ante la ley, y tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnaran estos principios de esencial igualdad humana.⁵³ Consagra el artículo que la dignidad deberá ser promulgada en la enseñanza y que no se le debe violar a nadie. La dignidad, en la noción moderna “es ahora inalienable en todos los seres humanos y existe en idéntica magnitud en cada uno de ellos. Es el imperativo fundamental contra la discriminación”.⁵⁴ La dignidad implica la igualdad de todos los seres humanos.⁵⁵ El Artículo 1 de la Declaración Universal establece que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.⁵⁶ El derecho a la dignidad es un derecho fundamental que tenemos todos los seres humanos a ser tratados como iguales, individuales y sociales, por el solo hecho de ser personas.⁵⁷ Es la dignidad el principio rector y el pilar fundamental de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución de Puerto Rico, por ser un derecho y

⁵² *Id.*

⁵³ CONST. PR art. II, § 1.

⁵⁴ 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*, 45 REV. JUR. UPR 185, 186 (2010).

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Artículo 1*, LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, <https://dudh.es/26/> (última visita, 20 de noviembre de 2020).

⁵⁷ ACNUR Comité En Español, *Derechos humanos: artículo 1, igualdad, libertad y dignidad*, UNHCR ACNUR (marzo 2018), https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-articulo-1-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/.

no un imperativo de ley cualquiera, esta por ningún motivo debe ser violada, ni de manera mínima.⁵⁸

Nuestro ordenamiento jurídico enmarcó en nuestra Ley Suprema el derecho a la dignidad y la igualdad en términos mucho más amplios y abarcadores que en la Constitución de los Estados Unidos. Reconociendo que nuestra Constitución es de factura más ancha⁵⁹, por lo que el derecho de la dignidad opera *ex proprio vigore*.⁶⁰ Articula el catedrático Carlos Ramos en su artículo que:

Esta Carta de Derechos⁶¹ no aparece como enmienda a la Constitución. De sus propios términos se enuncia como un derecho, es decir, no se articula como un valor o principio. Está expresada en términos absolutos. No admite excepciones. No es posible que se tolere una violación temporal de la misma. No admite valores superiores. No solo está dirigida al Estado únicamente como límite al ejercicio de sus poderes; está dirigida también a la sociedad: nadie puede violar la dignidad humana... la “dignidad del Hombre es inviolable” la cual debe ser “respetada y protegida” como “deber” del estado.⁶²

Para que una educación sea de calidad debe ser una digna, donde todos y todas puedan ser tratados como iguales; con igualdad en la protección de la ley, creando un balance de intereses para poder dar a todos lo que necesitan. El Estado podría garantizar este derecho, creando desigualdad, para igualar a todos; “a veces el mayor discrimen se funda en tratar cosas que son diferentes, como si fueran iguales”.⁶³ Debe-

⁵⁸ Garib Bazaín v. Hosp. Español Auxilio Mutuo de P.R., 2020 TSPR 69 (Oronoz Rodríguez, opinión disidente).

⁵⁹ Con frecuencia se alude a la ‘factura más ancha’ de nuestra Constitución, especialmente la Carta de Derechos, en relación o comparación con la Constitución de Estados Unidos. Esto para lograr recoger el sentir común de culturas diversas sobre nuevas categorías de derecho. Ha expresado el Tribunal Supremo de Puerto Rico que “[n]uestra constitución reconoce y concede derechos fundamentales con una visión mas abarcadora y protectora que la Constitución de los Estados Unidos”. Se dice, en consecuencia, que la interpretación que haga la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto al alcance de un derecho constitucional del ciudadano bajo la Constitución Federal no tiene que ser paralela o similar a la interpretación que haga el Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre el alcance de una protección o clausula análoga o equivalente en la Carta de Derechos de Puerto Rico. Ernesto L. Chiesa Aponte, *LOS DERECHOS DE LOS ACUSADOS Y LA FACTURA MÁS ANCHA*, (1998) 5 REV. ACAD. PR JURIS. & LEGIS ___, (1998).

⁶⁰ Que vale por sí mismo. Sin necesidad de apoyarse en algún precepto. Pablo Ríos, *Ex Propio Vigore*, LAW1 (11 de marzo de 2018) <https://diccionario.leyderecho.org/ex-propio-vigore/>.

⁶¹ Donde está contenida la inviolabilidad de la dignidad.

⁶² Carlos E. Ramos González, *supra*, nota 54.

⁶³ RAÚL SERRANO GEYLS, *DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO* 1078-82 (1988).

mos reconocer que, a pesar de que la educación no es el único derecho fundamental que contiene nuestra constitución, el derecho a la educación va dirigido directamente a las edades en la que somos menores de edad. Por lo que debe ser un derecho que, fundamentado y complementado con la dignidad del ser humano, debe ir dirigido a poder proteger la igualdad de la ley. Necesitamos crear la desigualdad en el derecho. Me refiero a crear una desigualdad, que nos ayude a vivir de manera plena el principio cardinal de la igual protección, que es “trato similar para personas similarmente situadas”,⁶⁴ los menores de edad se sitúan en un lugar inestable, desigual al resto de la población, por lo que debemos salvaguardar su derecho y darles igualdad a todos. Crear esta desigualdad es necesaria para poder incluir a todos, porque de esta manera los menores lograrán tener una educación de calidad y digna. Un ejemplo a la analogía es: tenemos a “X Sr.” quien es un agricultor del pueblo de Orocovis con 75 años, no tiene hijos, y solo tiene una casita en el campo. El Banco lo quiere embargar porque no ha podido pagar su casa por cinco meses; contrario a “X Sr.” que tiene 35 años, tiene un trabajo estable, familia, y tiene un centro comercial, y dos casas; le quieren embargar una casa porque no la ha pagado durante cinco meses. ¿Se debería tratar la situación de la misma manera, aunque ambos han incumplido? Claramente no. A esta desigualdad me refiero, debemos crear condiciones de desigualdad para resolver la misma situación, pero conforme a las necesidades de cada persona de manera particular. Así debería ser visto el derecho a la educación, como un derecho de base desigual... donde cada día se construyan desigualdades, para que cada niño, niña y adolescente del país, pueda tener un derecho pleno y digno a la educación.

Uno de los derechos que debería tener todo niño, niña o adolescente es el de tener una educación digna, y no solo tenerlo, se debería reconocer este derecho a todo menor.

El derecho a la dignidad implica garantizar a los habitantes de un territorio el trato con respeto, con consideración a las condiciones particulares de cada persona, sin violencia, sin agresiones, sin discriminación reconociendo a cada ser vivo el derecho de ser respetado en su forma de ser, vivir, pensar y actuar.⁶⁵

Es importante no solo que el estado reconozca un derecho, sino que lo garantice y no se vea coaccionado cada que pueda.⁶⁶ Es esencial que el derecho a la dignidad sea salvaguardado, porque nos ayuda a crear un balance de derechos cuando más

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Carlos J. González, *El derecho humano a la dignidad*, EL FINANCIERO, (20 de abril de 2016), <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/carlos-javier-gonzalez/el-derecho-humano-a-la-dignidad>.

⁶⁶ Ejemplo de esta coacción son las dilaciones en el Huracán María, y los Terremotos de enero de 2020; y con el COVID-19, donde con tanta controversia, aún no hay medidas para afrontar la situación una vez regresemos al salón de clases.

de uno concurre. Y la educación nos ayuda a entender, comprender, e interiorizar el resto de los derechos; sin educación digna no hay plenitud de derechos en el ser humano. La dignidad junto con la educación son los derechos que nos acercarán a las igualdades sociales, igualdades donde los seres humanos puedan convivir como iguales y no con diferencias palpables.

IV. LA PERSPECTIVA DE LA EDUCACIÓN EN LA SOCIEDAD NORTEAMERICANA

Contrario al ordenamiento jurídico puertorriqueño, en los Estados Unidos de América la educación no es un derecho garantizado bajo la Constitución. Es por ello que:

A pesar del amplio reconocimiento con que cuenta hoy el derecho a la educación, el Derecho constitucional a la educación en Estados Unidos sólo se ha reconocido en su dimensión primaria, traducida comúnmente en la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos, pero no en su dimensión de derecho social y menos aún en su vinculación inseparable con aquel contenido de libertad.⁶⁷

El más alto foro de los Estados Unidos, salvaguardando su derecho a la libertad de los padres a asociarse y brindarle educación a sus hijos, contenido en la Primera Enmienda, nos dice: “el niño no es una mera criatura del Estado; quienes lo nutren y dirigen su destino tienen el derecho, junto con el alto deber, de reconocerlo y prepararlo para obligaciones adicionales”.⁶⁸ (traducción suplida). Este reconocimiento nació en el caso de *Pierce v. Society of Sisters*⁶⁹, donde se estableció que el Estado consideraba un delito menor el que no se envíe a un menor entre las edades de 8 a 16 años a la escuela pública. Este caso trata de que La Ley de Educación Obligatoria de 1922 del Estado de Oregón requería que los padres o tutores matriculen a los niños entre las edades de ocho y dieciséis años en la escuela pública en el distrito donde residían los niños de manera obligatoria. *Society of Sisters* era una corporación de Oregón que facilitaba el cuidado de huérfanos, jóvenes educados y estableció y mantenía academias o escuelas. Este caso se decidió junto con *Pierce v. Hill Military Academy*.⁷⁰ La *Society of Sisters* planteó que dicha ley violaba la Primera Enmienda ya que no cumplía con la libertad de los padres de dirigir la educación de sus hijos. En una decisión mayoritaria el Juez James C. Mc Reynolds, decide que la ley de Oregón puso arbitrariamente a las escuelas privadas fuera de los límites,

⁶⁷ José Luis Martínez López-Muñiz, *El derecho a la educación en los Estados Unidos de América*, 93 REV. ESPAÑOLA DER. CONST. 65 (2011).

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ 268 US 510 (1925).

⁷⁰ 268 US 510 (1925).

violando así la libertad protegida del debido proceso de ley y sostuvo que la libertad fundamental sobre la que descansan todos los gobiernos excluye cualquier poder general del Estado para estandarizar a sus niños, obligándolos a aceptar instrucción de maestros públicos solamente.

De esta forma, es de gran importancia la situación en controversia que trae el caso debido a que la nación americana no garantiza la educación como un derecho fundamental, pero penalizaba a los padres que no enviaran sus hijos a las escuelas públicas. De esta manera, no se reconoce el derecho a la educación como uno constitucional y/o fundamental, pero sí se reconoce la importancia de este. En este caso también se cuestionó la constitucionalidad de *The Compulsory Education Act* de 1922.⁷¹ El Tribunal reconoció la inconstitucionalidad de esta ley, pero a su vez mencionó que:

[N]o se plantea ninguna cuestión sobre la facultad del Estado para regular razonablemente todas las escuelas, inspeccionarlas, supervisarlas y examinarlas a ellas, a sus maestros y alumnos; exigir que todos los niños de la edad debida asistan a alguna escuela, que los maestros sean de buen carácter moral y disposición patriótica, que se enseñen ciertos estudios claramente esenciales para la buena ciudadanía y que no se enseñe nada que sea manifiestamente contrario al bienestar público.⁷²

Por tal razón, no descarto que pudiera darse el caso en que, de llegar una controversia de este tipo, tal vez el Tribunal Federal de los Estados Unidos sí le diese mayor importancia al derecho a la educación y, eventualmente, pudiese llegar a reconocerlo como un derecho fundamental. Estados Unidos reconoce que la educación es fundamental en el desarrollo de las personas y la sociedad y eso es un gran avance en el derecho a la educación estadounidense. En adición, la Corte Suprema de Estados Unidos busca la igualdad de oportunidades educativas para todos y todas en las escuelas públicas.⁷³

⁷¹ *Id.* en la página 529. La Ley de Educación Obligatoria de 1922 de Oregón, esta significa que los padres están obligados a enviar a sus hijos a una escuela determinada para que estos puedan ser educados. Incluyendo valores éticos y de habilidad social. Esta se utilizaba para promover la educación de todos los ciudadanos, y minimizar las personas que no participan de la educación. *The Compulsory Education Act-1922*.

⁷² 268 US 510 (1925) (traducción suplida).

⁷³ *Brown v. Board of Education* 374 US 483 (1954). Este es un caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que se basa en la segregación racial. En este caso se consolidaron un sin número de casos en representación de niños y ni más negros a quienes por segregación se les negó la admisión a las escuelas públicas, amparándose en la Ley Estatal. Esto se daba gracias a la doctrina de ‘separados, pero iguales’, que permitía que los blancos estuvieran con los blancos y los negros estuvieran con los negros. Luego de

Ciertamente, los Estados Unidos acreditan una particular atención a la educación de su población por su particular necesidad de integración social, por lo que designan grandes sumas de dinero a la educación.⁷⁴ Sin embargo, no es deber del Estado decidir a qué institución deben ir los niños a educarse o cómo lo harán,⁷⁵ sino que es responsabilidad de los padres, y por esto el Estado le reconoce libertades y derechos educativos al amparo de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La educación no está garantizada como un derecho fundamental en la Constitución de Estados Unidos, y el balance de intereses que han tenido que crear para salvaguardar derechos --el de los padres a elegir la educación de sus hijos cuando esta implicada la libertad religiosa-- nos deja claro por qué el país no se expresa sobre lo fundamental del derecho para los menores y, de igual modo, pues respetan la libertad de las personas a asociarse. Aunque sí existe la educación gratuita,⁷⁶ esta no es garantizada como un derecho fundamental. Por lo tanto, no se protege el derecho basado en el interés superior del niño,⁷⁷ donde se le garantiza al menor los derechos dándole prioridad en el mercado de valores del derecho. Por lo que hoy, Estados Unidos aún continúa bajo la doctrina establecida en el caso de *Pierce*.

presentar una demanda donde se alega que la Ley Estatal viola la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos; el Tribunal resuelve que las escuelas segregadas privan a los niños de las minorías de la igualdad de oportunidades educativas, independientemente de que tengan acceso a instalaciones y otros factores “tangibles” que sean iguales. Por lo que se declara la ley inconstitucional.

⁷⁴ José Luis Martínez López-Muñiz, *supra*, nota 67. 268 US 510 (1925).

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Los niños y adolescentes pueden estudiar en escuelas públicas, que son gratuitas y reciben fondos federales, estatales y locales; además en Estados Unidos puedes estudiar en las llamadas escuelas *chárter*, que combinan capital público y privado y también son gratuitas; o en escuelas privadas, cuyos precios varían, y bajo el programa conocido como **home schooling**, o educación en el hogar, para el cual los padres o tutores necesitan permisos especiales, con requisitos específicos por estado. En. Estados Unidos; la libertad académica permite a los maestros adaptar los contenidos de cada asignatura a las necesidades de los estudiantes sin afectar la esencia de la clase. Aunque las escuelas y universidades públicas no tienen la independencia de que gozan las escuelas privadas en la confección de su programa docente, los maestros aprovechan esa libertad académica para incentivar a los estudiantes.

Redacción Radio Televisión Martí, *Así es como funciona la educación en Estados Unidos*, RADIO TELEVISIÓN MARTÍ (30 de junio de 2019) <https://www.radiotelevisionmarti.com/as/as%C3%AD-es-como-funciona-la-educaci3n-en-estados-unidos/241147.html>. _

⁷⁷ La Carta de los Derechos del Niño, tiene el principio de interés superior del niño que es un conjunto de acciones y procesos que se enfocan en garantizar una vida íntegra y digna. Estados Unidos, no ha firmado esta Carta. UNICEF, *Convención Sobre los Derechos del Niño*, (junio de 2006), <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. _

V. LA EDUCACIÓN ANTE UN ESTADO DE EMERGENCIA DECLARADO

Una emergencia es una situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata.⁷⁸ Existe el imperativo y compromiso legal y moral de garantizar la validez y el cumplimiento de los derechos tanto en situaciones normales como en situaciones de emergencias.⁷⁹ Se tiene una obligación de defender el derecho para que este no se vea violentado de manera innecesaria y se convierta en una violación atroz. Una situación de emergencia posiciona al Estado en un lugar diferente, donde puede tomar decisiones o crear ley para atender la situación de manera inmediata y poder entonces reaccionar ante la situación, y lograr disipar la situación que ha creado riesgo. En el caso de los niños, niñas y adolescentes, es necesario cuidar sus derechos ya que esto tiene complicaciones futuras en ellos, pues su crecimiento y desarrollo es diferente; en el caso de los menores se comienzan a desarrollar personalidades y necesidades que son imperativas atender. Los menores cuentan con los mismos derechos básicos de los adultos que van dirigidos a reconocer sus necesidades especiales.⁸⁰ Estas necesidades determinan su vulnerabilidad y la capacidad de adaptación que poseen para la modificación y alteración del medio en el que se desenvuelven.

En este proceso se puede afectar lo físico y psicológico, el acceso a los recursos y conocimientos y la adquisición de capacidades, al encontrarse los menores en pleno desarrollo de estas capacidades y son más susceptibles a ser alterados por las condiciones adversas que los desastres y las emergencias generan, en especial los niños más pequeños o con alguna deficiencia que limite su normal desempeño.

Para la niñez, las emergencias producen trastornos importantes en sus vidas y su desarrollo, por la rapidez con que ocurren los cambios y la manera en que son afectados. A las pérdidas directas en su entorno familiar y vecinal se le agregan múltiples efectos indirectos que hacen más agresivo dicho entorno, debilitan su autoestima, hacen más precarias sus condiciones de vida y afectan sus horizontes de desarrollo futuro.

El resguardo de sus derechos en situaciones de emergencia se orienta a la continuidad de los procesos de desarrollo y sus actividades en la sociedad a corto, mediano y largo plazo. Sus necesidades especiales y la falta de información desagregada hacen necesaria una

⁷⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <https://dle.rae.es/emergencia> (última visita, 27 de marzo de 2020).

⁷⁹ UNICEF, DERECHOS DE LA NIÑEZ EN EMERGENCIAS Y DESASTRES (2007), <https://psicologosemergenciasbalears.files.wordpress.com/2020/11/derechos-de-la-nincc83ez-en-las-emergencias-y-desastres.pdf>.

⁸⁰ *Id.*

reflexión sobre los vacíos que existen en las fases de preparación y atención de emergencias, así como la recuperación después de los desastres, de tal forma que los niños y niñas sean igual o preferentemente atendidos.

....

Para incluir los derechos de la niñez en la respuesta humanitaria a emergencias, los gobiernos y agencias de ayuda humanitaria deben ser capaces de expresar las prioridades para la niñez de tal manera que formen parte conjunta de los preparativos y la respuesta general, en vez de concentrarse sólo en áreas especializadas.⁸¹

Es, a raíz de situaciones como el COVID-19, que se han destapado un sin número de problemáticas en el área de la educación incalculables, en la que la acción del Estado⁸² durante este tiempo ha coartado el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes, que el principal fin debe ser fortalecer, y no desvanecer. Como hemos mencionado anteriormente, recalamos que:

Nuestra Carta de Derechos⁸³ no aparece como [una] enmienda a la Constitución. De sus propios términos se enuncia como un derecho, es decir, no se articula como un valor o principio. Está expresada en términos absolutos. No admite excepciones. No es posible que se tolere una violación temporal de la misma. No admite valores superiores. No solo está dirigida al Estado únicamente como límite al ejercicio de sus poderes; está dirigida también a la sociedad: nadie puede violar la dignidad humana... la “dignidad del Hombre es inviolable” la cual debe ser “respetada y protegida” como “deber” del estado.⁸⁴

La educación debe ser primordial en el desarrollo del menor, donde es menester brindarle seguridad para el desarrollo de sus capacidades. La educación protege el

⁸¹ *Id.*

⁸² Esta manifestada en la doctrina de acción de estado que postula que: “los derechos constitucionales solo se pueden invocar contra el Estado. Para poder reclamar un derecho constitucional, el interesado tiene que demostrar que el Estado le privó de tal derecho. Para atribuir la acción al Estado, el reclamante debe demostrar: (1) que la privación fue causada por el ejercicio de algún derecho o privilegio creado por el Estado o por una regla de conducta creada por el Estado o por alguien de quien el Estado es responsable; y, (2) que la parte a quien se le imputa la privación tiene que ser una persona que pueda ser considerada actor del Estado -es actor del Estado el oficial estatal o el que actúa como oficial del Estado”. Ruth E. Ortega Vélez, *Acción de Estado*, VLEX, <https://vlex.com/pr/vid/accion-665097037>, (última visita, 20 de febrero de 2021).

⁸³ Donde está contenida la inviolabilidad de la dignidad.

⁸⁴ Carlos E. Ramos González, *supra* nota 54.

bienestar, promueve oportunidades de aprendizaje, de impulse en el desarrollo social, emocional, cognitivo y físico de los niños, niñas y adolescentes.⁸⁵ Este derecho incluye la seguridad física de las escuelas, la seguridad cognitiva y socioafectiva, combinada con una educación sin interrupciones que conduzca a la construcción del conocimiento y de la personalidad⁸⁶, para que se continúe con un goce del derecho en modalidades distintas por la emergencia. Es por lo anterior que, los Estados tienen la obligación principal de asegurar, respetar, proteger y satisfacer el derecho a la educación, aún en condiciones de emergencia; ya que la educación es una necesidad, un derecho que hace posible la protección física, psicosocial y cognitiva que puede salvar y mantener vidas, ofrece estabilidad y esperanza en el futuro en tiempos de crisis-en especial a los menores- y suministra elementos básicos para la estabilidad económica futura⁸⁷. El derecho a la educación es la manifestación y el crecimiento de otros derechos. La restauración de las labores educativas, formales o informales brinda a la niñez y a la población afectada una sensación de restablecimiento de la vida en comunidad, y además posibilita el proceso de recuperación emocional de los eventos traumáticos vividos por la emergencia⁸⁸, este derecho es el que mantiene la normalidad en la vida de los menores, quienes, al no entender lo que sucede son los más afectados en estos procesos.

Sin embargo, el Estado en la emergencia de COVID-19 ha decidido delimitar sus prioridades en otros aspectos que no son necesariamente la educación, por lo que no han logrado garantizar el derecho de carácter constitucional, tal vez, como lo han hecho instituciones privadas⁸⁹ y con las exigencias que el principio de la dignidad humana acarrea en la educación. ¿El gobierno ha realizado alguna acción? Sí. ¿Ha sido efectiva? A mi juicio, no. Todo ha sido un proceso de “pasar la mano”, “por

⁸⁵ UNICEF, *supra* nota 79.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ “Para muchas niñas y niños en Puerto Rico, la pandemia por COVID-19 trajo consigo una interrupción en su año escolar. Para los padres y madres de estudiantes de Radians School, la educación de sus hijos fue una cosa menos por la cual preocuparse durante esta pandemia.” Radians School, *10 años de experiencia con educación a distancia rindieron frutos para Radians School*, (22 de diciembre de 2020) Radians School, *Exitoso inicio escolar de Radians School con su modelo educativo digital*, PRIMERAHORA.COM, <https://www.primerahora.com/brandstudio/radians-school/notas/10-anos-de-experiencia-con-educacion-a-distancia-rindieron-frutos-para-radians-school/>, (última visita, 27 de marzo de 2021), Radians School, *Exitoso inicio escolar de Radians School con su modelo educativo digital*, EL NUEVO DÍA, <https://brandshare.elnuevodia.com/exitoso-inicio-escolar-de-radians-school-con-su-modelo-educativo-digital> (última visita, 27 de marzo de 2021) y Yaritza Rivera Clemente, Educación presencial en dos colegios, ELVOCERO, (5 de marzo de 2021). https://www.elvocero.com/educacion/educacion-presencial-en-dos-colegios/article_d7879510-7d5e-11eb-944e-ffb16d39a21f.html.

encimita” no han invertido todos los esfuerzos posibles para educar, y responder de manera inmediata a las necesidades de los estudiantes y maestros en respuesta al COVID-19⁹⁰, aún cuando el Departamento de Educación cuenta con un sin número de recomendaciones que los organismos nacionales e internacionales han brindado para la situación en la que nos encontramos. Por su parte, la UNESCO nos comparte en su escrito de *La Educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*:

En el ámbito educativo, gran parte de las medidas que los países de la región han adoptado ante la crisis se relacionan con la suspensión de las clases presenciales en todos los niveles, lo que ha dado origen a tres campos de acción principales: el despliegue de modalidades de aprendizaje a distancia, mediante la utilización de una diversidad de formatos y plataformas (con o sin uso de tecnología); el apoyo y la movilización del personal y las comunidades educativas, y la atención a la salud y el bienestar integral de las y los estudiantes.⁹¹

Al mismo tiempo, la UNICEF, en su escrito *Derechos de la Niñez en emergencias y desastres*, comparte recomendaciones mínimas para la educación en situaciones de emergencia en la que contemplan:

- a. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a educación mediante clases, juegos, lectura y otras actividades de aprendizaje, incluso en emergencias. En el menor tiempo posible se deben establecer espacios provisionales de aprendizaje con una infraestructura mínima. No deberían pagar por la educación.
- b. **Donde quiera que los niños y niñas aprendan deben estar seguros.** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a aprender en un lugar donde se sientan cómodos y libres de peligro.
- c. La educación es para todos los niños y niñas: incluyendo la niñez con discapacidad, los niños y niñas de edades diferentes y de grupos étnicos distintos. La enseñanza y el aprendizaje deben ser adaptados a sus necesidades y promover su participación activa.
- d. **Lo que los niños y niñas aprendan debe ayudarlos a hacer frente a la emergencia.** Promover la reanudación de las actividades educativas de calidad en materia de alfabetización, en-

⁹⁰ Educación-COVID19, U.S. CONGRESSWOMAN JENNIFER GONZÁLEZ-COLÓN REPRESENTING PUERTO RICO IN CONGRESS, <https://gonzalez-colon.house.gov/coronavirus/educacion-covid19>, (última visita 21 de febrero de 2020).

⁹¹ CEPAL-UNESCO, *La Educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*, UNESDOC (agosto de 2020) <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374075?locale=es>.

señanza de materias elementales y aspectos relacionados con la preparación para la vida, como el VIH/ SIDA, la prevención de la explotación y el abuso sexual, la solución de conflictos, educación sanitaria e higiene.

- e. Los maestros y maestras deben ser contratados de tal manera que todos tengan la misma oportunidad y debe haber suficientes maestros y maestras para todos los niños y niñas. Deben ser apoyados por las autoridades escolares, deben recibir su pago con regularidad y deben ser capacitados para entender las necesidades de los niños y niñas.
- f. La autoridad de educación debe coordinar las actividades de educación en una emergencia y trabajar con organizaciones locales, nacionales e internacionales. Las personas afectadas por la emergencia - incluyendo maestros y maestras, padres y madres y los propios niños y niñas – deben ser involucrados en el establecimiento y la gestión de la educación.⁹²

Recomendaciones que, de ser evaluadas, y contempladas, aun cuando se modifiquen y atemperen a la cultura y necesidades son de gran beneficio para los afectados, en este caso los menores. Antes de profundizar en la educación hay que evaluar mucho más allá, porque no es un problema directo, sino uno sistemático, donde hay muchas cosas involucradas. La educación como derecho a sufrido consecuencias abismales que, de ser estudiadas en conjunto con otras problemáticas, dan un mayor panorama de el por qué el Estado sobrepone otras cosas antes que el derecho digno de educación a los niños, niñas y jóvenes. Cada día hay más y más desafíos.

Durante todas las emergencias en Puerto Rico mucho se ha dejado de la vista larga y pocas cosas se accionan. En la pandemia del COVID-19 en Puerto Rico la manera más efectiva en la que ha accionado el estado ha sido creando Ordenes Ejecutivas desde que comenzó a intensificarse la situación de la pandemia, desde marzo del 2020. Estas lo que hacen es prohibir conductas ciudadanas, pero nada de cómo vislumbrar el problema presente o futuro. A qué me refiero con esto, el Estado lo que busca para poder resolver problemáticas es privar a sus ciudadanos de derechos que conocen, no son absolutos, y podrían privarse en situaciones que lo ameriten, pero esta privación debería ser una donde no se afecten de manera atroz los derechos, sino lo justamente necesario. Entonces, por parte del Estado no se crean propuestas, solo ordenes coaccionadoras. Desde el Huracán María el gobierno está creando Ordenes Ejecutivas, pero no debe ser este el único medio de acción constante para trabajar y evaluar lo que es el destino de cómo será el futuro encarando la realidad luego de

⁹² UNICEF, *supra* nota 79 (énfasis suplido).

las emergencias.⁹³ Antes de continuar, pongámonos en contexto ¿qué es una orden ejecutiva?

[E]s un instrumento firmado por el Gobernador que se deriva del ejercicio de su poder ejecutivo y tiene fuerza de ley. Esta orden es emitida para una entidad del Poder Ejecutivo. Al ser un documento emitido por el Gobernador de conformidad con la ley, es un documento público que sirve a los propósitos de implementar políticas e iniciativas públicas del Gobierno de Puerto Rico. (traducción nuestra).⁹⁴

Estás son para implementación de política pública,⁹⁵ pero desde hace algún tiempo se han concentrado en toques de queda, condicionar al pueblo, dar directriz, pero no trabajan con lo esencial, el ¿qué pasará luego de la emergencia? Aseguran los expertos que las ordenes ejecutivas actuales solo son un ejercicio de amedrentar a la población. Han llegado al extremo de implementar ejercicios militares para poder controlar lo que hacen los ciudadanos y, en consecuencia, hacer valer la ley. En el artículo de uno de los más importantes periódicos del país, El Nuevo Día se dice:

La presencia de la Guardia Nacional de Puerto Rico en las calles como medida para hacer valer las órdenes de la gobernadora Wanda Vázquez ante el COVID-19, además de alejarse de una base salubrista, **es un ejercicio de amedrentar a la ciudadanía que raya en la violación de los derechos y libertades de las personas**, aun cuando estas cumplan con las reglas de prevención establecidas.⁹⁶ (énfasis nuestro).

Luego de entendida la definición, veamos que ha pasado en este aspecto con la educación. ¿Cómo ha sido la educación impactada por las ordenes ejecutivas?

⁹³ *Consulta el listado de ordenes ejecutivas luego del paso del huracán María*, MICROJURIS (3 de octubre de 2017) <https://aldia.microjuris.com/2017/10/03/consulta-el-listado-de-ordenes-ejecutivas-luego-del-paso-del-huracan-maria/>.

⁹⁴ <https://www.estado.pr.gov/en/executive-orders/>

⁹⁵ “Una política es un comportamiento propositivo, intencional, planeado, no simplemente reactivo, casual. Se pone en movimiento con la decisión de alcanzar ciertos objetivos a través de ciertos medios: es una acción con sentido. Es un proceso, un curso de acción que involucra todo un conjunto en sus asuntos e intereses. complejo de decisiones y operadores de comunicación pública.” Domingo Ruiz López y Carlos Eduardo Cadéas Ayala, *¿Qué es una política pública?*, IUS REVISTA JURÍDICA [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/\\$FILE/QUÉ_ES_UNA_POLÍTICA_PÚBLICA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/$FILE/QUÉ_ES_UNA_POLÍTICA_PÚBLICA.pdf) (última visita, 20 de noviembre de 2020).

⁹⁶ David Cordero Mercado, *Presencia militar en las calles ante el COVID-19 es un ejercicio para amedrentar a la ciudadanía, según expertos*, EL NUEVO DÍA (15 de noviembre de 2020), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/notas/presencia-militar-en-las-calles-ante-el-covid-19-es-un-ejercicio-para-amedrentar-a-la-ciudadania-segun-expertos/>.

Comenzando por la primera Orden Ejecutiva creada que impidió el regreso a clases, hasta en la actualidad que el gobernador de Puerto Rico, el licenciado Pedro R. Pierluisi Urrutia, firmó la Orden Ejecutiva 2021-017, en la que se establece que, desde el 1 de marzo de 2021 se permitirá la reapertura gradual y parcial de las escuelas del sistema público y privado de Puerto Rico sujeto a que cumplan con los protocolos⁹⁷ establecidos y publicados por el Departamento de Salud.⁹⁸ Esta Orden Ejecutiva cambió el estado de derecho actual, y permitió una reapertura gradual y parcial. Ello significó que aquellas escuelas del sistema público o privado que estén listas para abrir, cumpliendo con el protocolo de Salud, lo podrán hacer y aquellas que no, abrirán solo cuando estén listas. Esto va acorde con lo que se propone a realizar el Gobierno de los Estados Unidos, pues:

La política pública del gobierno de encaminar la reapertura de las escuelas es cónsona con lo establecido por la administración del presidente de Estados Unidos, Joe Biden, así como de la Academia Americana de Pediatría (AAP) y los Centros para el Control de Enfermedades (CDC) que publicó unas guías para la reapertura de escuelas. De hecho, la AAP indicó que la información científica disponible establece que el reabrir las escuelas no representa un aumento significativo en el riesgo de transmisión comunitaria del COVID-19 siempre y cuando se sigan ciertas medidas de salud, como las que se establecen en la Orden Ejecutiva.⁹⁹

El gobierno está gastando sus esfuerzos en absurdos. Solo desean cumplir con sus agendas, sin mirar lo que es correcto o no para el pueblo. En el sistema educativo de la isla, la mayoría de los estudiantes de escuelas públicas se enfrentan con grandes dificultades para poder continuar su educación, la mayor dificultad de esto es la tecnología, medio por donde la mayoría de las escuelas han logrado implementar un medio de educación distinto, y garantizar el derecho a la educación. El Gobierno de Puerto Rico en abril de 2020, se comprometió a realizar una entrega de aproximadamente 270,000 computadoras para poder garantizar los medios educativos necesarios para que los estudiantes no vieran sus derechos

⁹⁷ DEPARTAMENTO DE SALUD, *Protocolo para la Vigilancia de COVID-19 en el sector educativo de Puerto Rico en respuesta y preparación a la apertura de escuelas*, (19 de febrero de 2021), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Protocolo%20Escuelas%20PR%2020210219.pdf>.

⁹⁸ LA FORTALEZA, Gobernador firma orden ejecutiva que permite reapertura gradual y parcial de escuelas a partir del 1 de marzo, (22 de enero de 2021) <https://www.fortaleza.pr.gov/content/gobernador-firma-orden-ejecutiva-que-permite-reapertura-gradual-y-parcial-de-escuelas-partir>

⁹⁹ *Id.*

afectados.¹⁰⁰ Estos equipos electrónicos vislumbraban su llegada en el mes de junio hasta el mes de octubre. Para sorpresa de muchos, en el mes octubre, a dos meses del inicio de clases, es que están “culminando” entregas, por lo que hubo miles de estudiantes que, si no contaban con el equipo necesario, fueron privados de su derecho por el Estado no accionar de manera efectiva. En mi opinión, un regreso propio sería realizar una vacunación masiva para el personal de escuelas y estudiantes de manera conjunta, y con una buena preparación y orden, regresar en agosto 2021. De igual forma, no hacerlo a menos de dos meses para que culmine un semestre escolar por querer accionar conforme a campañas políticas y no a la realidad del pueblo.

A mi juicio, la interrupción de la educación afecta mucho más que una instrucción académica, afecta la salud mental, nutricional, familiar y muchas problemáticas que surgen de la privación de un derecho en niños, niñas y jóvenes que aun están en pleno desarrollo de su ser. Por ello, la política pública implementada debe tener interrelación con la situación poblacional y social de las personas; mientras mayor vulnerabilidad de derechos, mayores problemáticas sociales se suscitan. Un pueblo sin derechos es un pueblo sin orden. La educación debe ser promovida como un derecho y no meramente un valor social. Los principios constitucionales no deben ser afectados por banalidades del Estado que prefieren vanagloriar los intereses económicos de unos pocos por encima de los derechos de muchos, por ello es deber del pueblo “desigualar, para igualar a todos”.¹⁰¹

Las Ordenes Ejecutivas van dirigidas a incentivar una buena política pública. La política pública tiene como propósito “que las personas accedan a los servicios que necesitan, cuando las necesitan (y no, por ejemplo, luego de meses de espera como ocurre en los sistemas de salud pública; o a cambio de largos viajes, como ocurre muchas veces en la educación rural; o a cambio de un voto, como en muchos programas de asistencia social”,¹⁰² o como en la actualidad a cambio de una computadora, para poder acceder a educación con la modalidad a distancia). “Se requiere una mayor agilidad en los resultados esperados en las Políticas Públicas, la gente requiere ver que sus necesidades están siendo satisfechas”.¹⁰³ Y, de mayor importancia es que estas tengan un motivo social que está vinculado con la situación que se quie-

¹⁰⁰ Confrontado con la denuncia de la UNESCO y, con especial interés de saber cómo se extrapolaba esta información al escenario puertorriqueño, Primera Hora entrevistó al secretario de Educación, quien aceptó la existencia de limitaciones tecnológicas en la isla en tiempos en que se promueve la educación en línea, aunque no pudo precisar con estadísticas cuántos de los 295,000 alumnos del sistema tienen acceso a computadoras o a internet. Bárbara J. Figueroa Rosa, *Educación entregará “laptops” o “tablets” a todos sus estudiantes a partir de agosto*, (3 de abril de 2020), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/educacion-entregara-laptops-o-tablets-a-todos-sus-estudiantes-a-partir-de-agosto/>.

¹⁰¹ RAÚL SERRANO GEYLS, *supra* nota 63.

¹⁰² Domingo Ruiz López y Carlos Eduardo Cadénas Ayala, *supra* nota 95.

¹⁰³ *Id.* en la pág. 11.

re ayudar, las políticas públicas deben ser el resultado de “reglas de juego” claras y aplicadas por igual, sin preferencias, a toda la población a la que va dirigida.¹⁰⁴ Los poderes de emergencia no deben ser armas que los gobiernos puedan usar para aplastar la disidencia, controlar a la población o prolongar su estancia en el poder. Esos poderes deben usarse para afrontar eficazmente la pandemia; nada más, ni nada menos,¹⁰⁵ brindando ayuda al pueblo que, en democracia, los eligió.

A. Consideraciones de cara al futuro

El concepto de estado de emergencia denomina un escenario excepcional que afecta a una nación, por ejemplo: una catástrofe natural, una epidemia o un brote de enfermedad grave, entre otros, por el cual el gobierno en ejercicio y su máxima autoridad ejecutiva deciden restringir o suspender algunos derechos esenciales de manera parcial o total para garantizar el orden, o en su defecto para evitar que la situación crítica se extienda y desate un caos aún mayor.¹⁰⁶

Un estado de emergencia por lo general es una orden ejecutiva que tiene eficacia de ley, pues hay leyes que le otorgan la facultad a la persona que está gobernando para declararlos.⁵⁶ Estas leyes enumeran las facultades que la Asamblea Legislativa le otorga al gobernador o la gobernadora para establecer el alcance, los límites y los procedimientos que se deben considerar. Este se hace para que el Estado pueda actuar y enfocar sus esfuerzos en solo ese aspecto que esta afectando a la [s]ociedad.... En este caso, si se aplicaran todas las disposiciones legales vigentes, estas se convertirían en un obstáculo para atender la emergencia. También se debe recalcar que el ejecutivo debe tener cautela al ponderar esta opción y solo debe declarar un estado de emergencia cuando entienda que bajo el estado de derecho vigente no se podría atender la emergencia adecuadamente. Los estados de emergencia, en la jurisdicción de Puerto Rico, solo pueden ser declarados por la Gobernadora,⁶⁰ cuando cumple con dos requisitos: (1) que sea a través de una orden ejecutiva, y (2) que dicha orden ejecutiva se base en una disposición de ley o la Constitución.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Frase dicha por Michelle Bachelet, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la 42ª sesión del Consejo de Derechos Humanos en Derechos Humanos, *La emergencia sanitaria del coronavirus no puede limitar los derechos humanos*, NEWS.UN.ORG, (27 de abril de 2020) <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473482>.

¹⁰⁶ DEFINICIÓNABC, *Definición de Estado de Emergencia*, <https://www.definicionabc.com/politica/estado-de-emergencia.php>, (última vista, 23 de febrero de 2020).

¹⁰⁷ Alberto López Merlán, *Estado de Emergencia v. Estado de Alerta Nacional*, <http://revisatajuridica.uprrp.edu/inrev/index.php/2019/10/31/estado-de-emergencia-v-estado-de-alerta-nacional/>, (última visita, 24 de febrero de 2021).

Una Orden Ejecutiva que creó un Estado de Emergencia por la pandemia le ha dado al estado total facultad para concentrar sus fondos y esfuerzos en Educación. Con dicha Orden se desembolsaron sumas millonarias que han sido asignadas para que este derecho no se vea afectado. Sin embargo, el gobierno no los ha utilizado adecuadamente. Se otorgaron \$250 millones para la compra de tabletas, software y adiestramientos para aproximadamente 325,000 estudiantes, maestros y directores¹⁰⁸, pero el proceso se demoró tanto, que había estudiantes que aun en noviembre de 2020¹⁰⁹, no tenían los medios para poder estudiar, cuando ya había pasado más de medio año de la pandemia. La Junta de Control Fiscal autorizó la transacción de 250 millones con datos provistos por el Departamento de Educación de Puerto Rico.¹¹⁰ Por lo que se realizaron propuestas para compras de equipos para los estudiantes que, hoy día, aun con los esfuerzos que ha hecho el gobierno las escuelas permanecen cerradas, con un plan de apertura creado, pero que no está atado a lo verdaderamente importante, la salud del pueblo. Entiendo que el estado debió gastar todos sus esfuerzos en un regreso a clases en el próximo mes de agosto de 2021, con mayores medidas, mayor preparación, donde informaran a la ciudadanía de la manera correcta.

No se debe contemplar un regreso a clases por mandato de ley, sino por convicción, que le asegure al gobierno que el regreso será efectuado de la manera más segura posible, en el cual se logre que los estudiantes no se vean afectados. A manera de ejemplo, si un estudiante no puede asistir a la escuela de manera presencial, cumpliendo aun así con el Protocolo efectuado por el gobierno en estos momentos, éste no tendría ni tan siquiera la oportunidad de que se les brinde una educación de manera remota. Sumándole esa carga, aun con un regreso a clases, las cantidades en el espacio de los salones serán limitadas porque así lo exigen los protocolos de seguridad para no exponerse al virus. La organización en este proceso debe ser el pilar de un posible regreso a clases que, a mi entender, nada de orden parece tener si se efectúa tan rápidamente como en el próximo mes de marzo del 2021. Esto implica muchos retos educativos, retos para los maestros, padres, pero sobre todo para los estudiantes, quienes muchos de ellos no entienden lo que sucede por su edad y que,

¹⁰⁸ Tatiana Díaz Ramos, “*Se otorgarán \$250 millones para la compra de tabletas, software y adiestramientos para aproximadamente 325,000 estudiantes, maestros y directores*”, (9 de abril de 2020), <https://periodismoinvestigativo.com/2020/04/chequeo-de-datos-se-otorgaran-250-millones-para-la-compra-de-tabletas-software-y-adiestramientos-para-aproximadamente-325000-estudiantes-maestros-y-directores/>.

¹⁰⁹ “De este monto que está disponible, se han entregado 220,815 a los estudiantes. Esto provoca que unos 55,598 alumnos aún no hayan recibido sus dispositivos.”. Frances Rosario, *Educación promete culminar la entrega de computadoras a los estudiantes a finales de este mes*, (19 de noviembre de 2020) <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/educacion-promete-culminar-la-entrega-de-computadoras-a-los-estudiantes-a-finales-de-este-mes/>

¹¹⁰ *Id.*

a causa de esta situación, ya están comenzando a tener preocupaciones que no les deben corresponder.

No empece a ello, hay personas que sí se han dedicado a dar recomendaciones de primera como es el caso de la *Puerto Rico Education Foundation* (en adelante, *PREF*). La *PREF* es una organización sin fines de lucro que se dedica a proveer recursos para el sistema educativo en el país mediante estrategias de innovación, fortalecimiento y transformación, nació con la necesidad de contribuir con la educación de Puerto Rico.¹¹¹ Su manifiesto va dirigido al empoderamiento de los niños, niñas y jóvenes en la educación:

Poner a los niños, familias y comunidades de Puerto Rico al frente de la educación.

- a. Los padres empoderados y comprometidos son clave
- b. La colaboración es fundamental para promover el cambio
- c. La verdad se encuentra en los datos y en la historia de cada alumno
- d. Escuchamos para entender
- e. Las acciones audaces necesitan gente valiente.¹¹²

Y sí, “las acciones audaces, necesitan gente valiente”,¹¹³ para ser un agente de cambio en la educación, e ir en contra de la corriente e imposiciones del Estado hay que tener visión y fuerza. La *PREF* ha evaluado los desafíos y oportunidades de la educación a través de las emergencias que ha enfrentado el país, la más reciente de estas el COVID-19. Las emergencias evaluadas fueron, el Huracán María, los terremotos de enero 2020 y la Pandemia COVID-19. Estas, presentaron retos en la infraestructura, accesibilidad y el currículo de enseñanza educativo. La fundación sin fines de lucro se planteó cuatro (4) controversias, las cuales son: (1) el cierre temprano del año académico; (2) ¿qué ocurrirá en el verano?; (3) ¿qué medidas se tomarán una vez reinicie la escuela? y (4) ¿qué retos digitales existen? El cierre temprano del año académico trajo consigo implicaciones atroces en la educación, una de ellas fue terminar el año académico y pasar a todos los estudiantes de grado, aun sin tener las destrezas necesarias. Ello, traerá en un futuro brechas educativas significativas de los estudiantes que se enfrentaron a esta situación. La *PREF*, evaluó que:

- a. Existe una diversidad de estados de progreso para escuelas que iniciaron en febrero, marzo y el estudiantado del sur que no pudo reiniciar el semestre.

¹¹¹ PUERTO RICO EDUCATION FOUNDATION, About Us, <https://predfoundation.org/en/home/>, (última visita, 20 de noviembre de 2020).

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

- b. Destrezas que no se pudieron impartir puede incidir en el progreso académico en el periodo de re-ajuste a la rutina escolar.
- c. El cierre actual y la estrategia de contingencia puede presentar un riesgo de calendario escolar, organización escolar y la logística de rendición de cuentas.¹¹⁴

Además, con los retos digitales se plantearon qué sucedería con la disponibilidad de servicios:

- a. Filtros de sistema para dar apertura a foros anteriormente bloqueados como “Youtube”, redes sociales con propósitos educativos, programas y plataformas instaladas en las computadoras como “ZOOM” o “Teams”
- b. El acceso a la red es limitado en ciertas escuelas por ubicación geográfica
- c. Adaptación del docente a las nuevas oportunidades de enseñanza que presenta el hallazgo de estas brechas y las estrategias de mitigación.¹¹⁵

Adicional a eso, pienso que una de las problemáticas con mayor brecha es que nos encontramos con padres, madres y tutores que desconocen el proceso educativo, tecnológico y de enseñanza. Y, sumando que la red de internet -o wifi- no es solo limitada en escuelas, sino que lo es en muchos hogares del país, no por cuestiones geográficas, sino por razones económicas. Puerto Rico, de manera abrupta, ha sufrido durante tres años de eventos inesperados y aplastantes, por lo que la economía se maneja bien en unos sectores más que en otros. Por esto y más, es que enfatizo la educación como principio, y no solo un valor social. El estado ha tratado de responder a esta problemática, siendo alguna de estas iniciativas: 1) la colocación de 180 escuelas con placas solares, (2) en proceso de equipar todas las escuelas con generadores eléctricos, (3) en proceso de equipar todas las escuelas con sistemas de agua potable, (4) tratamiento de techo para las escuelas, (5) revisión y *assessment* de columnas cortas (6) plan de reforzar la comunidad escolar en el área socio-emocional usando el modelo de Hawkins & Catalano¹¹⁶, (7) con módulos remediales,¹¹⁷ (8) la

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Carlos Vásquez González, *Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social*, ADOLESCENCIA ANTISOCIAL (12 de abril de 2015) <https://adolescenciaantisocial.blogspot.com/2015/04/prediccion-y-prevencion-de-la.html>.

¹¹⁷ Ivette Calderón Calo, *Módulos Remediales por materia y grado*, DOCUMENTOS NORMATIVOS DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN (14 de marzo de 2020), <http://profeicalderon.blogspot.com/2020/03/modulos-remediales.html>.

aplicación EDUPR,¹¹⁸ (9) foro interactivo para padres y estudiantes, (10) colaboración con 7 universidades de educación en línea para estudiantes de escuela superior, (11) acceso y capacitación para docentes, padres y estudiantes a programados de Microsoft y licencias profesionales y (12) en proceso de desarrollar programa para las escuelas crear análisis de riesgos y protocolos de emergencia para la continuidad de procesos en línea.¹¹⁹

De igual modo, el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades, o mejor conocido por sus siglas CDC, en los pasados días hizo actualización de las consideraciones para el funcionamiento de las escuelas. Establece que:

Las escuelas deberían determinar, en colaboración con los funcionarios de salud estatales y locales en la medida de lo posible, si se deben implementar estas consideraciones y cómo hacerlo mientras se adaptan para satisfacer las necesidades y circunstancias particulares de la comunidad local. La implementación debe estar guiada por lo que es posible, práctico, aceptable y necesario en cada comunidad. También resulta crucial crear estrategias que se puedan modificar y adaptar en función del nivel de transmisión viral en la escuela y en el resto de la comunidad, ya que es un factor que puede sufrir modificaciones rápidas. Se deben implementar estrategias en coordinación estrecha con las autoridades de salud pública estatales, locales o tribales, que contemplen las diferencias entre los distritos escolares, incluidos los distritos urbanos, suburbanos y rurales. El objetivo de estas consideraciones es complementar —**no reemplazar**— cualquier ley, norma o regulación de salud y seguridad federal, estatal, local, territorial o tribal a la que deban acogerse las escuelas.¹²⁰

Ello, no es una obligación para considerar por parte del CDC, sino recomendaciones que, de evaluarse y seguirlas, serían de gran beneficio ya que ayudan a ver la evaluación que tiene el mundo de la salud referente a la pandemia, quienes al final de cuentas son los que conocen de la materia viral del COVID-19 y, son los

¹¹⁸ EduPR es una aplicación que ofrece acceso gratuito a lecciones interactivas y recursos para los grados de Pre-K a 12 para matemáticas, ciencias, español, inglés e historia. Nuestro objetivo con EduPR es proporcionar acceso a materiales educativos de calidad para quienes sufren los recientes estragos de los terremotos en Puerto Rico. App Store, *EduPR*, APPS. APPLE <https://apps.apple.com/us/app/edupr/id1496962728?l=es>, (última visita, 27 de marzo de 2021) y Notiseís 360, Educación impulsa aplicación gratuita que ayudara en el proceso académico, WIPR, (3 de marzo de 2020) <https://wipr.pr/educacion-impulsa-aplicacion-gratuita-que-ayudara-en-el-proceso-academico/>.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ CDC, Funcionamiento de las escuelas, CDC (11 de febrero de 2021), <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/community/schools-childcare/schools.html>.

que de manera concreta conocen el daño que está causando el virus y el contagio de este. El CDC promueve: 1) Promover conductas que reduzcan la propagación del COVID-19, 2) Mantener entornos saludables, 3) Mantener un entorno saludable para las operaciones y 4) Prepararse para cuando alguien esté enfermo. Además, establecen que:

Abrir las escuelas para clases presenciales de la manera más segura y rápida posible, y mantenerlas abiertas, es importante dados los muchos beneficios conocidos y establecidos de la educación presencial. Para poder habilitar las clases presenciales y asistir a las escuelas con sus operaciones diarias, es importante adoptar e implementar de manera expeditiva medidas para desacelerar la propagación del virus que causa el COVID-19 dentro de la escuela y en la comunidad.

....

Para lograr el objetivo de reabrir las escuelas de la manera más segura y rápida posible para reanudar las clases presenciales, y ayudar a las escuelas a permanecer abiertas, es importante adoptar e implementar diligentemente medidas para desacelerar la propagación del COVID-19 dentro de la escuela y en la comunidad. Esto significa que los estudiantes, sus familias, maestros, personal de la escuela y los miembros de la comunidad en general adopten medidas para protegerse y proteger a otras personas en los lugares donde viven, trabajan, aprenden y juegan.¹²¹

También, menciona el CDC que el riesgo a contraer el virus aumenta cuando las clases virtuales pasan a ser híbridas y de híbridas se pasan a clases presenciales. Y a mi parecer, el gran aporte de lo publicado por el CDC recientemente es una estratificación en la que buscan que las personas vean los diferentes medios de propagación:

1. El riesgo más bajo:
 - i. Los estudiantes y maestros solo tienen clases, actividades y eventos virtuales.
2. Algún riesgo
 - a. Modelo de clases híbrido, en el que la mayoría de los estudiantes participan en clases virtuales y algunos estudiantes y maestros tienen clases presenciales, con:
 - i. Clases, actividades y eventos presenciales con grupos reducido
 - ii. Organización en cohortes u horarios alternados o escalonados, que se respetan rigurosamente
 - iii. No se mezclan los grupos de estudiantes y maestros de cada jornada escolar

¹²¹ *Id.*

- iv. Los estudiantes y maestros no comparten objetos
 - v. Los estudiantes, maestros y personal toman todas las medidas para protegerse y proteger a otras personas todo el tiempo. Esto incluye el uso correcto de mascarillas, el distanciamiento social y la higiene de manos
 - vi. Se programan tareas regulares y constantes (es decir, al menos una vez al día o entre usos) de limpieza de las superficies y áreas que se tocan con frecuencia
3. Riesgo medio:
- a. Modelo de clases híbrido en el que la mayoría de los estudiantes y maestros tienen clases presenciales y algunos estudiantes y maestros participan de las clases en forma virtual, con:
 - i. Clases, actividades y eventos presenciales con grupos más grandes
 - ii. Se implementan divisiones en cohortes y horarios alternados o escalonados, con ciertas excepciones
 - iii. Se mezclan algunos grupos de estudiantes y maestros de diferentes jornadas u horarios
 - iv. Los estudiantes y maestros comparten a niveles mínimos algunos objetos
 - v. Los estudiantes, maestros y personal toman todas las medidas para protegerse y proteger a otras personas, como el uso correcto de mascarillas, el distanciamiento social y la higiene de manos
 - vi. Se programan tareas regulares (es decir, al menos una vez al día o entre usos) de limpieza de las superficies y áreas que se tocan con frecuencia
4. Mayor riesgo:
- a. Las clases, actividades y eventos en las que participan los estudiantes y maestros son todas presenciales, y:
 - i. Se mezclan algunos grupos de estudiantes y maestros de diferentes jornadas u horarios
 - ii. Los estudiantes y maestros comparten algunos objetos
 - iii. Los estudiantes, maestros y personal toman algunas medidas para protegerse y proteger a otras personas, como el uso correcto de mascarillas, el distanciamiento social y la higiene de manos
 - iv. Organización irregular de las tareas de limpieza de áreas que se tocan con frecuencia
5. El riesgo más alto:
- a. Las clases, actividades y eventos en las que participan los estudiantes y maestros son todas presenciales, y:

- i. Los estudiantes se mezclan libremente entre clases y actividades
- ii. Los estudiantes y maestros comparten objetos sin restricciones
- iii. Los estudiantes, maestros y personal no toman medidas para protegerse y proteger a otras personas, como el uso correcto de mascarillas, el distanciamiento social y la higiene de manos

Organización irregular de las tareas de limpieza de áreas que se tocan con frecuencia.¹²²

La importancia está en preparar y planificar correctamente, para de esa manera poder continuar con las labores administrativas y, así como se lograron abrir los establecimientos, lograr abrir a su debido tiempo las escuelas, pero no por mero capricho, sino con conciencia, estudio y organización.

Por su parte, en Puerto Rico, el Gobierno sí tiene en consideración reabrir las escuelas en el mes de marzo de 2021. Por lo que se ha creado un “Protocolo para la Vigilancia de COVID-19 en el sector educativo de Puerto Rico en respuesta y preparación a la apertura de escuelas”, en adelante, el Protocolo,¹²³ con requisitos mínimos a cumplirse para poder llevar a cabo la reapertura de clases presenciales. En este proponen una guía sobre los procesos y exigencias que debe cumplir el personal administrativo, los maestros y los estudiantes en el regreso a clases. También, explica qué hacer previo a la apertura, estando en apertura o de tener que haber un cierre, el cual se decretará si en un salón de clases hubiese dos casos positivos o más de manera concurrente.¹²⁴ Cabe destacar que, sí me pareció alarmante cómo en el Protocolo se promueve la apertura de las escuelas y las medidas para llevar a cabo la misma. Sin embargo, en el momento de explicar —una de las cosas más importantes— las “pruebas de diagnóstico” se limitan a realizar una explicación de las mismas y, en cierto modo, a invitar a que la ciudadanía antes del regreso a clases se realice la prueba para detectar el virus, pero solo se exhorta, no es un requerimiento formal, lo cual sería lo ideal.

El gobierno cuenta con los llamados “COVIVEO”. Estos son realizados por el Sistema Municipal de Investigación de Casos y rastreo de Contactos en Puerto Rico,

¹²² *Id.*

¹²³ Departamento de Salud, *Protocolo para la Vigilancia de COVID-19 en el sector educativo de Puerto Rico en respuesta y preparación a la apertura de escuelas*, (19 de febrero de 2021), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Protocolo%20Escuelas%20PR%2020210219.pdf>.

¹²⁴ *Id.*, pág. 5

que es una respuesta del Departamento de Salud,¹²⁵ el mismo se debe utilizar como medio de rastrear contagios, requerir una prueba para cada persona que se disponga a regresar a clases presenciales, de esa manera se podrá controlar los posibles contagios y, a su vez, se aumentarán las posibilidades de lograr una mayor efectividad de las clases presenciales en pandemia. El Estado tiene los medios, pero no los ha utilizado de manera total y correcta, esto es una muestra de ello. El gobierno de Puerto Rico necesita, no solo forzar una reapertura de escuelas para que el actual gobierno *quede bien* ante los ojos del pueblo, el gobierno necesita no poner en riesgo la salud de las personas y utilizar los fondos que el gobierno federal ha enviado y utilizarlos en educación, para que el estado de emergencia que hay por la pandemia en el país pueda priorizar la educación y brindar este derecho tan fundamental sin que los menores se expongan exponencialmente al COVID-19.¹²⁶

Reconocemos que el COVID-19 y otras emergencias han presentado un reto para Puerto Rico y que el Departamento de Educación ha realizado respuestas ante la emergencia, pero a mi juicio no son suficientes para salvaguardar un derecho fundamental como lo es el derecho a la educación. Como anteriormente hemos mencionado y hacemos énfasis en ello, el derecho a la educación es uno de rango constitucional, investido además del derecho a la dignidad, lo que promueve que la educación no simplemente sea un valor social, sino que sea un principio rector del derecho en el Estado que la promueve como garantía constitucional.

VI. CONCLUSIÓN

Como estudiante graduada vivo en constante frustración por las acciones del país. Vivo frustrada de que la niña menor de nuestra familia, con solo ocho (8) años, me diga que tiene mucho estrés y ansiedad y que no ve la hora de volver a la escuela, pero por más que queramos hacer su “sueño” realidad no es posible. No es posible en un gobierno donde reina de manera constante la incertidumbre y que nunca hay nada concreto ni con un protocolo. Donde todos los días cambian las fichas del juego y, parece que el peón, le puede ganar a la reina, porque las instrucciones siempre quedan en el aire, en el vacío. Donde los derechos no son respetados a cabalidad y las personas quedan a la retribución de quienes están en el poder.

Los derechos de los menores deben ser más luchados y respetados por las personas. Debemos luchar por los menores hasta que la lucha se gane, aun cuando se crea perdida. La pandemia es el momento justo para formar y construir la educación del

¹²⁵ Departamento de Salud, *Sistema Municipal de Investigación de Casos y Rastreo de Contactos* https://static1.squarespace.com/static/5e7951d6b1254958b105556a/t/603549915fb8bd092a559779/1614104977894/20200831_DirectorioSMICRC.pdf (última visita, 23 de febrero de 2021).

¹²⁶ Desde el 15 de marzo de 2020.

futuro, una educación digna, capaz, estructurada. El derecho a la educación es uno de los derechos más vulnerables e importantes que, a mi opinión, existe. Recordar a tú maestro del kínder con amor no tiene precio, pero más aún recordar cuál fue el maestro por el que decidiste ser lo que eres hoy día, por el que entendiste que no hay batallas que se puedan perder, por ese maestro que te impulsó cuando nadie creyó en ti, de ese que aun recuerdas su voz, su olor, la manera en la que te hacía sentir, por esa educación impartida por seres humanos que cambian nuestra vida; porque el derecho que nos abre todas las libertades, nos da los mejores momentos de desarrollo humano.

Puerto Rico tiene que dar más, como estado de derecho y como ente fiscalizador. Es de suma importancia garantizar los derechos constitucionales a los seres humanos, en especial a los menores. Es por ellos, por los que sin darnos cuenta, nos levantamos para forjar un presente mejor y poder dejarle un futuro digno; un Puerto Rico completo. Durante este trabajo recordé de dónde vengo, de una educación pública donde maestros hacían “de tripas corazones”, pero que gracias a eso me llevaron a estar donde estoy.

En vista de lo antes dicho, antes de concluir me gustaría resaltar la labor de los maestros, directores y todo el bagaje administrativo de educación quienes trabajan para poder impartir el plan de enseñanza. Quiero agradecer encarecidamente a los niños, niñas y adolescentes del país por ser parte de la historia, por ser héroes y decidir dar la milla extra, por no abandonar y persistir. Agradezco a esa niña de 8 años, que pude ser yo alguna vez, que decide día a día levantarse y estudiar porque tiene un maestro o maestra que cambió su vida, porque tiene compañeros que la animan a seguir. A ustedes estudiantes ¡gracias! porque si hay héroes en esta pandemia, ustedes están en la lista.

¿Qué nos depara? Con mucho dolor y casi resignada, mi respuesta es un: “no sé”. Pero me resta la esperanza de que hay personas en lucha y que cada día con una sonrisa en el rostro se levantan a dar la batalla para poder dar una educación de calidad.

¿QUIÉN PRÁCTICA LA MEDICINA EN PUERTO RICO, LAS ASEGURADORAS O LOS MÉDICOS?

POR: STEVEN POLO TORRES RIVERA*

RESUMEN

Durante muchos años, se han escuchado en los medios de comunicación y en la comunidad en general múltiples reclamos por parte de pacientes, médicos y diferentes proveedores de salud sobre el abuso que tienen las compañías de seguros médicos en su contra. Este artículo tiene el propósito de analizar el Sistema de Salud en Puerto Rico con un enfoque dirigido a las funciones y el alcance de las aseguradoras de planes médicos cuando estas intervienen en la práctica de la medicina. Como base, es necesario entender de dónde y cómo surgen las relaciones de las aseguradoras privadas con el Gobierno a partir de la Reforma de Salud de 1993. Las aseguradoras operan bajo un modelo de cuidado dirigido, a través de costosos contratos con la Administración de Seguros de Salud, donde subcontratan grupos médicos primarios y otros proveedores de salud para ofrecer los servicios esenciales a los pacientes beneficiarios. Pero existe un problema; a saber, las aseguradoras deciden qué tratamiento médico o medicamento recibirá el paciente, interponiendo su criterio sobre el de los médicos y otros proveedores de servicios de salud. Las aseguradoras están practicando la medicina a través de una cláusula contractual que les permite hacer examen de la preautorización de tratamientos o medicamentos a través de ciertas guías clínicas. Esta intervención indebida por parte de las aseguradoras puede inducir al proveedor de servicios médicos, a incurrir en mala práctica profesional y luego, enfrentarse a una acción de daños y perjuicios. La Ley Núm. 47-2017 permite que el demandante que sufrió un daño, por un error en el diagnóstico, tratamiento o medicamento, incluya como demandadas a las aseguradoras que intervinieron en dicho proceso.

* Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y miembro del cuerpo de redactores de la Revista de Estudios Críticos del Derecho. Posee un Bachillerato en Artes con concentración en Ciencia Política con énfasis en Derecho y Política Pública y un Bachillerato en Artes con concentración en Artes Plásticas con énfasis en Fotografía de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Quiero agradecer a mi padre Hipólito Torres Rivera por ser mi mentor en este camino.

El propósito principal del autor de este artículo es enfatizarse en solo uno de los problemas que ocasionan las aseguradoras: el sustituir el criterio profesional de los proveedores de servicios de salud por el suyo.

Palabras claves: *Sistema de Salud, aseguradoras, planes médicos, médicos, pacientes, preautorización, medicamentos, tratamientos, daños y perjuicios*

ABSTRACT

For many years, we have been hearing in the public media and in the general community multiple complaints by patients, physicians and other health care providers about the abuse the Health Care Insurance Companies has against them. This article has the purpose to analyze the Puerto Rico Health Care System focusing in the functions and scope of the health care insurance companies when they intervene in the practice of medicine. As base, it is necessary to understand from where and how arise the relationship between the private insurance companies and the Government since the Health Reform of 1993. The insurance companies operate under a managed care system by means of high cost contracts with the Health Care Administration, where they sub-contract physician groups and other health care providers to render primary medical services to beneficiary patients. But there is a problem; to wit, the insurance companies decide which medical treatment or drug shall receive the patient based in its own criteria and not in the physician one. The insurance companies are practicing medicine based on a contract clause that allows them to review the preauthorization for medical treatment or drugs through certain clinical guides. This undue practice of the insurance companies may induce medical providers to incur professional malpractice and exposing them to a torts civil action. Act 47-2017 allows that a claimant that suffered damages, due to an error in the diagnosis, treatment or drugs, to include as a defendant the insurance company that intervene in such process.

The principal purpose of the author of this article is to emphasize in one of the problems that cause the insurance companies; which is, the substitution of the professional criteria of health medical providers by their own criteria.

Keywords: *Health Care System, Health Care Insurance Companies, health plan, physicians, patients, preauthorization, drugs, treatment, torts*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE TRASFONDO HISTÓRICO SOBRE LA REFORMA DEL '93. III. EL SISTEMA DE SALUD DE PUERTO RICO VIGENTE; III. A. La Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico; III. B. El Comisionado de Seguros y el Código de Seguros de Salud; III. C. La Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente y la Oficina del Procurador del Paciente. IV. EL MODELO DE CUIDADO DIRIGIDO ES LEY EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE ASES, LAS ASEGURADORAS Y LOS GRUPOS MÉDICOS. V. DERECHOS DE LOS BENEFICIARIOS DE PLANES DE SEGUROS DE SALUD. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

“[L]a salud es un asunto de naturaleza ética, de justicia social y de derechos humanos sobre el ánimo de lucro. Por tanto, en caso de necesitar interpretar las disposiciones de esta Ley o surgir algún conflicto entre lo establecido en este Código de Seguros de Salud y cualquier otra legislación, la interpretación que prevalecerá será aquella que resulte más favorable para el paciente.”¹

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure su salud, asistencia médica y asimismo derecho a un seguro por enfermedad según la Declaración Universal de los Derechos Humanos.² La salud de cada persona debe ser un fin primordial del Estado para con sus ciudadanos, con un sistema que responda y procure por los derechos de los pacientes sobre los intereses económicos de las grandes corporaciones de seguros médicos y todo su andamiaje capitalista. En Puerto Rico, han surgido varios cambios contundentes al Sistema de Salud, en los cuales se ha procurado que sea más accesible, seguro y de calidad, y así los pacientes puedan confiar su vida en las manos de los proveedores de servicios médicos. Estos cambios, que buscaron procurar la salud del paciente, suenan muy idóneos e ilusorios, pero la realidad puertorriqueña es otra, ya que el andamiaje, el ánimo de lucro y la corrupción política se han interpuesto ante los principios políticos de los legisladores a favor de los derechos de los pacientes.

La aprobación del Plan de Reforma del 1993 y de leyes posteriores, creadas durante las siguientes décadas, como secuela de la nueva reestructuración del Sistema, afectan la vida de alrededor de 3.1 millones de puertorriqueños³. A causa de la incompetencia del Gobierno de Puerto Rico y su palpable corrupción⁴, nos encontramos en la actualidad ante una crisis fiscal que ha sobrepasado una década, la cual afecta la vida de los puertorriqueños en todos sus aspectos. Como consecuencia a la epidemia de corrupción que nos hemos afrontado y por las decisiones negligentes de los que administran y legislan el país, el Sistema de Salud y sus ramificaciones no ha quedado exento de verse afectado por una deuda billonaria⁵, que debilita uno

¹ Artículo 2.20.- Declaración de Política Pública, Ley Núm. 5-2014, 26 LPRA § 9002.

² Artículo 25, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

³ Estimado de la población en el 1 de julio de 2019, UNITED STATES CENSUS BUREAU, <https://www.census.gov/quickfacts/PR> (última visita 27 de febrero de 2020)

⁴ Para ejemplo de corrupción en el Sistema, véase Laura M. Quintero, “*La corrupción es un cáncer y tenemos que atacar eso*”, EL VOCERO (22 de diciembre de 2016), https://www.elvocero.com/actualidad/la-corrupci-n-es-un-c-ncer-y-tenemos-que-atacar-eso/article_fc412f4c-60ab-5927-93e3-faac7fc60178.html.

⁵ BBC Mundo, *4 claves para entender la histórica quiebra de Puerto Rico (y qué papel juega EE. UU.)*, BBC (4 de mayo de 2017), <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39800264>.

de los sistemas más importantes de nuestro país. No cabe duda de que esto ha tenido efectos perniciosos —directos e indirectos— sobre la práctica de la medicina, la administración de los hospitales, las compañías de seguro y lo más importante, la salud de los pacientes.

Es de conocimiento general que el Sistema de Salud, administrado por el Departamento de Salud y la Administración de Seguros de Salud, se ha desviado de sus principios cardinales. Un ejemplo de estos principios es buscar el mejor bienestar de la salud del paciente, para poder ofrecerle servicios de alta calidad y un mayor acceso a los mejores médicos y tratamientos sujetos a un plan médico. Lamentablemente, este principio se ha supeditado a los grandes intereses económicos de las corporaciones que ofrecen servicios de seguridad médica e indirectamente administran y controlan la salud del país. Esto creó que los seguros médicos públicos que el Estado brinda a sus ciudadanos sean ineficientes y deficientes. El gobierno creó una grande desconfianza y acarrió a los puertorriqueños a optar por seguros médicos privados sobre el Plan de Salud del Gobierno, conocido hoy como Plan Vital, a pesar de que muchos ciudadanos no tienen los recursos económicos necesarios para sufragar un seguro más costoso.

Por medio de leyes y medidas regulatorias, las compañías de seguros privados han adquirido considerable poder y han controlado e influenciado el Sistema de Salud para lucrarse económicamente a costa de los pacientes y los proveedores de servicios de salud. Es tan descomunal su dominio que se ha creado una confusión en la práctica de la medicina, en la cual se ocultan detrás de sus contratos, y ejercen la medicina por medio de guías clínicas que superponen los criterios médicos y los facultados para ejercerla. Es práctica reconocida, dentro del campo de salud y los servicios médicos, que las aseguradoras manejan, controlan y determinan cuáles son los medicamentos, tratamientos o servicios por recibir los pacientes acordes a las necesidades médicas de cada uno. Estas actuaciones de las aseguradoras pueden llevar a los médicos y hospitales a incurrir en mala práctica profesional, por no seguir las normas mínimas de atención médica que le exige la medicina, la ética profesional y el ordenamiento jurídico.

Los médicos están sujetos a la preautorización de las aseguradoras para poder ofrecer el tratamiento que requiere la necesidad médica de cada paciente. Si la aseguradora no aprueba el tratamiento, por diferentes razones, el médico tendrá que brindar el tratamiento que estos aprueben, a pesar de no ser el más efectivo para el paciente, sopesando así la salud y vida del paciente en una balanza económica. El tratamiento aprobado por la aseguradora de salud y brindado por el médico puede no ser el que exige la necesidad médica del paciente, desviándose así de las guías clínicas y normas médicas que exige la medicina. Como resultado, el paciente, mediante preponderancia de la prueba, podrá radicar una causa de acción por daños y perjuicios bajo el Artículo 1802 del Código Civil⁶, contra el médico y/o hospital y

⁶ Cód. Civ. PR art. 1802, 31 LPRA § 5141 (2018).

probar que hubo un desvío de la norma mínima de conocimiento y cuidado en el diagnóstico y tratamiento brindado.

Es necesario evaluar y analizar cuáles son las verdaderas intenciones de las aseguradoras de planes médicos. Si ciertamente las aseguradoras tienen un interés legítimo de ofrecer y proveer los servicios y beneficios médicos para garantizar el bienestar y la salud del paciente beneficiario del plan médico o tienen un interés meramente lucrativo para amplificar sus cuentas de banco a costa de la vida de los pacientes. Además, examinar si objetivamente ellos se dedican exclusivamente a ejercer sus funciones como la administración de los seguros de salud o si extienden sus limitaciones como un tentáculo de un pulpo hasta infiltrarse en diferentes rincones fuera de la administración del sistema para indirectamente controlarlos. Reiteradamente, los galenos practicantes de la medicina en Puerto Rico se quejan sobre la intervención indebida que tiene la aseguradora en su práctica. Las aseguradoras no son médicos y no estudiaron medicina, por lo tanto, no deben de ninguna forma deducir que tiene la potestad de decidir cuál es el médico, tratamiento y diagnóstico que requiere la necesidad médica del paciente beneficiario de su plan médico.

Anterior al 2017, el ordenamiento jurídico no permitía que las compañías de seguros médicos fueran emplazadas como codemandadas en las acciones de daños y perjuicios de impericia médica, relacionadas al error en el diagnóstico y/o el tratamiento, a pesar de que estas intervienen y aprueben los mismos como si fueran los autorizados en ley a ejercer la profesión médica. No es hasta el mes de julio del 2017, mediante acción legislativa, que el paciente puede radicar una causa de acción bajo el artículo 1802⁷ contra las aseguradoras de planes de salud por la intervención indebida en el diagnóstico y/o el tratamiento del paciente beneficiario por desviarse de los criterios y normas médicas.

La intención de este artículo es brindar un análisis crítico sobre la magnitud contractual, las potestades y las limitaciones de las compañías de seguros médicos en la jurisdicción de Puerto Rico. Para hacerlo, es importante discutir un trasfondo histórico sobre la Reforma de Salud del 1993 y el Sistema de Salud en Puerto Rico posterior a dicha Reforma, para entender cómo el Sistema ha evolucionado y así enfrentar las controversias que se anteponen en la contemporaneidad. Además, es necesario conocer el modelo político, legal y contractual de las aseguradoras de planes médicos con las agencias administrativas que las regulan, con los médicos y con los pacientes. Por último, examinar qué derechos tienen los pacientes beneficiarios, incluyendo las causas de acción que pueden tener contra los médicos, los hospitales y las aseguradoras por desviarse de las normas de la medicina e incurrir en acciones u omisiones negligentes.

⁷ Cód. Civ. PR art. 1802, 31 LPRA § 5141 (2018).

II. BREVE TRASFONDO HISTÓRICO SOBRE LA REFORMA DEL '93

La Reforma de Salud del 1993 (en adelante, Reforma) transformó el Sistema de Salud creando una burbuja de expectativas que con el paso del tiempo explotó para encontrarse con una realidad muy distinta a la añorada. Antes del establecimiento del nuevo cambio estructural, el Sistema de Salud era uno dual y desigual: por un lado, un sistema privado y por el otro, un sistema público; ambos sujetos a la regionalización de los servicios de salud.⁸ El Departamento de Salud (en adelante, “Dep-to. Salud”) estaba dirigido principalmente a atender las necesidades de los médicos-indigentes, mientras que el sistema privado era accedido por las personas pudientes que podían costear seguros y servicios médicos. Para ese entonces, la calidad de los servicios de salud dependía preponderantemente de la capacidad económica de las personas.⁹ Mientras el sector privado aumentaba la calidad y eficiencia de sus servicios, el sector público comenzó a ser ineficiente, a deteriorarse y ser un gran costo para el Gobierno, debido a la mala administración de los recursos fiscales, al crear una brecha más extensa entre ambos sectores.¹⁰ En la década de 1980, no logrando cumplir con los objetivos y la política pública del Depto. Salud, se comenzó la privatización de servicios de salud públicos por medio de contratos¹¹ para que entidades privadas administraran los hospitales públicos.¹²

Antes de la Reforma, “[e]l gobierno brindaba atención a alrededor de un 35% de la población mediante el servicio público, mientras que el restante 65% pagaba por los servicios privados, sea de forma directa o mediante planes médicos prepagados”.¹³ En 1993, el Gobernador Pedro Rosselló González introdujo el Plan de la Reforma o el Plan de Salud del Gobierno de Puerto Rico con el propósito de eliminar el sistema dual y crear la *Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico*,

⁸ Organización Panamericana de la Salud, *Perfil de los Sistemas de Salud de Puerto Rico*, PAHO (enero 2007), https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Perfil_Sistema_Salud-Puerto_Rico_2007.pdf.

⁹ Ley de la administración de seguros de salud de puerto rico, Ley Núm. 72-1993, según enmendada, 24 LPRA § 7001.

¹⁰ *Id.* § 7001.

¹¹ Marangely González González, *El plan de salud del gobierno de Puerto Rico: entre la política anti fraude del gobierno federal y los reglamentos que han puesto en jaque la salud de los beneficiarios de la Reforma*, 49 REV. D.P 97, 99 (2009). (citando a Perfil de los Sistemas de Salud en Puerto Rico, Organización Panamericana de la Salud Washington, D.C: Biblioteca Sede OPS, 2007, en la pág. 39).

¹² Mario Puchi-Acuña & Carlos Rodríguez, *Modelos de Privatización de Servicios y Administración de Salud Pública: La Reforma de Salud en Puerto Rico y la Administración de Centros Primarios de Salud*, SIMPOSIO DE LA GLOBALIZACIÓN DE MERCADOS Y EL ROL ADMINISTRADOR EN EL SIGLO XXI, 1 de septiembre de 1996, en la pág. 62.

¹³ *Id.* en la pág. 63.

para que gestione, negocie y contrate con aseguradoras y proveedores de servicios de salud, para proveer a sus beneficiarios, particularmente los médico-indigentes, servicios médico-hospitalarios de calidad.¹⁴ Esta ley transformó el Sistema de Salud para que el Estado fuera el proveedor de los servicios de salud pública a través de la contratación con planes privados¹⁵ con el propósito de garantizarle el acceso a los servicios de calidad a la población médico-indigente. Se esperaba que, mediante la Reforma, se lograra eliminar los problemas de inequidad y justicia que presentaba el Sistema de Salud con el modelo anterior, logrando los fines con la privatización de los entes públicos y beneficiando al sector privado con grandes contratos.

Parar lograr su implantación, la Reforma tenía como metas: (1) eliminar la desigualdad en el cuidado médico; (2) garantizar el acceso a servicios de salud; (3) aumentar la calidad de servicios; y (4) aumentar la eficiencia y efectividad mediante mecanismos competitivos.¹⁶ Con el nuevo Sistema de Salud, las compañías privadas de salud comenzaron a lucrarse con los contratos y poco a poco fueron aumentando los beneficiarios de las aseguradoras privadas mientras disminuían los servicios de los centros de salud públicos. En palabras sencillas, el Estado ha pasado de ser un proveedor de servicios de salud a ser un comprador o asegurador de los mismos¹⁷, para abrirle la puerta a las compañías privadas a controlar el Sistema de Salud mediante contratos.

III. EL SISTEMA DE SALUD DE PUERTO RICO VIGENTE

A. La Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico

El Depto. Salud es la agencia administrativa del Estado que regula la política pública de la salud mediante la aplicación de normas y reglamentos. Dentro de sus poderes delegados, el Secretario de Salud podrá establecer, reorganizar, consolidar o suprimir, aquellas divisiones, negociados servicios y oficinas para la mejor marcha del Depto. Salud.¹⁸ Por tal razón, en 1993, junto al exgobernador Pedro Rosselló González, se estableció la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico (en adelante, “ASES o Administración”) por medio de la Ley Núm. 72 del 1993.¹⁹ ASES

¹⁴ 24 LPRA § 7001.

¹⁵ González González, *supra* nota 11, en la pág. 99.

¹⁶ Organización Panamericana de la Salud, *Perfil de los Sistemas de Salud de Puerto Rico*, PAHO (enero 2007), https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Perfil_Sistema_Salud-Puerto_Rico_2007.pdf.

¹⁷ Puchi-Acuña & Rodríguez, *supra* nota 12, en la pág. 63.

¹⁸ Ley orgánica del Departamento de Salud, Ley Núm. 81 de 14 de marzo de 1912, según enmendada, 3 L.P.R.A. § 173.

¹⁹ Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 72-1993, según enmendada, 24 LPRA § 7001.

funciona como una corporación pública e instrumentalidad del Estado Libre Asociado separada de cualquier otra agencia.²⁰

La Administración está a cargo de gestionar planes de salud para una o más áreas geográficas, en la cual utiliza como criterio la participación de un número mínimo de aseguradoras de salud que tengan contratos con ASES. Entre los poderes y funciones que tienen la Junta de Directores de ASES se encuentran: (1) “implantar planes de servicios médico-hospitalarios basados en seguros de salud”; (2) “negociar y contratar con aseguradores públicos y privados, y organizaciones de servicios de salud, cubiertas de seguros médicos-hospitalarios”; y (3) “negociar y contratar directamente con proveedores de servicios de salud aquellos servicios de salud que la Administración estime conveniente, considerando la capacidad y estructura de estas”.²¹ Para determinar la región geográfica, se estudian las condiciones necesarias para asegurar el acceso a servicios de salud dentro de un marco costo efectivo.²² Una vez establecido el sistema de regionalización por el Depto. Salud y la Administración, se prestarán los servicios de salud por la red de proveedores participantes²³ a los residentes del área.²⁴ Estos podrán ser beneficiarios del Plan de Salud del Gobierno (en adelante, “PSG”) cuando cumplan con los requisitos que exija la ley.²⁵

La Administración “contratará seguros de salud para el área o áreas establecidas con uno o más aseguradores y/o organizaciones de servicios de salud que estén autorizados a hacer negocios de seguros de salud en Puerto Rico...”.²⁶ El asegurador es “la entidad con la cual la Administración delega por razón de vínculo contractual la adjudicación de la procesabilidad del pago por servicios en aquellos contratos entre la Administración y proveedores participantes”.²⁷ Ahora el Estado es el proveedor de los servicios de salud a través de las aseguradoras privadas contratadas. Prácticamente, el Sistema de Salud paso a ser de ser público a uno casi completamente privado.

El PSG ofrecerá una cubierta²⁸ amplia con un mínimo de exclusiones, al ofrecer a los beneficiarios tres diferentes cubiertas (Cubierta A, Cubierta B y Cubierta C),

²⁰ *Id.* § 7003.

²¹ *Id.* § 7004 (a)-(c).

²² *Id.* § 7025.

²³ *Id.* § 7002 (dd). (El proveedor participante es “aquel proveedor de servicios de salud contratado por los aseguradores o por la Administración para ofrecer servicios de salud a la población representada por la Administración”).

²⁴ *Id.* § 7034.

²⁵ *Id.* § 7029.

²⁶ *Id.* § 7026.

²⁷ *Id.* § 7002 (e).

²⁸ Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 72-1993, según enmendada, 24 LPRSA § 7002 (j) (Una cubierta de beneficio de salud es “todos los beneficios incluidos en un plan de salud para los beneficiarios”).

y estas serán brindadas por las aseguradoras contratadas o proveedores de salud participantes.²⁹ Mediante reglamentación, la Administración establecerá distintos modelos de prestación de servicios para ofrecer los planes de salud. Los modelos, aunque sean distintos, tendrán que tener en común varios elementos: (1) “[e]l cuidado primario estará fortalecido con grupos de médicos primarios y por proveedores primarios³⁰”; (2) “[e]l cuidado de la sala de emergencia será de alta prioridad...”; (3) “tendrán medidas estrictas de control de utilización”; y (4) “[l]os aseguradores y/u organizaciones de servicios de salud incluirán en su modelo la utilización de todas las facilidades del Estado contratadas con el sector privado en la región”³¹, entre otras.

La Ley de ASES, en las secciones 16 y 17 de su artículo VI, enumera los derechos y obligaciones que tienen los proveedores de servicios de salud. Sobre los derechos que tienen los proveedores dispone “que le sean pagadas las reclamaciones a tenor con los términos del contrato con el asegurador” y tienen derecho a “apelar cualquier determinación final del asegurador ante la Administración”.³² Los proveedores se obligan a lo siguiente:

- (1) ofrecer servicios de óptima calidad, cuando son necesarios y sin dilación; (2) brindar los servicios que sean necesarios para el cuidado de la salud de los beneficiarios; (3) no discriminar contra los beneficiarios de sus demás pacientes; (4) notificar al asegurador los problemas que puedan confrontar en ofrecer servicios a los beneficiarios; y (5) notificar al asegurador o a la Administración de cualquier sustitución que constituya abuso, mal uso o fraude de parte de los beneficiarios.³³

B. El Comisionado de Seguros y el Código de Seguros de Salud

El Capítulo 2 del *Código de Seguros de Puerto Rico*, Ley Núm. 77 del 19 de junio de 1957, según enmendada, crea el cargo de Comisionado de Seguros de Estado Libre Asociado (en adelante, “Com. Seg. PR”).³⁴ Algunas de las múltiples facultades que le competen al Com. Seg. PR son: (1) desempeñar sus deberes y hacer cumplir con las disposiciones del Código de Seguros; (2) velar la administración

²⁹ *Id.* § 7032.

³⁰ *Id.* § 7002 (ee). (Los proveedores primarios “consisten en proveedores participantes que sean laboratorios clínicos, facilidades de radiología, farmacias y hospitales, sin incluir salas de emergencia”).

³¹ *Id.* § 7033.

³² *Id.* § 7036d.

³³ *Id.* § 7036e.

³⁴ CÓD. SEG. PR, 26 LPRA § 233 (2011).

de la política pública para que responda a los más elevados criterios de excelencia y eficiencia; y (3) proteger el interés público respondiendo a las necesidades de los tiempos y a los cambios que ocurran en la industria de los seguros.³⁵

Además, “el Comisionado podrá interponer remedios, acciones o procedimientos legales que fueran necesarios o convenientes para hacer efectivos los propósitos del Código de Seguros...”.³⁶ Por lo que, todas las compañías aseguradoras que puedan ejercer bajo las leyes de Puerto Rico están sujetas a las normas y regulaciones del Código de Seguro, junto con las que el Com. Seg. PR encuentre que son necesarias implementar para cumplir con la política pública.³⁷

Debido a un reducido grupo de capítulos relacionados a los seguros de salud en el Código de Seguros y un crecimiento sin precedente en los años posteriores a la Reforma, la Asamblea Legislativa decide actualizar el marco regulatorio de esta actividad mediante la Ley Núm. 194-2011, conocida como el *Código de Seguros de Salud de Puerto Rico* (en adelante, “Código”), para hacer más efectiva la fiscalización a nivel local.³⁸ El Com. Seg. PR tendrá los poderes, facultades y deberes que se proveen en este Código como las establecidas en el Código de Seguros.³⁹ Este nuevo Código regula las siguientes áreas de gran relevancia en la industria de los seguros de salud: la protección del consumidor, la regulación de planes médicos grupales e individuales, las organizaciones de servicios de salud, los sistemas de prestación de servicios, los procedimientos de querrelas de las organizaciones de seguros de salud o aseguradores, el manejo de los medicamentos de receta, la prohibición de prácticas injustas por parte de las organizaciones de seguros de salud o aseguradoras, entre otras cosas.⁴⁰

El propósito del Estado al crear el Código separado a su predecesor es para garantizar una regulación y reglamentación más efectiva en la industria de los seguros de salud y crear un cuerpo legal que recoja de forma uniforme las normas legales aplicables a la industria de seguros.⁴¹ Cabe constar que este cuerpo de normas legislativas nace a consecuencia de la implementación de la Reforma y de la inmensa influencia que tienen las aseguradoras, y con el propósito de controlar y frenar el abuso de estas compañías de seguros. La nueva política pública del Estado es “... lograr que todos los puertorriqueños tengan acceso a más y mejores servicios de salud y promover un mayor crecimiento y desarrollo de esta industria”.⁴² El tiempo

³⁵ *Id.* § 235 (2).

³⁶ *Id.* § 235 (3).

³⁷ *Id.* § 106.

³⁸ Exposición de motivos, Cód. SEG. SALUD PR, Ley Núm. 194-2011, según enmendada, 26 LPRA § 9001.

³⁹ *Id.* § 9006.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* § 9002.

⁴² *Id.*

ha puesto en duda si el Estado ha adjudicado correctamente su política pública o ha permitido que las aseguradoras continúen su dominio en el Sistema de Salud, permitiéndole que sigan adquiriendo poder y afectando la vida de todos los usuarios y beneficiarios del sistema.

C. La Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente y la Oficina del Procurador del Paciente

“La inviolabilidad de la dignidad del ser humano” es uno de los derechos constitucionales más fundamentales que tenemos como puertorriqueños.⁴³ A base de ello, la Asamblea Legislativa estableció la *Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente*⁴⁴ (en adelante, “Carta de Derechos”), para cumplir con uno de los objetivos del Gobierno de Puerto Rico: “lograr que todos los ciudadanos tengan acceso adecuado a servicios y facilidades de salud médico-hospitalarias de calidad, de acuerdo con sus necesidades e irrespectivamente de su condición socioeconómica y capacidad de pago”.⁴⁵ La Carta de Derechos procura que el paciente que utiliza los servicios de salud se encuentre informado sobre sus derechos, para que pueda tomar sus decisiones conscientemente y, a la misma vez, conozca sus responsabilidades como usuario de servicios de salud. Sobre estos servicios, la Carta de Derechos será aplicable “a todas las facilidades y servicios de salud médico-hospitalarios, profesionales de la salud y aseguradores y planes de cuidado de salud en toda la jurisdicción de Puerto Rico”.⁴⁶ Además, se prohíbe que todas las facilidades o servicios discriminen contra el paciente.⁴⁷

Adicional a los derechos constitucionales de un paciente reconocidos mediante leyes o jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁸, la Carta de Derechos enumera gradualmente en sus artículos los siguientes derechos: (1) derecho a una alta calidad de servicios de salud;⁴⁹ (2) derechos en cuanto a la selección de planes y provee-

⁴³ CONST. PR art. II, § 1

⁴⁴ Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente, Ley Núm. 194-2000, según enmendada, 3 LPRA § 3041.

⁴⁵ *Id.* Exposición de motivos.

⁴⁶ *Id.* § 3041.

⁴⁷ *Id.* (El discrimen esta prohibido bajo los siguientes criterios: “raza, color, sexo, edad, religión, origen o identificación étnica o nacional, ideología política, incapacidad física o mental presente o futura, información médica o genética, condición social, orientación sexual o capacidad o forma de pago del usuario o consumidor de dichos servicios y facilidades”).

⁴⁸ Véase *Lozada Tirado v. Testigos de Jehová*, 177 DPR 893 (2010) (para el derecho constitucional del consentimiento informado y autodeterminación corporal).

⁴⁹ Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente, Ley Núm. 194-2000, según enmendada, 3 LPRA § 3041.

⁵⁰ *Id.* § 3044.

dores;⁵⁰ (3) derechos en cuanto a la participación en la toma de decisiones sobre tratamiento;⁵¹ (4) derechos en cuanto a respeto y trato igual;⁵² y (5) derechos en cuanto a quejas y agravios⁵³; entre otros⁵⁴. Por otro lado, el artículo 13 de la Carta de Derechos le exige al paciente a cumplir de forma adecuada con las responsabilidades que tienen con los servicios y facilidades de la salud médico hospitalarias.⁵⁵ Algunas de las responsabilidades que les obliga a los pacientes a cumplir son las siguientes: (1) “informar a su profesional de la salud si anticipan problemas en el tratamiento prescrito”; (2) “participar en toda decisión relacionada a su cuidado”; (3) “utilizar los mecanismos y procedimientos internos establecidos por el proveedor de cuidado de salud o el plan de salud para resolver sus diferencias”; y (4) “informarse en relación a su plan de salud en cuanto a tipo de cubierta, opciones, beneficios, límites, exclusiones, referidos, y procedimientos de radicación, revisión y solución de querellas”.⁵⁶

La Oficina del Procurador del Paciente (en adelante, “OPP”) es la encargada de garantizar el cumplimiento de la Carta de Derechos.⁵⁷ A través de la Ley Núm. 77-2013, crearon la OPP para que exista un enfoque especializado, directo y concentrado a todos los asuntos relacionados con los derechos de los pacientes, que visitan los diferentes centros e instituciones especializadas en proveer servicios de salud. El Procurador del Paciente (en adelante, “Procurador”) tiene que asegurar que al paciente, sea suscriptor o no del PSG, se le garantice, facilite y ofrezca la accesibilidad a un servicio médico de calidad acorde a sus necesidades.⁵⁸ Es responsabilidad del Procurador atender todas las querellas de los pacientes que hacen sobre los médicos, hospitales y/o aseguradoras de planes médicos, como también interponer cualquier recurso o remedio legal por y en representación de las personas beneficiarias del Sistema de Salud contra cualquier agencia o entidad privada.⁵⁹

⁵¹ *Id.* § 3047.

⁵² *Id.* § 3048.

⁵³ *Id.* § 3050.

⁵⁴ *Id.* § 3043-3049.

⁵⁵ *Id.* § 3051.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Exposición de Motivos, Ley del procurador del paciente del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 77-2013, según enmendada, 2013 LPRA 1.

⁵⁸ 1 L.P.R.A. § 743.

⁵⁹ *Id.* § 746

IV. EL MODELO DE CUIDADO DIRIGIDO ES LEY EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE ASES, LAS ASEGURADORAS Y LOS GRUPOS MÉDICOS

“En el momento de ser admitido entre los miembros de la profesión médica me comprometo solemnemente a consagrar mi vida al servicio de la humanidad”

—Juramento Hipocrático

El Gobierno de Puerto Rico, a través del Depto. Salud y la Reforma, delegó a ASES el poder de otorgar contratos directamente con proveedores de servicios de salud. Estos son: las aseguradoras de planes médicos⁶⁰, los centros primarios de cuidado dirigido, los laboratorios, los hospitales y las farmacias. “En el nuevo sistema uniforme de salud, los fondos del Depto. Salud se utilizan para contratar planes médicos prepagados para comprar una cubierta básica de salud... El gobierno ha pasado de ser un proveedor de servicios a un comprador o asegurador de los mismos”.⁶¹ El propósito para la contratación directa con la organización de mantenimiento de salud (H.M.O.s por sus siglas en inglés) es “para que éstas adjudiquen la procesabilidad del pago por servicios en aquellos contratos entre la Administración y los proveedores participantes”.⁶² En otras palabras, las aseguradoras contratadas, bajo el modelo de las H.M.O.s, serán el ente administrador de las primas y el intermediario entre la red de proveedores y los beneficiarios del plan de cuidado de salud⁶³, mientras que la ASES será la responsable de implantar, administrar y negociar el PSG.

Bajo el modelo presente, el Gobierno transfiere el riesgo a la aseguradora a cambio de una prima por asegurado por mes. Se señala que esta transferencia de riesgos le permite al Gobierno fijar su presupuesto y también lo aísla de fluctuaciones históricas que pueden ser tanto de naturaleza positiva como negativa en la utilización

⁶⁰ Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 72-1993, según enmendada, 24 LPRA § 7002 (e) (El asegurador es la “la entidad que asume el riesgo en forma contractual mediante el pago de una prima, debidamente autorizada por el Comisionado de Seguros para hacer negocios en Puerto Rico; o entidad con la cual la Administración delega por razón de vínculo contractual la adjudicación de la procesabilidad del pago por servicios en aquellos contratos entre la Administración y proveedores participantes”).

⁶¹ Puchi-Acuña & Rodríguez, *supra* nota 12, en la pág. 63.

⁶² 24 LPRA § 7051.

⁶³ *Id.* § 7002 (y) (plan de cuidado de salud: “Cualquier convenio mediante el cual una persona se compromete a proveer a un suscriptor o grupo de suscriptores, determinados servicios de cuidado de salud, bien sea directamente o a través de un proveedor, o a pagar la totalidad o una parte del costo de tales servicios, en consideración al pago de una cantidad prefijada en dicho convenio, que se entiende devengada, independientemente de si el suscriptor utiliza o no los servicios de cuidado de salud provistos por el plan. No obstante, lo anterior, dicho plan deberá proveer principalmente para la prestación de servicios de cuidado de salud, a distinción de la mera indemnización por el costo de tales servicios”).

de servicios de salud. La aseguradora maneja el riesgo a través de diferentes mecanismos para controlar la utilización tales como la contratación de proveedores tanto médicos como hospitales y laboratorios, la credencialización, la negociación con los proveedores, las revisiones de admisiones, la preautorización, los formularios de farmacias, y el análisis continuo de la utilización entre otros.⁶⁴

Las aseguradoras trabajarán bajo una estructura que incluya “los componentes de un sistema integrado de salud, los servicios propuestos y los beneficios que representa para los beneficiarios y proveedores participantes”.⁶⁵ Además de asumir los riesgos, deben ofrecer sus servicios bajo el modelo de prestación de servicios que quedo constituido en el contrato, y siempre procurar por el mejoramiento de la calidad de los servicios médicos. Entonces se entiende que tienen dos principales responsabilidades: la prestación y la administración de servicios de salud.

Para realizar esta gestión, la aseguradora subcontratará médicos primarios⁶⁶ o de cabecera como los coordinadores y administradores del cuidado médico inicial o de seguimiento para los asegurados.⁶⁷ Además, el Reglamento General de ASES responsabiliza a los médicos primarios con el cuidado primario proveyéndole, coordinando y manejando todos los servicios acordes a las exigencias de la profesión.⁶⁸ Los beneficiarios del PSG tienen la libre selección de escoger su grupo médico primario⁶⁹ (en adelante, “GMP”) y/o su médico primario que se encuentren dentro de la red de proveedores de la aseguradora.⁷⁰ Entiéndase que la libre selección no es tan libre como parece por imponerle al beneficiario limitaciones en la selección de su médico.⁷¹

⁶⁴ Evaluación del Sistema de Salud de Puerto Rico, *Hacia el Desarrollo Integral de Sistema de Salud de Puerto Rico: Ciudadanos de Conciencia Salubrista, y un Sistema de Salud con Perspectiva Intersectorial, Holística, Emancipadora, Proactiva y a Base del Derecho Humano a la Salud* 15-16 (2005), <http://www.bvirtual.ogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/reogGubernamental/PDF/Informes%20y%20Estudios/2005-11.pdf>.

⁶⁵ 24 LPRA § 7051a.

⁶⁶ *Id.* § 7002(v) (El médico primario es el “profesional proveedor participante que evalúa y da tratamiento inicialmente a los beneficiarios. Es responsable de determinar los servicios que precisa el beneficiario, proveer continuidad referir a los beneficiarios a servicios especializados. Se consideran médicos primarios los siguientes: médicos generalistas, médicos internistas, médicos de familia, pediatras, ginecólogos y obstetras”).

⁶⁷ Código de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 194-2011, según enmendada, 26 LPRA § 9003(v).

⁶⁸ ASES, Reglamento general de ASES, Núm. 9068 art. 6(B)(4) (25 de febrero de 2019), <https://www.asespr.org/beneficiarios/sobre-ases/reglamento-general-9068/>.

⁶⁹ Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 72-1993, según enmendada, 24 LPRA § 7002 (p). (El grupo médico primario es la “entidad con o sin fines de lucro, que agrupe o asocie médicos primarios”).

⁷⁰ *Id.* en la nota 68 art. 6 (B)(6).

⁷¹ VITAL SALUD EN TUS MANOS GOBIERNO DE PUERTO RICO, <https://www.planvitalpr.com/informacion-general> (última visita 15 mayo 2020) (Con el Plan Vital, se cambio el modelo de regiones, el cual limitaba aún más al beneficiario por tener que elegir al médico primario a

La aseguradora es la encargada de contratar con las “independent practice association”⁷² (IPA, por sus siglas en inglés) y, a su vez, las IPA son las encargadas de subcontratar los GMP y con los médicos de apoyo⁷³ o especialistas, para que estos brinden directamente los beneficios cubiertos a los pacientes beneficiarios del seguro.

Los proveedores primarios se organizan como puerta de entrada al Sistema de Salud. El control de acceso fuera del médico primario es mediante preautorizaciones a especialistas, a pruebas y a procedimientos de alta tecnología. Se crean incentivos financieros a proveedores primarios a base de un *capitation* de servicios por persona; con riesgo por utilización de servicios de otros proveedores.⁷⁴

El modelo de cuidado dirigido se rige, pero no de forma exclusiva, por los incentivos financieros a los proveedores y por la preautorización de la aseguradora. Esta última es el:

Permiso escrito del asegurador al beneficiario concediendo la autorización para obtener un beneficio. El beneficiario será responsable de obtener dicha preautorización del asegurador para obtener los beneficios que requiere la misma. El no obtener la preautorización cuando sea requerida impide la obtención del beneficio y la concesión de la preautorización obliga al autorizante al pago del servicio autorizado.⁷⁵

la región asignada acorde a su residencia. Ahora el beneficiario puede seleccionar el servicio médico en cualquier parte de Puerto Rico.)

⁷² Oficina del Procurador del Paciente, Reglamento para implantar las disposiciones de la Ley Núm. 194 de 25 de agosto de 2000, según enmendada, “Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente de PR”, Núm. 7617, Cap. 1 art. 7 § 1 (43) (25 de diciembre de 2008), https://opp.pr.gov/OPP_Informa/Leyes%20y%20reglamentos/Reglamento%207617%20Reglamento%20Carta%20de%20Derechos%20y%20Responsabilidades%20del%20Paciente1.pdf, (“Entidad que contrata con una entidad aseguradora y/o aseguradoras para proveer servicios para el cuidado de la salud con una red de proveedores basada en un sistema de cuidado coordinado y que es accesado a través de un médico primario.”).

⁷³ 24 LPRÁ § 7002(u). (el médico de apoyo es el “profesional proveedor participante que provee servicios complementarios y de apoyo a los médicos primarios. Para obtener beneficios de éstos, el beneficiario deberá ser referido por el médico primario. Se considerarán médicos de apoyo, los siguientes: cardiólogos, endocrinólogos, neurólogos, psiquiatras, oftalmólogos, radiólogos, nefrólogos, fisiatras, ortopedas, cirujano general y demás médicos no comprendidos en la definición de médico primario”).

⁷⁴ Evaluación del Sistema de Salud de Puerto Rico, *Hacia el Desarrollo Integral de Sistema de Salud de Puerto Rico: Ciudadanos de Conciencia Salubrista, y un Sistema de Salud con Perspectiva Intersectorial, Holística, Emancipadora, Proactiva y a Base del Derecho Humano a la Salud* 50 (2005), <http://www.bvirtual.ogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/reogGubernamental/PDF/Informes%20y%20Estudios/2005-11.pdf>.

⁷⁵ 24 LPRÁ § 7002 (z).

El examen de preautorización de la aseguradora se hace a base de los criterios de revisión clínica en el que determinan la necesidad médica⁷⁶ e idoneidad del servicio que solicita el beneficiario, el médico o el hospital.⁷⁷ Este requisito tan riguroso para recibir un servicio, medicamento o tratamiento, es peligroso y atenta contra la vida y salud del paciente asegurado por diferentes razones: (1) la necesidad médica e idoneidad del servicio no debe limitarse a unas simples guías clínicas que un empleado no médico de la aseguradora leerá y determinará si se encuentra dentro de las definiciones para autorizar lo solicitado; (2) el juicio del médico, que es quien tiene el contacto directo con el beneficiario y es el profesional de la salud apto para el cuidado médico, lo minimizan al grado de optar por lo que dicen las guías; (3) las aseguradoras no están preparadas con el grado académico para ejercer la medicina y emitir un juicio a base de la normas de atención médica; y (4) la determinación final de la aseguradora es realizada bajo un escrutinio fiscal y económico, evaluando si la aprobación del servicio, medicamento o tratamiento resulta muy oneroso y es un riesgo que deben correr. Este examen de preautorización de la aseguradora incide grandemente en la práctica de la medicina y en la salud del paciente, al poner en riesgo la vida del paciente por no recibir el tratamiento o medicamento en el momento que los necesita al tener que esperar por la aprobación de estos.

Los incentivos financieros a los proveedores están regidos por un modelo de prestación de servicios y pagos de primas que caracterizan los H.M.O.s. ASES recibe una asignación de fondos anualmente por parte del Gobierno para sus operaciones y funciones dentro del Sistema de Salud, como la contratación con aseguradoras y/u organizaciones de servicios de salud.⁷⁸ Para el Año Fiscal 2019-2020, la Junta de Supervisión Fiscal (JSF) autorizó \$1,224 millones para ASES para el financiamiento del PSG.⁷⁹ De esos fondos recibidos, “[s]egún la JSF, el plan de salud tiene

76 Código de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 194-2011, según enmendada, 26 LPR § 9003 (I). (necesidad médica “significa todo aquello que un médico licenciado prudente y razonable entienda que es médicamente necesario sobre todo aquel servicio o procedimiento de salud que se brinde a un paciente con el propósito de prevenir, diagnosticar o tratar una enfermedad, lesión, padecimiento, dolencia o sus síntomas en una forma que: (1) sea conforme con las normas generalmente aceptadas por la práctica médica, a la luz de los medios modernos de comunicación y enseñanza...”).

77 *Id.* § 9003 (F).

78 (“Para el Año Fiscal 2018-2019, el presupuesto consolidado recomendado asciende a \$2,809,313,000”). *Administración de seguros de salud de Puerto Rico*, <http://www.presupuesto.pr.gov/presupuestoRecomendado2018-2019/PresupuestosAgencias/Administracion%20de%20Seguros%20de%20Salud%20de%20Puerto%20Rico.htm> (última visita 15 de mayo 2020).

79 José A. Delgado, *El gobierno de Puerto Rico utilizará fondos locales como “salvavidas” para costear el plan vital*, EL NUEVO DÍA (20 de noviembre de 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/elgobiernodepuertoricoutilizarafondoslocalescomosalvavidasparacostearplanvital-2530506/> (última visita 15 de mayo de 2020).

un costo aproximado de \$239 millones mensuales dependiendo del total de beneficiarios inscritos. Los costos se dividen entre los gastos de prima, ascendentes a \$220 millones, y los administrativos, que suman \$19 millones”.⁸⁰ Mediante el contrato de ASES con la aseguradora y/u organización de servicios de salud, se le pactará el pago de una prima (que alcanza una cifra de millones de dólares) a la aseguradora y/u organización de servicios de salud para la administración y la prestación de los servicios médicos por medio de diferentes cubiertas⁸¹ que se pueden ofrecer a los beneficiarios.⁸²

Para el año 2020, se benefician de esos jugosos contratos las siguientes aseguradoras adscritas al PSG: First Medical Health Plan, Inc., Plan de Salud de Menonita, Inc., MMM Multihealth, LLC, Molina Healthcare of Puerto Rico, Inc., y Triple-S Salud, Inc., sirviéndole a 1.2 millones de beneficiarios.⁸³ Vemos cómo estas aseguradoras limitan y deciden mediante un examen de preaprobación qué tratamientos o medicamentos puede recibir un paciente por entender que no cumple con las guías clínicas y, por estos, pueden ser muy costosos para ellos. Por otro lado, vemos cómo reciben cientos millones de dólares anualmente para los diferentes gastos como las primas, la administración y la prestación de servicios médicos. Significa que las aseguradoras, con conocimiento de su enorme presupuesto, deciden de forma intencional que la salud y vida de los pacientes resulta ser muy lujosa a pesar de que tienen la capacidad para sufragar los gastos necesarios. Para las aseguradoras, el ánimo de lucro pesa más que el derecho constitucional de la vida y salud de los pacientes.

A su vez, las mencionadas aseguradoras subcontratarán con las IPA, desembolsándole pagos per cápita (en adelante, capitación) o pagos por servicios brindados (“fee for services”, en inglés,) al GMP para atender a los beneficiarios.⁸⁴ La capitación es “aquella parte de la prima pagada al asegurador que se transfiere al proveedor participante en pago de los beneficios provistos bajo las cubiertas de beneficios de salud a los beneficiarios que representan la Administración [ASES] o aquel pago fijo efectuado por la Administración al proveedor participante por cada beneficiario”.⁸⁵ En palabras más sencillas, el pago a la IPA será por los servicios brindados o por cada beneficiario atendido por el GMP.

⁸⁰ *Supra*.

⁸¹ Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, *Plan de Salud del Gobierno de Puerto Rico, Manual del Beneficiario*, 23-25 (2019). (Pueden ofrecer las siguientes cubiertas: básica o especial.).

⁸² Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 72-1993, según enmendada, 24 LPRA § 7031.

⁸³ Elvocero.com, *Aseguradoras de Vital presentan sus planes a ASES*, EL VOCERO (3 de marzo de 2020), https://www.elvocero.com/gobierno/aseguradoras-de-vital-presentan-sus-planes-a-ases/article_1c964eb8-7611-11ea-bb64-33362f32d1d4.html (última visita 13 de mayo de 2020).

⁸⁴ Puchi-Acuña, *supra* nota 12, en la pág. 65.

⁸⁵ 24 LPRA § 7002 (x).

El concepto de HMO va dirigido a la medicina preventiva y a la educación en salud, centrando el predominio en el médico primario y no en el especialista o el subespecialista. Cualquier paciente que requiera estos servicios tiene que ser dirigido o referido por el médico primario. Como se puede observar, el acceso, el financiamiento y los sistemas de pago a los proveedores están especialmente orientados a los médicos primarios, lo cual evidentemente tiende a reducir de partida los costos de mantenimiento de salud de la población que accesa el servicio.⁸⁶

Los GMP contratados por las IPA están compuestos por los médicos primarios que, sin limitarse a ejercer mediante su práctica privada, reciben los pacientes beneficiarios del PSG, usuarios de la aseguradora del contrato principal. El médico primario, seleccionado por el beneficiario, será el galeno que verá la mayor parte de su cuidado de salud por medio de citas o visitas rutinarias. Por lo general, el beneficiario no tendrá que pagar ningún copago (deducible) o coaseguro, excepto cuando algunos servicios, tratamientos o medicamentos que se encuentren en el contrato de la aseguradora. Estos copagos o coaseguros no son muy excesivos, algunos fluctúan entre los 50¢ hasta los \$50.⁸⁷ Además, “[n]ingún proveedor participante podrá cobrar al beneficiario una cantidad que exceda la acordada como deducible, coaseguro o primas en el contrato suscrito con los aseguradores o con la Administración”.⁸⁸ De incumplir con este requisito de ley, el proveedor podrá estar sujetos a querellas y sanciones.

Si el beneficiario desea ver otro médico o proveedor de salud con alguna especialidad, podrá hacerlo cuando recurra a su médico primario para obtener un referido. Cuando ese médico o proveedor de salud se encuentra en la red general de la aseguradora; si está fuera de la red, el médico primario tendrá que solicitar una preautorización a la aseguradora.⁸⁹ En la práctica, hacer referidos o solicitar una preautorización, resulta ser costoso para los médicos primarios, ya que referir el paciente beneficiario a otro médico conllevaría asumir un riesgo sobre el pago de capitación o por servicios brindados. Por lo que muchos de ellos, restringen los servicios para así generar más ganancias. Entonces, la medicina preventiva que se supone que practiquen se convierte en un negocio con ánimo de lucro, y en vez de procurar por el bienestar y salud del paciente, perciben al beneficiario como un consumidor de un producto. Todos los impedimentos y cláusulas contractuales que imponen las aseguradoras limitan y frustran la política pública de los proveedores de salud a ofrecer un servicio de alta calidad y, a la misma vez, se crea un siste-

⁸⁶ Puchi-Acuña, *supra* nota 12, en la pág. 64.

⁸⁷ Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, *Plan de Salud del Gobierno de Puerto Rico, Manual del Beneficiario*, 21-22 (2019).

⁸⁸ § 7031.

⁸⁹ Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, *Plan de Salud del Gobierno de Puerto Rico, Manual del Beneficiario*, 14-15 (2019).

ma sumamente costoso para todos los sujetos que –de alguna forma– aprovechan el sistema, afectándose principalmente el paciente beneficiario, por apenas tener control sobre las decisiones sobre su salud, como elegir su médico primario y/o especialista.

V. DERECHOS DE LOS BENEFICIARIOS DE PLANES DE SEGUROS DE SALUD

Además de establecer los principios, poderes y requisitos que tiene que cumplir ASES, la Ley Núm. 72-1993⁹⁰ enumera los derechos que tienen los beneficiarios del PSG. Entre estos se encuentra, pero no de forma exclusiva y limitada: (1) recibir los servicios médicos de calidad cuando los necesiten; (2) un fácil acceso e inmediato a los servicios médicos y de emergencia; (3) poder seleccionar su organización de cuidado de salud, su médico primario, y su médico especialista; (4) que no se le nieguen los servicios bajo la cubierta; (5) que no se discrimine en su contra; y (6) poder iniciar un procedimiento formal de querrela ante el asegurador si tiene una queja o preocupación sobre los servicios de salud que le son ofrecidos bajo el plan.⁹¹ Cabe recordar que la selección de los médicos y centro de salud está supeditada a los que la aseguradora le ofrezca y permita escoger y no al libre albedrío del beneficiario. Una vez escogido el médico primario o de cabecera de los ofrecidos por la red de proveedores de la aseguradora, el beneficiario estará limitado a visitarlo cada vez que necesite atención médica. Se encuentra restringido por el plan de salud a procurar opiniones diversas médicas sin antes recurrir a su médico primario, de lo contrario, necesitará una autorización de la aseguradora para recibir atención médica fuera de la red de proveedores.

El médico primario, que tiene contrato con una o varias aseguradoras, recibirá los pacientes beneficiarios de esos planes médicos. El médico tiene un deber ético y profesional de brindarle un servicio de alta calidad a cada paciente. No solo debe ejercer acorde a su conocimiento académico especializado y las normas que imperan en la medicina, sino se ve limitado a llevar su práctica a las restricciones que imponen las aseguradoras en sus definiciones ambiguas y taxativas de lo que es el diagnóstico y tratamiento correcto para seguir acorde a la necesidad médica del paciente. Para que un paciente pueda recibir el servicio de calidad que exige la ley, el médico tiene que ejercer su práctica acorde a la norma mínima de cuidado médico.

El estado jurídico y médico exige a los galenos cumplir con la norma mínima de cuidado médico. Esta es “aquella atención médica que, a la luz de los modernos medios de comunicación y enseñanza, y conforme al estado de conocimiento de la ciencia y práctica prevalcientes de la medicina, satisfaga las exigencias generalmente

⁹⁰ 24 LPRA § 7001.

⁹¹ *Id.* § 7036b.

reconocidas por la propia profesión médica”.⁹² Entiéndase que son los médicos los que tienen la preparación adecuada para diagnosticar y procurar los tratamientos correspondientes al paciente bajo su necesidad médica y no las aseguradoras; a estas no se les exige dar la mejor atención médica, sino cumplir con sus obligaciones contractuales por medio de unas guías clínicas. “El elemento de necesidad médica es el criterio máximo que debe utilizar todo médico al momento de la toma de decisiones para brindar tratamiento a un paciente. Y jamás debe utilizarse estas guías como la razón principal para negar algún tipo de tratamiento o pago por los servicios realizados”.⁹³ Por lo tanto, los médicos se encuentran en un estado de escepticismo por tener que cumplir con las exigencias éticas, dar el mejor servicio y calidad posible a cada paciente y cumplir con sus obligaciones contractuales y no sobrepasar las limitaciones interpuestas por las aseguradoras.

Para practicar la norma de cuidado, el médico tiene que hacer diagnósticos diferenciales sobre los síntomas que presenta el paciente; para atender los síntomas, el médico buscará el mejor tratamiento médico a seguir. Todos los pacientes se tienen que ver caso a caso, y cada uno puede responder de diferentes formas a un tratamiento, por lo que puede existir una divergencia de criterios entre los profesionales médicos. Cuando el médico vaya a ofrecer un medicamento, tratamiento o servicio médico, si no se encuentra dentro de los preautorizados por la aseguradora, tendrá que solicitar la autorización y esperar la aprobación o la negatoria del tratamiento. En caso de que el tratamiento sea denegado, el médico tendrá que ofrecer un tratamiento de calidad inferior o solicitar una reconsideración a la aseguradora mostrando que es el curso por seguir para satisfacer la necesidad médica del paciente.

Esta preautorización de la aseguradora y el tener que solicitar una reconsideración se desvía completamente de ofrecer el mejor servicio de calidad y de la norma mínima de atención médica por razones fiscales y puramente económicas. Además de imponerle a los médicos una carga excesiva para el mejor servicio de su práctica, atrasa el tratamiento para mejorar la salud del paciente. El médico tendrá que pasar por un proceso largo y exhaustivo, de tener primero que solicitar la aprobación; luego, una reconsideración; agotar los remedios establecidos por la ley; e ir a un tribunal para que al final este último decida si el paciente puede o no recibir el tratamiento acorde al análisis jurídico que realicen sobre la necesidad médica del paciente y las guías clínicas de la aseguradora. Este proceso atenta contra la vida del paciente en los casos que sea de extrema urgencia el tratamiento o medicamento. Una vez más queda comprobado que la preaprobación de la aseguradora y su

⁹² Oliveros v. Abreu, 101 DPR 209, 226 (1973); Arrieta v. De La Vega, 165 DPR 538, 549 (2005); López v. Dr. Cañizares, 163 DPR 119 (2004) y Blas v. Hosp. Guadalupe, 146 DPR 267 (1998).

⁹³ Prebysterian Comm. Hospital v. Comisionada de Seguros, KLAN201500043 (2016) (*citando* la Exposición de Motivos de la Ley Núm. 5-2014).

intención lucrativa es contraria al derecho constitucional de la vida y a las políticas públicas del Estado.

“Las compañías de seguro médico usan un proceso de pre-aprobación o pre-autorización para verificar que cierto medicamento, procedimiento o servicio es médicamente necesario antes de proceder”.⁹⁴ Esa toma de decisión sobre cuál es el mejor procedimiento o tratamiento, en la que se puede ver afectada la vida del paciente, no puede corresponder a la aseguradora del plan médico. La clase médica son los únicos facultados para ejercer este juicio por tener el conocimiento médico y tener el contacto directo con el paciente para hacer los exámenes de diagnósticos necesarios. Es una frustración para los médicos primarios y especialistas este requisito contractual de preautorización, ya que incide negativamente en su práctica y los tratamientos. “Los médicos, no las compañías de seguros, saben como mejor cuidar a los pacientes, pero la autorización previa y otros protocolos de las aseguradoras están dictando cómo los médicos proveen el tratamiento”.⁹⁵ Este problema no solo afecta la práctica de la medicina, sino que se extiende a los pacientes imponiéndole dificultades para conseguir el tratamiento o el medicamento adecuado para mejorar su salud, inclusive los necesarios para poder salvar su vida.⁹⁶

Un ejemplo de la negatoria de la solicitud de autorización de un tratamiento⁹⁷ es el caso de *Oficina del Procurador del Paciente v. ASES*⁹⁸, en el cual una paciente requería un desfibrilador portátil por un período de noventa días por ser diagnosticada con una falla severa en el ventrículo izquierdo del corazón. La aseguradora entendió que el tratamiento no era una necesidad médica y negó la solicitud del desfibrilador. El propósito del desfibrilador consiste en realizarle unos exámenes a la paciente para determinar si hay que colocarle un desfibrilador permanente luego de los noventa días del tratamiento. Los médicos solicitaron el desfibrilador portátil a la aseguradora Triple-S Salud, el cual fue denegado. Los médicos y la paciente solicitaron una reconsideración, la cual nuevamente fue denegada bajo los siguientes fundamentos:

⁹⁴ Asociación Americana del Cáncer, *Obtención de una pre-aprobación o pre-autorización médica*, (13 de mayo de 2019), <https://www.cancer.org/es/tratamiento/como-buscar-y-pagar-por-el-tratamiento/comprencion-del-seguro-medico/manejo-del-seguro-medico/obtencion-de-una-pre-aprobacion-o-pre-autorizacion-medica.html> (última visita 11 de mayo de 2020).

⁹⁵ Matthew Mintz, *Prior authorizations suck*, ACP INTERNIST (18 de junio de 2012), <http://blog.acpinternist.org/2012/06/prior-authorizations-suck.html> (última visita 10 de mayo de 2020) (traducción suplida).

⁹⁶ Francés Rosario, *Exigen fiscalizar a intermediarios para aprobar medicamentos*, EL NUEVO DÍA (1 de marzo de 2016), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/exigenfiscalizaraintermediariosparaaprobarmedicamentos-2168644/> (última visita 11 de mayo de 2020).

⁹⁷ Véase *Gotay Pérez v. Triple-S Management Corp.*, KLCE20141245 (2014) (para más ejemplos sobre la negatoria de un tratamiento por parte de la aseguradora).

⁹⁸ KLRA201400952 (2015).

“para el equipo médico duradero (DME) la cubierta de ASES específica que solo se cubre lo que cumpla con los criterios de necesidad médicos establecidos. En este caso no se cumple con dichos criterios”.⁹⁹

Desde el momento de la solicitud del desfibrilador portátil hasta los trámites administrativos de reconsideración pasaron varios meses; meses en el que se le podía privar de vida a la paciente, en vez de encontrarse bajo el tratamiento médico que solicitaba su galeno. Estas actuaciones de las aseguradoras son inconcebibles, al actuar por encima del conocimiento experto y especializado del médico, y determinar que el tratamiento adecuado no es el recomendable, por no encontrarse dentro de sus definiciones o ser muy costoso. Nunca se le debe negar un medicamento, un tratamiento o un servicio médico a un paciente por lo que una guía clínica dicta, al final esa guía es una recomendación y no esta escrita en piedra. La vida del paciente es mucho más valiosa que un estándar o recomendación de las aseguradoras.

Si ocurre un daño al paciente por una acción u omisión negligente del médico, el paciente puede radicar una demanda de daños y perjuicios bajo el Art. 1802 del Código Civil¹⁰⁰ por la desviación de la norma mínima de cuidado médico al realizar un diagnóstico incorrecto o no dar el tratamiento que exige la necesidad médica. Además, puede incluir a los hospitales que actuaron conjuntamente con el médico por la responsabilidad vicaria que dispone el Art. 1803 del Código Civil¹⁰¹. No es hasta el 2017, por medio de las enmiendas promulgadas en la Ley Núm. 47-2017¹⁰², que el paciente puede radicar una causa de acción contra las aseguradoras cuando estas intervienen en los diagnósticos o tratamientos médicos de sus beneficiarios, y se le impone responsabilidad solidaria con los cocausantes del daño a raíz de la impericia médica. El Art. 9 de la ley antes mencionada dispone que:

Salvo aquellos casos en que no sea permitido por disposición federal, toda aseguradora que directa o indirectamente, a través de sus empleados, oficiales, agentes, personal, normas o por cualquier otro medio, intervenga en el proceso de diagnóstico o tratamiento médico, será responsable por los daños ocasionados por sus actuaciones y omisiones al paciente, sus familiares y cualquier otra persona que pueda reclamarlos conforme ha sido reconocido por la jurisprudencia y vendrá obligado a reparar los daños causados. La responsabilidad civil de la aseguradora será solidaria con los restantes cocausantes del daño. Dicha responsabilidad de las aseguradoras se determinará

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Cód. Civ. PR art. 1802, 31 LPRA § 5141 (2018).

¹⁰¹ Cód. Civ. PR art. 1803, 31 LPRA § 5142 (2018).

¹⁰² Para enmendar los Artículos 2 y 7 de la Ley Núm. 77-2013, Ley Habilitadora del Procurados del Paciente, y enmendar el Artículo 6, añadir un nuevo Artículo 7, 8 y 9 de la Ley Núm. 5 de 2014, Ley Núm. 47-2017.

bajo los principios de negligencia expuestos en el Artículo 1802 del Código Civil de Puerto Rico y su jurisprudencia interpretativa. Esta causa de acción será jurisdicción de los Tribunales del Gobierno de Puerto Rico.¹⁰³

Este nuevo artículo de la Ley Núm. 47-2017 es un gran avance para defender los derechos de los pacientes beneficiarios de planes médicos y, a la misma vez, frenar el abuso de las aseguradoras con las aprobaciones previas de los tratamientos, medicamentos o servicios médicos. Es un progreso por parte del Estado que ratifica que el paciente se sienta más confiado al momento de recibir medicamentos, servicios o tratamientos acorde a la necesidad médica por parte de un médico y/o un hospital. “Es un deber ineludible del Estado velar continuamente por la calidad de los servicios de salud que se ofrecen a los ciudadanos y eliminar todos los obstáculos que éstos enfrentan en la consecución de un estado óptimo de salud”.¹⁰⁴ Con la aprobación de la Ley Núm. 47-2017, el Estado reconoce el exceso de poder que han adquirido las compañías de seguros médicos desde la Reforma hasta el presente y acentúa un recordatorio de la política pública del Código de Seguros de Salud.¹⁰⁵

La enmienda “garantiza a los ciudadanos que el criterio de necesidad médica sólo podrá ser ejercida por los médicos sin que existan intervenciones indebidas por parte de un asegurador o proveedor de planes médicos...”.¹⁰⁶ Solo falta que las aseguradoras eliminen sus medidas rigurosas y lucrativas al momento de la pre-aprobación de los medicamentos o tratamientos, y le faculten la confianza al juicio académico y especializado de los médicos. Es conveniente tener presente que al final, la aseguradora, el médico y los proveedores de salud deben siempre hacer lo que resulte más favorable para el paciente.

VI. CONCLUSIÓN

La exposición de motivos de la Ley Núm. 47-2017 reconoce que es de alto conocimiento en el país “las quejas de los médicos, los hospitales y de los pacientes con las múltiples restricciones y obstáculos que entienden que les imponen las compañías de seguros, los cuales les dificultan el seguir las recomendaciones de cuidado según dispuestas por su médico”. Ante el estudio de las agencias que componen e integran el Sistema de Salud de Puerto Rico, el análisis del modelo de cuidado dirigido y el desglose de los derechos que cobijan a los pacientes, se puede determinar y concluir que las aseguradoras de planes médicos están ejerciendo la medicina en Puerto Rico

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.* en la Exposición de Motivos.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

por el gran control que conservan en el Sistema de Salud. Principalmente, con intenciones de ánimo de lucro, este poder se encuentra desde las relaciones contractuales con ASES hasta la preaprobación del medicamento que el paciente necesita para el bienestar de su salud. Es inconcebible que un empleado de una aseguradora, que no tiene el conocimiento especializado de un médico, interprete unas guías clínicas y decida que el tratamiento o medicamento -que el galeno entiende que es el necesario para la salud del paciente- no es el adecuado y compatible con las guías. Desde ese acto, razonamos que los intereses lucrativos de las aseguradoras van en contra del derecho constitucional de la vida y salud de cada paciente.

El pensamiento romántico de los propulsores de la Reforma tuvo el efecto de dismantelar el Sistema de Salud, liquidando su patrimonio a precios casi irrisorios, dejando huérfanos a los pacientes médico-indigentes que utilizaban los servicios que operaban a través de toda la isla. Por otro lado, como consecuencia, le dio paso al nacimiento de un sistema privado con un enfoque mercantil y empresarial con ánimo de lucro a costa de la salud de los puertorriqueños. Nos encontramos en un Sistema de Salud que, desde 1993, ha permitido que las aseguradoras practiquen la rama de la medicina a través de los contratos con los proveedores de servicios de salud como los médicos y los hospitales. “Este problema lleva más de 20 años. El problema principal de las aseguradoras es, que todos los aumentos que se consiguen para los fondos de los servicios no llegan a los proveedores y se quedan en las aseguradoras”.¹⁰⁷ Esto no solo afecta la salud del paciente, sino también los médicos se ven forzados a realizar una práctica a la defensiva y limitada por encontrarse contra la pared que le construyó la aseguradora. La práctica de la medicina, controlada por la aseguradora, se ha deteriorado por la migración de médicos a otros países, por la falta de recursos de alta tecnología y el desenfoque ético y social sobre los derechos de los pacientes.

La preautorización de las aseguradoras sobre el médico, tratamiento, diagnóstico o medicamento busca limitar los gastos que puedan incurrir si permiten que se apruebe un tratamiento o medicamento más costoso. Las aseguradoras, a cambio, aprueban equivalentes u otros tratamientos o medicamentos que resultan ser menos costosos, pero no los necesarios acorde a las normas médicas. Por tal razón, muchas veces niegan las solicitudes de los médicos y le ofrecen un tratamiento o medicamento que no es el que exige la necesidad médica del paciente. Estas acciones de las aseguradoras resultan ser contrarias a la ley, a la Constitución y a los principios de política pública del Estado sobre los derechos de los pacientes y la práctica de la medicina. Primero, al actuar como médicos –cuando no lo son– crea una carga indebida

¹⁰⁷ Medicina y Salud Pública, *Rotundo apoyo medico a medida que busca frenar el control de las aseguradoras en Puerto Rico*, MEDICINA Y SALUD PÚBLICA (12 de enero de 2017), <https://medicinaysaludpublica.com/rotundo-apoyo-medico-a-medida-que-busca-frenar-el-control-de-las-aseguradoras-en-puerto-rico/> (última visita 16 de mayo de 2020) (citando al Dr. Fernando Joglar, presidente del Colegio de Cirujanos Dentistas).

a la clase médica del país por ir en contra de su conocimiento especializado. Segundo, expone al médico a no cumplir con sus principios éticos de brindar un servicio de calidad acorde a las normas de atención y cuidado médico y las necesidades del paciente. Tercero, ubica al paciente en un estado de desconfianza por confiar en el conocimiento y servicio médico, y ver que no recibe el tratamiento o medicamento adecuado y recomendado para su salud. Por último, la aseguradora se encuentra en una posición de poder por ser quienes preautorizan el tratamiento o medicamento y eligen aleatoriamente qué necesidades médicas del paciente van a cubrir en sus planes médicos.

La causa de acción contra las aseguradoras por intervenir en el diagnóstico o tratamiento de los pacientes es un paso hacia la justicia para continuar contra un Sistema de Salud que atropella, no solo a la clase médica y los proveedores de servicios de salud, sino también el derecho de la vida y salud de los pacientes. El ordenamiento jurídico permite que las aseguradoras puedan ser responsables por una actuación u omisión negligente sobre la intervención de la preaprobación y sobrepasar sus límites con la fantasía de ser médicos. Poco a poco, los legisladores han intentado frenar los abusos de las aseguradoras contra los pacientes beneficiarios mediante medidas legislativas; por ejemplo, enmendar la Ley de ASES para añadir un artículo sobre la prohibición de negar la autorización para los servicios de hospitalización de un paciente.¹⁰⁸ Además, acontecieron otros intentos que resultan infructuosos por razones políticas; por ejemplo, un sistema de pagador único para establecer un seguro nacional de salud en Puerto Rico para cubrir servicios médicos y hospitalarios necesarios, en el que ayudara a reducir los gastos administrativos del Sistema de Salud.¹⁰⁹ Estos ejemplos significan la afirmación gubernamental de buscar lo que resulta más favorable para la salud de los pacientes.

Es tiempo de volver a colocar en primer lugar la ética, la justicia social y los derechos humanos sobre el ánimo de lucro e intereses políticos de algunas compañías y clases de nuestra sociedad puertorriqueña. El paciente no es una mera mercancía ni un cliente, y el médico no es una ficha de la aseguradora en los servicios de salud. No se puede poner en juego la vida del paciente ni la ética del médico por el simple hecho de que las aseguradoras generen más dinero. El ánimo de lucro es impermissible y atenta contra la vida de los ciudadanos. Si cambiamos los principios del Sistema de Salud, limitamos a las aseguradoras a sus obligaciones, permitimos a los médicos realizar su práctica acorde a su conocimiento profesional y dejamos de percibir al

¹⁰⁸ Ley de la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico, Ley Núm. 72-1993, según enmendada, 24 LPRA § 7036f.

¹⁰⁹ CyberNews, *Gobernador rechaza propuesta de Pagador Único en Sistema de salud*, PERIÓDICO LA PERLA DEL SUR (11 de marzo de 2019) <https://www.periodicolaperla.com/gobernador-rechaza-propuesta-de-pagador-unico-en-sistema-de-salud/> (última visita 16 de mayo de 2020).

paciente como un consumidor que aumenta el capital de pocos. Así, podremos tener un Sistema de Salud enfocado y que proteja los derechos de los pacientes. Al fin y al cabo, todos los puertorriqueños, en algún momento, necesitaremos los servicios que ofrece el Sistema y queremos que la atención médica sea una accesible, segura y de alta calidad acorde a nuestras necesidades.

WRITING A MODERN CONSTITUTION: DEMOCRATIC PROCESS AND SUBSTANTIVE CONTENT*

POR: JORGE M. FARINACCI FERNÓS**

ABSTRACT

Modern constitutional creation is about process and content. In other words, how they are produced and what should they include. Current scholarly analysis must address both instances. Although conceptually separate, they are both essential to any modern constitutional enterprise. This requires analyzing the different normative factors that impact each of these components of constitutional creation. This Article proposes that any modern constitution should be created through a process that is truly democratic, public, participatory, popular and socially transcendental. Depending on the particular creation stage—historic, design, delegate selection, drafting, and ratification—, each one of these normative factors will play varying roles. This model addresses this interaction, discussing how each factor impacts the individual stages. This Article also proposes that any modern constitution should include a minimum substantive content that complies with the basic tenets of constitutionalism, addresses fundamental policy matters, and incorporates the deeply-held policy preferences of the social majority. Among the policy areas that modern constitutions should address are economic policy, environmental protection, labor relations, and social protections. These issues can be addressed through the incorporation of enforceable individual rights or equally enforceable policy commands of general applicability that binds social and political actors. In the end, the goal is that modern constitutions will gain legitimacy and support through the combination of democratic processes of creation and the inclusion of

* This Article will be presented at the 5th Annual Constitutional Law Scholars Forum organized by Barry University School of Law and Texas A&M University School of Law in Orlando, Florida, on February 28, 2020.

** B.A. & M.A. (University of Puerto Rico-Río Piedras), J.D. (University of Puerto Rico Law School), LL.M. (Harvard Law School); S.J.D. (Georgetown University Law Center). Assistant Professor of Law, Interamerican University of Puerto Rico Law School. The author would like to thank Shaileen Mercado, who served as Research Assistant for this Article.

substantive content that reflects popular preferences. When this happens, constitutions are really written by and for “We the People.”

Keywords: *Constitution, modern constitution creation, democratic, public, participation, popular, rights*

Summary: I. Introduction; I. A. *The How: Democratic Process (A Conceptual Framework)*; I. B. *The What: Substantive Content (A Conceptual Framework)*. II. DEMOCRATIC PROCESS: STAGES OF CONSTITUTIONAL CREATION; II. A. *Historical stage*; II. B. *Design (or structural) stage*; II. C. *Selection stage*; II. D. *Drafting stage*; II. E. *Adoption and Ratification stage*. III. SUBSTANTIVE CONTENT; III. A. *Introduction*; III. B. *Ideology*; III. C. *Substantive Rights and other Policy Provisions*. IV. FINAL THOUGHTS.

I. INTRODUCTION

Societies, from U.S. states to countries around the world, are constantly re-writing their respective constitutions or adopting wholly new ones. Constitution-making is a current phenomenon that requires continued scholarly attention. Much has happened since the constitutional creation waves of the middle and late 20th century. We must keep up with the times.

This poses two important questions. First, *how* should these new constitutions be created? In other words, we must analyze whether we can identify a *basic optimal model* for a constitutional creation *process*. Second, *what* should these constitutions include? In other words, we must analyze whether we can identify a *minimum substantive content* that any new constitution should include to be considered truly modern.

As to the first issue, this Article argues that any constitutional creation process in the 21st century must be fully *public, participatory* and *democratic*. It should also be wholly representative of the social majority of the particular political community and not just a bargain among elites. This type of process can be identified as *popular*. Finally, this model will be based on constitution-making processes that are a real exercise of constitutional politics and, as thus, constitute a *socially transcendental* episode in the life of the political community.

In particular, this Article will propose a possible optimal model of constitutional creation, including its particular stages, which take into account these characteristics. This includes, for example, democratic mechanisms such as delegate selection, development of proposals and popular ratification. Depending on the particular stage, the above-mentioned characteristics will play differently.

As to the second issue, this Article argues that a modern constitution must include substantive policy provisions that directly impact the organization and development of society, and thus must not be limited to the basic framework of government and a short list of civil and political rights. This includes enforceable socioeconomic, cultural and environmental rights, as well as enforceable provisions that establish the basic pillars of the social and economic structure of the political unit. These policy provisions should reflect the deeply held views of the social majority. While this Article will not propose particular policy choices as to all matters, it will propose that, at the very least, some of these issues should be included in the constitution, resolving the matter one way or another. In that sense, this Article will not focus on the structural aspect of the constitution, but only on its *substantive policy content*.

Modern constitutions have become a vital part of direct self-government. This requires a new look as to their *process* and *content*, and how they relate to each other. This Article has four parts. In Part I, which is this Introduction, I discuss the different *concepts* that will play a normative role as to the different stages of a constitution-making process and as to the substantive content of the constitution. In Part II, I will attempt to design a basic process of constitutional creation, including its inner stages, which take into account these normative concepts. In Part III, I will attempt to identify the basic substantive content a modern constitution should possess, again, referring to the applicable normative concepts discussed in Part I. In Part IV, I offer some brief closing remarks.

A. *The How: Democratic Process (A Conceptual Framework)*

In order to propose an ideal process for the creation of a modern constitution, we need to identify the relevant normative concepts and factors that should be taken into account when designing said process. I believe that any modern creation process should be (1) democratic, (2) public, (3) participatory, (4) popular and (5) socially transcendental. This requires an individual analysis of each one of these characteristics.

1. Democratic

According to Blount, Elkins and Ginsburg, “[b]ecause the constitution is the highest level of lawmaking and provides the ultimate rule of recognition for lawmaking processes [...], it requires the greatest possible level of legitimation in democratic theory.”¹ The main conceptual component of a democratic process is popular consent. In other words, whether the political community recognizes that the fram-

¹ Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Justin Blount, *Does the Process of Constitution-Making Matter?* in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL DESIGN* 36 (Tom Ginsburg, ed.) Cambridge University Press (2012).

ing process can actually be characterized as, at least, an accurate and honest reflection of a self-constituting People. As such, the framing process cannot be, or even seem to be, a separate and remote event, but rather one that flows directly from the exercise of constitutional politics by a self-governing People. The democratic credentials of a constitutional creation process are the result of a truly inclusive process that reflects a deliberate act of direct self-government by a sovereign People that are exercising, in some way, true constituent power.

Democratization goes directly to the issue of legitimacy and will have a direct impact on the level of authority that the resulting constitutional text is able to muster from the public. ‘We the People’ can no longer be a symbolic slogan. Instead, it should be an accurate description of the constitutional creation process.

The democratic nature of a constitutional creation process can be measured by the level of *popular assent, consent or support* to the project as a whole, as well as to its individual stages. It can also be surveyed by how the different individual actors that directly participate in the development of the constitutional text are selected, and whether the content that is generated by this process actually reflects the deeply-held views of the social majority. Modern constitutionalism is inherently democratic.

All the other normative concepts and factors identified earlier (public, participatory, popular and socially transcendental) flow from the democratic nature of the creation process. For example, the public nature of a constitutional-making process is a byproduct of its democratic character. Participation has also become a manifestation of democratic operation.

In the 21st century, constitutional creation must be carried out through democratic processes for two main reasons. First, as an end in itself: democratic conduct is an inherent normative good that should be pursued. Second, as the ideal means for facilitating that the deeply-held policy preferences of the social majority will be eventually included in the constitutional text that will rule over the particular political community.

2. Public

In modern times, constitutions should not be the result of secret bargains among elites. It is not a technical process that requires putting great legal minds into a room and see what emerges from that exercise. It is also not a commercial or business transaction. On the contrary, modern constitutional creation processes require that *all* its different stages and components are fully transparent and accessible to the entire political community; or, at least, as transparent and accessible as can be.

² Jennifer Widener, *Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview*, 49 WM. & MARY L. REV. 1513, 1516 (2008).

³ Tom Ginsburg, Justin Blount & Zachary Elkins, *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*, 81 TEMP. L. REV. 361 (2008).

When a constitutional creation process is fully public, the deliberations of the drafting body acquire a true social dimension. In other words, the line between the drafting body and the public blurs considerably, allowing for all participating social actors and entities to make up a *single* constitutional process.

There are also important normative benefits to a public process of creation: A public process of constitutional creation is more accountable and, therefore, can become more reflective of popular preferences. The public nature of the constitutional creation process reinforces its democratic credentials by allowing for accountability and constant popular supervision and control. For example, the public nature of the deliberations of the drafting body lessens the chance that the elected delegates will deviate from the social consensus that gave life to the process in the first place. It also creates a more engaged and educated population that will, later on, be better prepared to demand constitutional compliance by political and social actors.²

As such, it protects the sovereign People from runaway delegates that substitute the popular will with their own. When a constitutional process is fully public, the delegates stop representing themselves and represent the society that selected them. When this happens, the People aren't *given* a constitution; they write one *themselves*.

3. Participatory

Modern constitutions should not be imposed on passive People. As we just saw, they must be the work of the People themselves. As Elkins, Ginsburg and Blount explain, “[p]ublic involvement in constitution making is increasingly considered to be essential for the legitimacy and effectiveness of the process.”³ As a result, “[t]he maxim that constitution making should be participatory has become one of the most prevalent in the field.”⁴

When this happens, the elected delegates that actually write the specifics of the constitutional text become mere conduits of a broader, socially articulated and democratically expressed popular will. In these instances, “We the People” becomes an accurate description of the true author of the constitution. The participatory nature of a constitutional making process refers to the actual role the political community played in the adoption of constitutional content, including specific provisions and other policy preferences. While the democratic character of the process deals mostly with events occurring before and after framing as to the structure and nature of the process itself, participation deals with the substantive involvement of the People *in the actual drafting of the Constitution*. Of course, there is an important overlap between these elements. For example, there can also be channels of popular partici-

⁴ Hannah Lerner & David Landau, *Introduction to Comparative Constitution Making the State of the Field* in *COMPARATIVE CONSTITUTION MAKING 10* (David Landau & Hannah Lerner, eds.), Elgar (2019).

pation that not only enhance the process' democratic credentials, but *also directly impact the constitutional design itself*. In that sense, while a democratic process mainly impacts legitimacy, a participatory process also generates substantive connection by involving the social majority in constitutional creation through direct self-government.⁵

As such, participation is yet another byproduct of democratization. When democratic and participatory mechanisms are employed, two results may materialize. First, it can “enhance the legitimacy of the resulting constitutional text....”⁶ Second, it can impact the substantive content of the text.⁷

Participation comes in many shapes and sizes. In the next Part, we will discuss how it can be articulated during the different stages of the constitution-making process. For now, the point is to *include* as many segments of society, particularly the social majority, in the drafting process itself, so that the constitution is written not just *for* the People but *by* the People. As Elkins, Ginsburg and Blount suggest, “[w]e can say that constitutional design is more participatory if the mass public has more opportunities by which to both oversee and engage in the process.”⁸

In turn, effective popular control through participation requires generalized civic education.⁹ In order for the People to adequately articulate their policy preferences, which will eventually find their way into the constitutional text, they must be given access to information and exposed to ideas that speak to their needs, interests and realities.

4. Popular

The popular character of a constitution-making process depends on whether the eventual result is really an expression of the social majority. This includes issues such as the composition of the framing body, as well as the level of engagement with the process *by the social majority* of the particular political community that is self-constituting. In that sense, while *participation* focuses on *how* the general public is involved in the process, *popular* refers to *who* is involved. More importantly, it asks who the driving force behind the process is.¹⁰

⁵ See Jorge M. Farinacci-Fernós, *How History Determines the Use of History in Constitutional Adjudication* (chapter in upcoming book).

⁶ Lerner & Landau, *Op.Cit.* note 4, at 11.

⁷ *Id.*

⁸ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 363.

⁹ Of course, as Ghai and Galli warn, civic education “is not neutral of values or a country’s political history”. Yash Ghai & Guido Galli, CONSTITUTION BUILDING PROCESS AND DEMOCRATIZATION 15, IDEA (2006).

¹⁰ See Farinacci-Fernós, *How History Determines the Use of History in Constitutional Adjudication*, *Op.Cit.* note 5.

By *social majority* I refer to the quantitatively dominant, and minimally cohesive, group in a particular society, which can include the working class, indigenous peoples or a particular ethnicity or nationality. This, in contrast with elites or the privileged. In other words, the question is if the process adequately reflects the social majority and if this majority is merely a recipient of the constitutional product or its main driving engine.¹¹

There is no single universal articulation of who are the social majority at any given time.¹² Each historical circumstance can produce a particular popular coalition that can lead to a specific constitutional process.¹³ However, it is not an endless list of possibilities.

More to the point, *an ideal constitutional creation process will be the direct result of the political organization of a historically compelling social majority*. In turn, this social majority will be able to articulate the popular will. In that sense, the democratic, participatory and popular characteristics of a constitutional creation process reinforce each other.

Even if there is no precise singular articulation of a social majority at any particular historical context, we can still identify its opposite: elites or privileged social minorities. Of course, elites come in different shapes and sizes, and can actually form alliances with social majorities.

5. Socially Transcendental

Finally, we have the *socially transcendental* factor. This element addresses two critical factors. First, whether the constitution-making process can be labeled as a *pivotal event* in a particular community's history. In other words, *did it change anything in a meaningful way?* This can be seen both as (1) the process as the *generator* of change or (2) the process as the *direct result* of change. Second, whether that process has a lasting effect in the community moving on. Examples of socially transcendental events can be the achievement of national independence, the triumph of a revolutionary movement, or the attainment of any other important social-realignment that constitutes a milestone in the History of a particular society or community.¹⁴

¹¹ *Id.*

¹² A similar problem has been identified as it relates to defining the term "the People." See Lerner & Landau, *Op.Cit.* note 4, 5; Ghai & Galli, *Op.Cit.* note 9, at 15 ("There is no such thing as 'the people'").

¹³ See Jorge M. Farinacci-Fernós, *Post-Liberal Constitutionalism*, 54 TULSA L. REV. 1, 35 (2018) ("Whether it's poor people in Venezuela, workers in post-War Europe, black people in South Africa, or indigenous people in Bolivia, these social majorities are constantly being deprived of ordinary political power, even though there are the social majority.").

¹⁴ Farinacci-Fernós, *How History Determines the Use of History in Constitutional Adjudication*. *Op.Cit.* note 5.

The socially transcendental nature of a modern constitutional-creation process is based on the distinction between ordinary politics and constitutional politics.¹⁵ As Blount, Elkins and Ginsburg explain, “[n]early all the normative and positive work on constitutions proceeds from the assumption that constitutional politics are fundamentally different from ordinary politics.”¹⁶ Lerner and Landau suggest that during the exercise of constitutional politics, “deliberation about the long-term fate of the polity can partially supplant the ordinary, short-term bargaining of politics.”¹⁷

As such, ordinary politics differ from constitutional politics in two key ways. First, in ordinary politics, the role of the People is more passive and limited to selecting representatives that will act on their behalf. By contrast, during an exercise of constitutional politics, the People become more aware, interested and engaged, to the point that they are the main active player in the process. Second, in ordinary politics, the issues at stake tend to be more mundane and trivial, as compared with constitutional politics, where the transcendental, defining and pivotal issues are addressed and settled.

As such, when a process is characterized by a self-constituted sovereign People that are directly engaged in the highest kind of politics, the resulting constitution becomes a watershed in the polity’s history. This type of social transcendence gives the constitution, and the process that generated it, a privileged place in the legal and social structure.

B. The What: Substantive Content (A Conceptual Framework)

Writing a modern constitution is not just about the exercise of constituent power through democratic and participatory means. It is also about substantive content. After all, just because constituent power has been exercised democratically does not mean that the result will be normatively legitimate or adequate, particularly as to whether the new constitution can be adequately characterized as a *constitutionalist*. In other words, in addition to a democratic process of creation, the substantive content of the constitution must be independently modern and adequate.

This entails two important elements. First, the inclusion of the minimum features that make up the core of constitutionalism. In order for a modern constitution to be correctly identified as a constitutionalist, it has to include all of these core elements and exclude any other that are incompatible with it. Second, the modern constitution also should include important substantive provisions that address the pressing social and economic issues that face a particular society. The former is a pre-requisite of constitutionalism. The latter is a modern necessity.

¹⁵ William Partlett, *The Dangers of Popular Constitution-Making*, 38 BROOK J. INT’L L. 193, 195 (2012).

¹⁶ Ginsburg, Elkins & Blount, *Op.Cit.* note 1, 42.

¹⁷ Lerner & Landau, *Op.Cit.* note 4, at 6.

1. Core Features of Constitutionalism

As previewed, the democratic exercise of the constituent power does not automatically guarantee that the substantive result will be consistent with constitutionalism. That is why the question of content is separate from the process. Although I strongly believe that a democratic constitution making process should normally produce positive substantive results that are meritorious of the constitutionalist label, it is not a conceptual certainty. As a result, we must identify the minimum substantive content that a modern constitution should include in order to be labeled as such, irrespective of the creation process.

At a bare minimum, this substantive content must comply with the basic tenants of constitutionalism, as modernly articulated. As I've explained elsewhere, modern constitutionalism consists of an irreducible core, made up by the following elements: (1) a government with limits as to the exercise of its powers, (2) procedural and substantive limits to the exercise of all power, whether public or private, (3) rejection of arbitrary government, (4) constitutional supremacy, (5) judicial enforcement, (6) recognition of basic rights, (7) written-ness and (8) democratic self-rule mechanisms.¹⁸

If a particular constitutional structure comports with this basic core, and does not include any additional elements that are somehow incompatible with it, then it has passed the *constitutionalist test*.¹⁹ All modern constitutions should include this substantive minimum.

2. Additional Substantive Content

But just passing the constitutionalist test is not enough in the modern context. Modern constitution making requires that drafters address important substantive policy issues that should make their way into the constitutional text. Of course, this substantive content must be compatible with the constitutionalist core in order to retain the constitutionalist label.

In other words, incorporating the core features of constitutionalism is a necessary, but not sufficient, requirement of modern constitutions. Once these features are included, modern constitutions makers should (1) identify those substantive policy issues that are important to that particular society and (2) incorporate the deeply-held preferences and views of the social majority as to those issues.

Modern constitutions tend to address matters related to public services, economic organization, labor relations, environmental protection, and other important social issues. This includes adopting provisions that deal with education, housing, health-care, wealth distribution, public goods and spaces, natural resources, among others.

¹⁸ Farinacci-Fernós, *Post-Liberal Constitutionalism*, *supra* note 13, at 8. For an in-depth analysis of these elements, *see id.*

¹⁹ *Id.*, at 3-4.

Once the particular issues have been selected, the next step is to identify whether a sufficient social consensus exists as to policy preferences. This is meant to avoid instances in which “a small partisan majority [is] able to impose its preferences not only on the current minority, but also on a posterity in which it may itself be a minority.”²⁰

In other words, we must determine whether there is a widely held view as to these issues that can be articulated as constitutional text and that constitutes a legitimate entrenchment of a clearly majoritarian position. When this happens, the constitution becomes a “substantive blueprint for society.”²¹

As a result, the policy discretion of the legislatures is considerably limited. In these instances, the People adopt the general policy and leave it to the legislative body to identify mechanisms as to its implementation. This includes decisions as to particular enforcement structures, budgetary priorities and operative details. Finally, courts are empowered to serve as gatekeepers that keep the legislators in check and within the policy choices made by the constitutional drafters. In modern constitutional systems, the People address the *what* through constitutional enactment, and leave the *how* to their elected legislators.

There are multiple textual mechanisms available to constitutional drafters so as to turn these policy preferences into concrete and operational provisions. None of these mechanisms are mutually exclusive. On the contrary, they tend to reinforce and complement each other. Among these possible articulations, two stand out: (1) enforceable rights, and (2) enforceable policy commands.²²

The entrenchment of substantive rights, most notably socio-economic and cultural rights, became popular after World War II. The decision to channel substantive policy through enforceable individual rights is the result of a rights-oriented view of constitutional policy.

In that sense, substantive rights are the descendants of civil and political rights. First, as a matter of their role in democratic self-government.²³ Second, and most relevant here, because the success of constitutionalized civil and political rights as the preferred method of policy entrenchment spilled over to substantive matters,

²⁰ Jon Elster, *Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making* in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL DESIGN* 18 (Tom Ginsburg, ed.) Cambridge University Press (2012).

²¹ Jorge M. Farinacci-Fernós, *Post-Liberal Constitutionalism*, *supra* note 13, at 33.

²² See Jorge M. Farinacci-Fernós, *Originalism in Puerto Rico: Original Explication and Its Relation with Clear Text, Broad Purpose and Public Policy*, 85 *REV. JUR. UPR* 203, 246 (2016).

²³ Jorge M. Farinacci-Fernós, *Looking Beyond the Negative-Positive Rights Distinction: Analyzing Constitutional Rights According to their Nature, Effect and Reach*, 41 *HASTINGS INT'L & COMP. L. REV.* 31, 36-37 (2018) (“[Socio-economic rights] are partially premised on the notion that civil and political rights are not, by themselves, enough to guarantee full citizenship and ensure effective self-government.”).

such as education, healthcare, housing and labor conditions.²⁴ In the end, “[w]hen a constitution takes a position as to the importance, scope and effect of rights associated with education, health, labor and other similar matters, the constitution transcends its neutrality, takes a substantive position and molds the future development of society.”²⁵

But the entrenchment of enforceable individual rights that are substantive in nature is not the only mechanism for including policy matters in a constitution. The other main tool used by constitutional drafters is the inclusion of binding policy provisions and commands that guide the development of society and the operation of governmental actors.²⁶ These provisions transcend the more limited individual-rights approach to policy matters and take shape as enforceable constitutional mandates that are directly applicable to public and private action.

Let’s look at an example of this phenomenon: education. On the one hand, the constitution can include an enforceable individual right to receive a free public education. But the constitution can *also* include general policy provisions that *require* the state to establish a free public education system. This allows enforcement actions that transcend individual cases, directly guides government action and empowers judicial bodies to make sure that the government obeys this constitutional command.

The education example works neatly for both approaches (rights and policy command). But other issues are better dealt with through the latter instead of the former. For example: economic organization and wealth distribution. This includes, for example, constitutional provisions that require that certain industries be publicly owned and never privatized. These issues are not individual rights. Instead, they are constitutional determinations about how society will be governed and are generally applicable.

Although not inherently, the substantive content of a constitution can be, wholly or partially, the result of a dominant ideology or political world-view that has achieved broad social acceptance and has managed to channel that social consensus into the constitutional text. Sometimes that connection between ideology and substantive content will not be established explicitly in the text. Recourse to extra-textual and historical sources will be needed. For example, while Montesquieu is not expressly mentioned in the U.S. Constitution, historical evidence can suggest that some of his views were incorporated in the text.

But other times ideology can be *expressly* articulated *as* constitutional text. Among the shapes that this can take are the inclusion of ideologically-laden principles and values. For example, a constitution can establish as foundational legal

²⁴ See Herman Schwartz, *Do Economic and Social Rights Belong in a Constitution?*, 10 A.U. J. INT’L L. & POL’Y 1233, 1242-1243 (1995).

²⁵ Farinacci-Fernós, *Looking Beyond*, *supra* note 23, at 39.

²⁶ Farinacci-Fernós, *Post-Liberal Constitutionalism*, *supra* note 13, at 32.

principles ideas such as *human dignity, a free and just society, the interests of the proletariat, natural justice*, among others.

This can have three types of effects on the substantive content of a constitution. First, as an independent source of substantive content. That is, as a directly enforceable constitutional provision that has normative effect. Second, it can determine the normative content of other constitutional provisions. And third, it can be used in combination with separate constitutional provision which can wield greater normative power than they have on their own separately.

II. DEMOCRATIC PROCESS: STAGES OF CONSTITUTIONAL CREATION

In general terms, there is no one-size-fits-all model for determining the democratic character of a constitutional process. There are several features that must be analyzed in order to judge a process' democratic credentials. Among these are (1) the level of connection between the People and their representatives, (2) the political context of the selection process for the framing body, including the scope of public engagement and the nature of the structure and method used in selecting its members, (3) the quantitative universe of people who participated in the selection process, like the election of delegates, (4) the level of accountability, and (5) the role of the self-constituting People in the whole process, which can include determining to start the process in the first place, selecting the delegates and ratifying the ultimate product of the framing body. Finally, and crucially, the level of similarity and reflectiveness, as to both the makeup and policy preferences, between People and framers will be key in determining the process' democratic credentials.²⁷

This general proposal requires a detailed look of each individual stage of constitutional creation in order to determine how to infuse the five characteristics that we identified in Part I.

Others scholars have identified different sets of stages that are involved in constitution-making.²⁸ According to Yash Ghai and Guido Gallo, drafting and adoption are the centerpiece of this type of endeavor.²⁹

²⁷ See Farinacci-Fernós, *How History Determines the Use of History in Constitutional Adjudication*, *Op.Cit.* note 5.

²⁸ For example, Jon Elster also has proposed a list of constitutive stages. See Jon Elster, *Arguing and Bargaining in two Constituent Assemblies*, 2 U. PA. J. CONST. L. 345, 358 (2000). In particular, he states that "a number of decisions must be made", including (1) calling the framing assembly, (2) selecting the procedures for delegate elections, (3) mandates to the assembly, (4) delegate credentials, (5) determining the internal decision-making procedures, and (6) ratification. *Id.*; Elkins, Ginsburg & Blount, *supra* note 3, at 364, describing Widener's model as including the following stages: (1) drafting, (2) consultation, (3) deliberation, (4) adoption and (5) ratification; see also <http://pwwer.princeton.edu/drafting/index.html> (last visited March 31, 2021) for similar model as to constitution-making stages.

²⁹ Ghai & Galli, *Op.Cit.* note 9, 9.

For purposes of this Article, I identify the following stages: (1) historical stage, (2) design stage, (3) selection stage, (4) drafting stage, and (5) adoption stage. The key questions I now address is (1) *what should these stages look like in practical terms?*, and (2) *how do they interact with the normative concepts discussed in Part I?*

As Lerner and Landau explain, “[m]uch of the recent literature on constitution making focuses on the design of its process.”³⁰ As a result, “[a]ny particular instance of constitutional design must deal with certain basic questions of organization and process.”³¹ Yet, most of that literature has been descriptive rather than normative.³²

While Jennifer Widener correctly cautions that “it is likely to remain difficult to offer strong statements about ‘best practice’ with respect to constitution writing,”³³ I believe we can identify a basic approach that is normatively attractive in our current modern circumstances.³⁴ As Elkins, Ginsburg and Blount have pointed out, “[t]here are, of course, multiple aspects of the constitutional design process that deserve scrutiny, ranging from the sequence and organization of the drafting stages, to internal rules of order, to the selection of the actors involved.”³⁵ Such scrutiny may include attempting to identify, at least, an elementary model. I now turn to my proposal as to this issue.

As previewed earlier, the different defining characteristics of a modern constitution-making process (democratic, public, popular, participatory and socially transcendental) will play different roles in each stage.

As to the historical stage, the popular and socially transcendental nature of the process will be fundamental. It is here that ‘We the People’ are articulated for constitutional purposes and where the constitution’s eventual claim of supremacy will be rooted.

As to the design or structural stage, democratic and participation considerations will be paramount. It is here that the process will acquire *political legitimacy*. In modern circumstances, this is almost synonymous with democratic values. And, as we saw, participation is a primary manifestation of democratic engagement.

As to the selection stage, its democratic and popular character will be pivotal. On the one hand, the legitimacy of the actual drafters must be traced to popular consent. Also, the composition of the deliberative body will be crucial to the notion

³⁰ Lerner & Landau, *Op.Cit.* note 4, 8.

³¹ See Ginsburg, Elkins & Blount, *Op.Cit.* note 1, 34.

³² *Id.*, 32.

³³ See Widener, *supra* note 2, at 1536. See also Lerner & Landau, *Op.Cit.* note 4, 8-9 (“[C]onstitution making can be a messy business”).

³⁴ See Mark Tushnet, *Constitution-Making: An Introduction*, 91 *Tex. L. Rev.* 1983 (2013) (“The precise issues constitution makers confront vary widely and depend on the specific historical circumstances in which they operate”).

³⁵ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 363.

that it must be representative of both the dominant social majority and the different minority groups.

As to the drafting stage, publicity and participation will be dominant. This is necessary to blur the line between an active drafting body and a passive People. Democratic self-government requires transparency from agents –in this scenario, the elected delegates- and involvement by the sovereign –in the case, the People themselves–.

Finally, when it comes to the ratification stage, it will be characterized by its democratic and participatory nature. It is here that the People have the final word as to the constitutional product. It must be a decision made only by the People and by some form of majoritarian mechanism.

Of course, none of the above means that the remaining features will have no role to play in each corresponding stage, just that their role will be secondary or, at least, partially overshadowed by another. We now turn to an individual analysis of each stage, taking into consideration the five normative concepts we have identified.

A. *Historical stage*

In the realm of constitutional creation, much of the heavy lifting will be done before a single delegate is elected or a single word of the constitutional text is written down. That's because modern constitutions should be a *social and historical phenomenon* that are both the *culmination* of a process and the *start* of a new one. In that sense, the actual document that is produced is but the endpoint of an entire social event that is, hopefully, characterized by a continued exercise of high-energy constitutional politics.³⁶ As we are about to see, the dominating normative factors of the historical stage will be its *popular* and *socially transcendental* nature.

The historical stage will directly impact, and even condition, the actual framing process itself. The stronger the link between the historical stage and the subsequent ones, the more outcome determinative the former will be. This is inherently related to the democratic, popular and socially transcendental factors we discussed earlier. A truly democratic and modern constitution will not be the result of ordinary politics or the product of legal technicians. On the contrary, it will be a multi-staged, yet unitary, social and historical process that adequately articulates the popular will.

³⁶ See Ginsburg, Elkins & Blount, *Op.Cit.* note 1, 35 (mentioning the ‘mobilization of interests and counter interests) prior to the preparation of a text’). See also, Jon Elster, ‘Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making’, *Comparative Constitutional Design* (Tom Ginsburg, ed. 2012) 16-17 (identifying some of the issues related to the pre-drafting stage, including delegate selection). For his part, William Partlett characterizes this stage as a “period of extraordinary popular mobilization”. Partlett, *supra* note 15, at 194.

This stage also produces concrete *social consensus* as to what the constitution should look like, including its substantive policy provisions, the structures of government and the type of society that is to be built.³⁷ When this happens, the constitutional creation process becomes a means to a democratically determined historical end. In other words, when a truly democratic, popular and socially transcendental creation process is carried out, a social consensus emerges, where the political community will start to clearly identify what it wants from the constitutional project. In that sense, the constitution will be pre-written by historical forces. The eventual drafting stage merely translates that phenomenon into practical and legal reality.

This includes the identification of historical grievances, world views, remedies, and policy choices and preferences that will eventually make their way into the constitutional text. When this happens, the final document will be able to generate popular support, not just because of substantive agreement with the text, but because the process itself will have connected the People and the written constitution from the very beginning.

As such, it is crucial to properly identify what *kind* of historical process is being carried out. For example, whether we are dealing with a process that can be characterized as a *continuation* of the current constitutional order or a *clean break*.³⁸ Constitutional creation processes that are within the current legal order will, most probably, follow whatever procedures have been previously adopted. Clean breaks, normally done illegally or extra-legally, have much more room to maneuver.

But for the purposes of this Article, it makes no difference which road is taken. If we are dealing with a continuation (constituted power), our model should be incorporated into the constitutional structure when it was originally adopted. In this instance, it would be incorporated in the amendment provisions that deal with future creation processes. In other words, a modern constitution should also include a democratic process for its eventual modification or replacement that is based on the model we discuss here. If, on the other hand, we are dealing with a clean break (constituent power), then the model simply needs to be implemented straight on.

Crucial to the historical stage is the *popular* nature of the constitutional process. This will allow us to identify who are the social majority and what type of constitutional making structure would be ideal. For example, we must determine if we are dealing with a multi-national community that requires, not only a government that is structured as a federation, but a constitutional making process that also reflects that federative characteristic. It also goes to the identification of the social and historical grievances that produced the need to create a new constitution in the first place, that

³⁷ See Ghai & Galli, *Op. Cit.* note 9, 9 (referring to “various forms of consensus-building before the formal process of constitution-making can commence”).

³⁸ See Jorge M. Farinacci-Fernós, *The Constitution is Dead! Long Live the Constitution!*, 25 BARRY L. REV. 35 (2020).

will generate the normative force behind the creation process, and that will identify what will be the actual substantive content of the constitution itself.

Almost by definition, the historical stage eludes formal structures, unlike the subsequent stages we will discuss later on. So, instead of identifying a specific operating model, the crucial element will be whether the historical stage is able to generate the democratic, popular and socially transcendental force that will carry over to the latter stages. In the end, what matters is whether the constitutional creation process is truly the *result* of a social process or merely the mechanical adoption of a new legal instrument that we dub ‘the constitution.’ This type of social phenomenon is the quintessential example of an exercise in constitutional politics.

Although mostly informal in nature, the historical stage should culminate with a formal determination that a new constitution should be written. Ideally, this would be carried out through a popular referendum that officially authorizes the process. In particular, the People should be consulted as to whether a *formal* constitutional process should begin in the first place. In other words, the People should make the initial decision to start the constitution-making endeavor. This can be done before or after the design stage, or both; that is, an initial referendum authorizing the start of the constitution making process and a second one approving the design that was tentatively agreed upon by the relevant actors during the design stage, to which we now turn.

B. *Design (or structural) stage*

During this stage, the actual operation of the deliberative process and bodies are adopted. The goal is that the implementation of these decisions will be relatively uncontroversial and seen as legitimate, since they were previously agreed upon during the design stage through a process that generated social and political acceptance.

The ideal approach would be to create a *design process* that mirrors the *actual design* itself. In other words, both the constitutional creation design and the process that generates it must be democratic, public and participatory. As a result, the mechanism by which we determine how to formally start the constitutional creation process needs to adopt the same normative factors that we will also apply to the subsequent stages. For reasons of clarity, the model I will propose is ideally premised on a blank slate scenario. It is in this context that an optimal model of creation and design can be truly appreciated.

But there are inherent tensions associated with the design stage.

On the one hand, one could argue that a truly democratic process cannot be wholly pre-ordained, particularly by the current –soon to be previous- legal order. What would be the point of insisting on a democratic, popular and participatory process of creation, if the actual operation of that process, including the deliberations of the framing body, are subject to a previous agreement between forces that pre-

date the actual creation process? An agreement that could have been made through mechanisms that were hardly democratic or participatory.

On the other hand, if we skip this stage, then the determination as to how the drafters are selected, how will the framing body work—including its size, operation, timetables, etc.—, and how will ratification be done, can easily be manipulated and open to arbitrary action. A middle point should be attempted.

I do not submit that a constitution-making process that stems from a pre-existing legal order can never be compatible with the model proposed in this Article. For example, our model would apply to the work of the *earlier drafters*. Ideally, the *current* text would have adopted a future design process that would incorporate our model and its normative characteristics.

As a result, it would suffice if the previously adopted constitutional revision mechanisms are compatible with the model that we are about to discuss. Also, there is still much value in applying the applicable normative concepts to the inevitable discussions and decisions that must be made in terms of the constitutional revision process, even if done within pre-ordained structures.

As we are about to see, the dominating normative factor of the design stage will be its *participatory* nature. This key ingredient will, in turn, generate sufficient levels of inclusion and acceptance, so as to allow the subsequent stages to go ahead with maximum normative legitimacy, within historical circumstances.³⁹ As Mark Tushnet suggests, “[i]nclusiveness is the contemporary mechanism for ensuring that a constitution actually is an exercise of the constituent power.”⁴⁰

Among the most important issues that need to be dealt with during the design stage are: (1) the nature of the deliberative body, (2) its size and composition, (3) its general inner workings, (4) potential timetables, (5) the selection of members, (6) ratification mechanisms, among others. In other words, *the model itself should be adopted during this stage*.⁴¹ As Widener explains, “[t]he character of the main deliberative body is often the primary focus of interest, possibly on the grounds that its character and composition send strong signals about representativeness to the public at large.”⁴²

As to the nature of the framing body, I pose some preliminary questions. For example, will it be a fully sovereign articulation of constituent power or will it merely be an expression of constituted power?⁴³ Also, is it merely a drafting body, or will it have the power to adopt, at least partially, the constitutional text? The main point

³⁹ See Tushnet, *supra* note 34, at 1991.

⁴⁰ *Id.*, at 2000.

⁴¹ See Elster, *supra* note 20, at 358.

⁴² Widener, *supra* note 2, at 1523.

⁴³ See Lerner & Landau, *Op.Cit.* note 4, 5 stating that “the dominant theory of constitution making continues to be the constituent power theory.”

here is that these crucial decisions should be made *before* the drafting body begins its formal deliberations. In that sense, *the design stage can rise to the level of an exercise of constituent power, even if the result is to tame the drafting stage.*

It is during the design stage that these structures and instances will be concretized. First we will focus on *how to adopt* them in the first place. Then we will address *what they should look like*. For the purposes of the design stage, the important thing is that *these decisions must be made at some prior point* and that the process to make those decisions must be as inclusive as possible, without sacrificing the sovereign power of the social majority.

Thus, a crucial balance needs to be sought between the social majority and the minority factions of the community. On the one hand, the minority sectors must feel that their interests will be adequately included and represented. This requires adopting mechanisms for their adequate participation in the constitutional process, even if it means giving them a greater level of power that they would normally have in quantitative terms. On the other hand, the social majority must have sufficient room to implement its constitutional project. This requires adopting mechanisms for their overall views to eventually prevail, without it becoming a *pro forma* exercise.

An optimal design stage combines participation, inclusion, cohesion, compromise and consensus, even if not unanimity or excessive concessions, precisely because, as Elster points out, “constituent assemblies are often more polarized than ordinary law-making bodies.”⁴⁴ This is so, because the stakes are, and should be, higher in constitutional drafting. After all, it will be the supreme legal source of the community and, as we will see when diving into substantive content, will have a central role in the actual shaping of society.

There are multiple mechanisms that are inclusive in nature that can be adopted for the design stage. Depending on the role of the existing legal order, these mechanisms can range from informal to formal, illegal to legal. For example, there are multi-sector roundtable talks, which normally take place in more informal and non-legal scenarios. But even in purely formal and legal structures, *informal political and social conversations* between the key players is recommended, even if only to make sure that the determinations made at the formal and legal levels will be politically viable. Whatever the specific mechanism used, the goal is the same: to include all relevant social and political forces so as to agree upon a basic rule-set that will rule over the constitution-making process.

While the social majority should be allowed to exercise its status as the dominant force, that same social majority should exhibit restraint and humility and allow minority forces to feel included. In the end, it is actually in the social majority’s interest that such an inclusive process takes place, so that the eventual constitution that is adopted, which presumably will mirror the policy prefer-

⁴⁴ Elster, *supra* note 20, at 348.

ences of the social majority faction, can also command assent from the minority sectors.

At the heart of any modern constitutional creation process is the framing body, which should be characterized for its democratic, public, participatory and popular nature. In particular, this body should be considered the practical articulation of a constituted sovereign People that is about to engage in willful self-government. Finally, there should be agreement on whether the framing body will be considered a constituent power or a constituted power.⁴⁵ In its purest form, it should be the former.

The drafting body must be democratic and popular in nature. That is, it must be selected and accountable to the People, and it must represent all elements of social life, from the social majority to diverse minority elements of the community.

The composition of the framing body should reflect the social reality of the particular political community. This includes taking into consideration possible federalism concerns, ethnic diversity, political organization, geographical interests, amongst others. Again, there should be a balance between the social majority's ability to exercise its democratic mandate and the right of minority forces to be able to influence the constitutional project. This can include, for example, minimum representation quotas for crucial social and political forces.⁴⁶

As to size, a crucial balance should be struck between too small and too big. As a relative matter, bigger tends to be better, so that more voices are present. Of course, this should not compromise the ability of the body to function effectively as a deliberative entity. In other words, it should be as big as practicable, including numbering in the low hundreds.⁴⁷

Timetables are tricky. On the one hand, an effective adoption process cannot be absolutely indeterminate. On the other hand, and particularly if we are dealing with a body that can be described as a constituent power, strict, pre-determined time limits can be counterproductive. However, *nonbinding goals* can serve a useful purpose. An effective adoption process should take several months or even a few years.⁴⁸

Without compromising its sovereign nature, the powers, structure and basic rules of the drafting body *can* be, even if only *preliminary*, determined at the design stage. This can maximize its inclusive nature. Sufficient flexibility can be given to the elected body to adapt to developing circumstances and the democratic outcome of the election. This does not necessarily compromise the framing body's characterization as an articulation of constituent power, since the decisions made at the design stage *can also be seen as an exercise of constituent power*.

⁴⁵ See Tushnet, *supra* note 34, at 1985.

⁴⁶ Widener, *supra* note 2, at 1519.

⁴⁷ See Ginsburg Elkins & Blount, *Op.Cit.* note 1, 41.

⁴⁸ See *id.*

The remaining issues, including the inner workings of the drafting body, the selection of its members and ratification mechanisms will be discussed later on. The crucial thing is that they are agreed to during the design stage. When the relevant political and social actors have agreed upon design, a popular consultation could be beneficial before moving to the selection stage.

C. Selection stage

Once the design has been agreed upon, we can proceed to delegate selection. During the design stage, an agreement needs to be made as to the mode of selection for the delegates to the framing body. I now offer a few suggestions as to this matter that take into account the normative factors discussed in Part I. As previewed, the dominant factors will be the democratic and popular nature of this stage.

Ordinary legislatures should not become constitutional drafting bodies.⁴⁹ Electing an everyday government is a different enterprise from selecting constitutional drafters. For example, when electing an ordinary legislature we can focus on the specific matters of the day and take into account issues such as competency and accountability. When electing constitutional drafters, policy compatibility should be the paramount concern.

As such, the ideal approach would be to elect a wholly new body with the exclusive task of drafting a constitution. The ordinary legislature would continue functioning under the current constitutional order.

Tushnet suggests that “the constitution-making body cannot actually be the people as a whole. For purely practical reasons, that body can be at most representative of the people.”⁵⁰ For that very reason, those representatives must have the highest democratic credentials. The objective should be that the drafting body adequately represents the polity, both its social majority and its different minority groups.⁵¹

Because of this, some form of proportionality should be adopted. Depending on geographical, ethnic or historical considerations, the entire polity can be characterized as a single constituency; or regional constituencies can also be used, applying a formula of proportionality within each one. Also, in order to have a truly inclusive drafting body, consideration should be given to the possibility of reserving seats to important sectors of society, including underrepresented groups, insular minorities and other forces that would otherwise feel excluded from the constitution making

⁴⁹ See Lerner & Landau, *Op.Cit.* note 4, 9; Ginsburg Elkins & Blount, *Op.Cit.* note 1, 37.

⁵⁰ Tushnet, *supra* note 34, at 1987,

⁵¹ *Id.*, at 2000 (“Inclusiveness is the contemporary mechanism for ensuring that a constitution actually is an exercise of the constituent power”). See also Ghai & Galli, *Op.Cit.* note 9, 15.

process.⁵² All of this, of course, should not prevent the social majority from being the dominant force in the framing body.

There should also be a period for public debate and discussion before a special election for delegates is held. This has two complementary goals. First, it allows the public to engage in collective discussions that will eventually articulate the basic substantive agreements as to what the constitution should include. Part of this process is the circulation of general and specific proposals by political parties, individual candidates and social groups. Second, it allows the electorate to analyze the different proposals that are available and to select parties or candidates that reflect their deeply-held policy views. As a result, the eventually elected delegates have a democratic mandate as to the substantive content of the constitution. This links the historical stage with the drafting stage, through the delegate selection stage.

While not essential, it would be beneficial to agree that members of the ordinary legislature cannot stand for election to the drafting body, and that the members of the drafting body shall not be eligible for election to the next legislature.⁵³ This is to ensure that ordinary politics and constitutional politics remain in separate realms. The goal would be that the elected drafting body is made up of ordinary citizens, confirming its popular nature and status as a true reflection of society.

This brings us to an issue that involves contradictory considerations: the degree to which delegates are bound to popular preference. As a general matter, the type of adoption process discussed in this Article privileges the central role of the People as to the constitutional enterprise, *particularly as the main source of the substantive policy positions adopted in the constitutional text*. In other words, that the constitution should contain what the People, as a collective, believe, not what their elected representatives prefer.

Yet constitution making is a dynamic process that includes deliberation and debate between different social and political forces. It is not a simple exercise by which 51% of the electorate fixes constitutional positions, turning the elected delegates into mere automatons. Bargaining and persuasion are part of this endeavor.⁵⁴ And not just between the delegates meeting in the drafting body. Bargaining and persuasion *also involves the People*, including the social majority. In other words, *minority delegates at the convention are not just trying to convince majority delegates; they are trying to persuade and bargain with the social majority directly*.

This supposes that, while the social majority's principal policy preferences should be constant throughout—and eventually find themselves included in the constitutional text-, the extent and specific articulation of these preferences can change *during the constitution making process itself*. As a result, while the delegates should

⁵² See Widener, *supra* note 2, at 1519.

⁵³ See Elster, *supra* note 20, at 387.

⁵⁴ See *Id.*, at 371.

be mindful not to represent themselves and also remember that they have a democratic duty to represent the views of their constituents, this does not entail complete deliberative inflexibility.

Yet, we should discard models that give too much autonomy to elected delegates to the point of disregarding their constituents' wishes.⁵⁵ Truly democratic process of constitution creation should aspire to generating a drafting body that adequately reflects the composition of the polity, as well as its policy preferences. In that sense, mandates to delegates have important democratic benefits.⁵⁶ Of course, as we just saw, these mandates need not be wholly inflexible and invulnerable to a dynamic public, participatory and popular process.⁵⁷

D. *Drafting stage*

When a truly democratic process of constitutional creation is carried out, the nature of the framing body and of the drafting stage as a whole is radically transformed. First, the dichotomy between a passive People and active representatives is destroyed. Here, the People *are* the main active ingredient. Second, the drafters become subservient agents of the People. Through the historical and design stages, the social majority is able to implement control mechanisms that limit the individual role of the delegates by turning them into conduits of the popular will. And third, the framing body becomes the symbolic articulation of a self-constituent People.

The main normative concepts applicable to the drafting stage are participation and publicity. In turn, participation and publicity will strengthen its popular, socially transcendental and democratic nature. In that sense, participation and publicity are both ends in themselves and means to achieve additional, yet related, goals.

At least the main deliberations of the drafting body must be public.⁵⁸ Evidently, informal meetings and discussions maybe done outside the public eye.⁵⁹ This could

⁵⁵ See Widener, *supra* note 2, at 1519, describing “rules that lock delegates into positions” as “counterproductive”.

⁵⁶ See Esalter, *supra* note 20, at 364.

⁵⁷ For a critical view of my proposal, see *Id.*, at 386.

⁵⁸ Tushnet, *supra* note 34, at 1996 (“Under modern conditions [the drafting body] will have to function with some substantial degree of openness”); Widener, *supra* note 2, at 1519.

⁵⁹ Tushnet, *supra* note 34, at 1997 (“Contemporary constitution writing must occur in substantial part before an observing public, but effective constitution writing must occur in substantial part behind closed doors”). See also Widener, *supra* note 2, at 1519, noting that “[m]any constitution-writing processes have been closed committee deliberations to the media...allowing coverage only on the occasional plenary session, although they often reported extensively on the outcome of committee deliberations.”

I propose that, in balance, openness should be the default rule—particularly as to the *formal* aspects of the deliberative process—, with non-public discussions kept at a minimum and only in an informal setting.

also *partially* apply to initial drafting processes, such as the writing of a preliminary draft that can serve as a starting point for deliberations. I emphasize ‘partially’, because there is considerable room for publicity and public participation, even during the elaboration of the initial document that will be considered by the full deliberative body. What Jon Elster characterizes as ‘arguing and bargaining’ can be done both in public when done formally and privately when done informally.⁶⁰

As many scholars have suggested, the initial draft can be the work of a separate group, ideally an internal entity of the elected body and its staff, including legal experts.⁶¹ Widener warns that a “two –or three- stage process of textual development could vest considerable authority in the hands of veto players who are not evident to many members of the public.”⁶² As such, these veto points must be kept to an absolute minimum and only used when they are compatible with the democratic and participatory nature of the process.

As we saw, even during the historical and selection stages, *there will already have been a public debate as to the content of the constitution*. As such, the initial draft should not be entirely a mystery. Instead, it should merely be a more detailed articulation of what already has been discussed by the public at large. The proposals made by competing political parties and other social groups during the selection stage will be most useful, particularly those that received electoral support from the social majority.

In the end, the formal debates and deliberations must be transparent and accessible for the general public, preferably through mass media mechanisms.⁶³ This has several beneficial effects.

First, it strengthens the democratic credentials of the drafting process. In these instances, the sovereign People get to witness what it being done in their name. It also allows the People to make sure that their elected representatives don’t stop representing them and begin to represent themselves. While there is always a risk of grandstanding and demagoguery, it is preferable that the delegates feel accountable to popular sovereignty and not individual belief.⁶⁴ We must never forget that it is We the People who are adopting the Constitution.

Second, it allows for greater public engagement with the process by keeping the community informed of what is going on. This requires the adoption and execution of adequate mechanisms of popular dissemination.⁶⁵ When this happens, the

⁶⁰ See Elster, *supra* note 20, at 347.

⁶¹ *Id.*, at 366; Tushnet, *supra* note 34, at 1996.

⁶² Widener, *supra* note 2, at 1524.

⁶³ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 366 (“Many constitutional deliberations, like ordinary legislative debate, are increasingly televised”).

⁶⁴ Elster warns that publicity can result in demagoguery. Yet, it can also result in elected delegates actually delivering what We The People desire. Elster, *supra* note 20, at 411.

⁶⁵ See Tushnet, *supra* note 34, at 1998.

constitutional process becomes a true social phenomenon that allows the eventual constitution to claim its central role in society. This will particularly useful during future interpretive endeavors. A public constitutional process gains legitimacy, not by the elected status of the drafters, but by popular acquiescence of the process. Here, publicity is inherently democratic.

Also, the deliberations of the framing body should be structured so as to allow all social forces represented to have a voice in the proceedings. As Widener suggests, it is essential to “structure deliberation in a way that increases the likelihood that a broader range of interests will be considered.”⁶⁶ This goes to the participatory and popular nature of the drafting process.

A crucial aspect of the framing body is the role of the People in the actual drafting of the text, whether directly or, at least, indirectly. This is also related to the need for constant popular confirmation of what is being done. In other words, popular consultation should not be limited to ratification when the entire text has been written, but as a real time exercise of popular participation and sovereignty, including during the actual deliberations of the drafting body.

As Elkins, Ginsburg and Blount explain, “[a]nother mode of public participation involves direct consultation with the public or representative groups at various stages, which might occur before, during, or after the drafting of the initial text.”⁶⁷ This can be done, for example, through partial referenda (whether as to particular issues or as a partial approval mechanism).

Partial public consultation and confirmation have two important benefits. First, it strengthens the democratic credentials of the drafting process by signaling popular approval of the progress that has been made so far. I will retake this issue when analyzing the adoption stage. Second, and more relevant here, it allows the public to correct and deviation as to desired substantive content. In that sense, public participation “serves the function of providing information to decision makers about the *preferences* of the public while informing the public about possible outcomes. This allows *correction* if the written proposal or draft is wildly out of sync with expectations.”⁶⁸

Popular participation during the drafting process has been one of the most contentious issue among scholars. However, I’ve yet to find a persuasive argument against it that is compatible with democratic values and the notion of popular self-government.⁶⁹ As Ghai and Galli explain, “[i]t is now increasingly believed that par-

⁶⁶ Widener, *supra* note 2, at 1517.

⁶⁷ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 365.

⁶⁸ (Emphasis added) Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 365.

⁶⁹ Ghai and Galli make reference a cost-benefit analysis as to this issue. *See* Ghai & Gallo *Op. Cit.* note 9, 9; Tushnet, *supra* note 34 at 1997 (“[T]oday adoption generally requires a substantial amount of popular participation”).

ticipation is essential to the legitimacy of the constitution.”⁷⁰ At the same time, “[i]t is only in recent times that popular participation in constitution-making has been accommodated.”⁷¹ In the end, I agree with them when they state that “the case for public participation is strong.”⁷²

Elkins, Ginsburg and Blount warn about “the challenge of writing by committee, much less ‘writing by nation’.”⁷³ For his part, Tushnet suggests that “[t]he crowdsourcing example illustrates a more general point about constitution writing. An inclusive process can generate a wide range of perfectly decent proposals for the constitution, but integrating them into a single document that will serve as the blueprint for an effectively functioning government requires a fair degree of technical skill.”⁷⁴ Yet Tushnet does recognize the possibility of popular participation *before and after* the actual drafting process.⁷⁵

The trick is to separate *actual drafting* from *substantive policy guidance* from the public. The People don’t need to draft the actual specific words of the constitutional text. That’s what delegates are for. The goal of direct public participation would be to (1) identify what issues should be included or excluded from the constitution, and (2) which way should those issues be decided. If there is sufficient popular control as to *the policy content*, if not necessarily as to the actual textual structure, of the constitution, then the normative need for public participation can be, at least significantly, achieved.

Popular participation as to the actual drafting of text can come in many shapes and sizes: written proposals by individuals, groups of individuals, social organization (such as labor unions, civic entities, feminist and environmental groups, among others); public hearings, use of technological tools that allow for the public at large to propose, or even more importantly, weigh in their opinions about different proposals and alternatives.⁷⁶ This type of direct participation should be taken seriously

⁷⁰ Ghai & Galli, *Op. Cit.* note 9, 10.

⁷¹ *Id.* 13.

⁷² *Id.* 16.

⁷³ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 365.

⁷⁴ Tushnet, *supra*, note 34 at 1995-96.

⁷⁵ See Tushnet, *supra* note 34, at 1997 (“Popular participation can take place at two stages after a new constitution is proposed –through a processes that allow the people to propose, and the constitutional drafters to adopt, revisions in the initial proposal and through ratification processes”).

⁷⁶ This includes the potential use of crowdsourcing tools. See Carlos Bernal, *How Constitutional Crowdsourcing Can Enhance Legitimacy in Constitution Making* in *COMPARATIVE CONSTITUTION MAKING* (Landau, David; Lerner, Hanna eds., 2019); Tushnet, *supra* note 34, at 1664 (referencing Iceland’s experience). See also Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 364, stating that “[m]ultiple insertion points thus exist for involving the citizenry in constitutional design processes.”

and not dismissed as symbolic.⁷⁷ On the contrary, it should be a privileged source of “direct substantive input.”⁷⁸

From the previous discussion we can propose the basic general model as to the drafting stage.

First, once the assembly has been duly elected, its members accredited, and its internal rules agreed to –including timetables-,⁷⁹ a smaller group, composed of assembly members and staff, can write an initial draft to start off deliberations by the larger body. A precursor to this task can be the celebration of public hearings where individuals and social organizations can make general policy comments or submit particular textual proposals, as well as the use of technological tools to invite proposals and measure initial popular support for them. This initial draft should be structured in a way that it can be discussed piecemeal without compromising its general integrity.

Second, the initial draft should be divided by subject (rights, individual branches, policy commands) and sent to the corresponding committee of the deliberative body. Once again, public hearings can follow, with further use of technological tools for additional proposals or popular consultation as to particular issues or ideas. The forma deliberations of these internal entities should be accessible to the public, both physically and remotely.

Third, the individual committees should submit to the main deliberative body a draft text of their respective parts of the document and a report explaining their reasons, purposes, intent, goals and effects.

Fourth, the main deliberations of the framing body should be carried out publicly with delegates proposing, debating and voting on amendments, counterproposals and final drafts. These debates should be as honest, detailed and thorough as possible, in order to (1) generate a trustworthy record for the future and (2) allow the public to follow the deliberations *and have, at least, a general understanding of the process and of the substantive issues being discussed*. This will be vital for the final ratification stage. Also, during these deliberations, parallel public consultations –both informative and operative- should be carried out.

E. Adoption and Ratification stage

After all provisions have been considered and amendments voted on, the drafting body should vote on the entire text. A simple majority of the drafting body should be enough. Once this preliminary approval has been made, then it should go to the public for its final ratification through popular referendum. Almost by definition,

⁷⁷ Tushnet, *supra* note 34, at 1999.

⁷⁸ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 366.

⁷⁹ Elster, *supra* note 20, at 366.

this stage will be characterized by its democratic and participatory nature. In modern times, ratification has become “an increasingly common approach [to] direct public involvement in approving the constitutional draft in an up or down vote.”⁸⁰

But, as we have seen, popular consultations are not limited to the end of the constitution making process. On the contrary, they can and should be a permanent feature of the whole enterprise. So, before discussing the specifics of the ratification referendum, we should first analyze, as a whole, the role of referenda and similar consultation mechanisms during the entire constitution making process as an available tool for constant public participation. As we saw, Elkins, Ginsburg and Blount point out that “[a]nother mode of public participation involves direct consultation with the public or representative groups at various stages, which might occur before, during, or after the drafting of the initial text.”⁸¹

In modern times, the People don’t want to wait until the very end to be consulted as to the constitution making process. As we saw earlier, a public referendum is desirable at the very beginning of the process, including seeking approval of the idea of beginning it at and of the structure adopted at the design stage.

When analyzing the drafting stage, we discussed different participatory tools that allow the general public to have a greater say as to the content of their constitutional text. These tools were mostly propositional. Here, we focus on the other side of that coin: the possibility of *partial referenda* in order to approve specific provisions or parts of the constitution. This is an intermediate step between two stages, that is, after “processes that allow the people to propose, and the constitutional drafter to adopt, revisions in the initial proposal, and [before] ratification processes” are carried out.⁸²

As to the final ratification referendum, the main questions are quantitative: (1) should there be a minimum participation requirement?, and (2) should a simple majority suffice or is it preferable to have a super-majoritarian requirement? But before we propose answers to those questions, it should be stressed that, prior to any formal vote, every effort should be made to generate maximum public dissemination, deliberation and debate of the proposed text. Of course, if the previous stages were sufficiently public, participatory and democratic –including periodical referenda–, one could see how the final ratification referendum could be a foregone conclusion.

⁸⁰ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 362. The authors note that ratification “is part of a wider trend toward public participation” in constitution making. *Id.* See also Zachary Elkins & Alexander Hudson, *The Constitutional Referendum in Historical Perspective* in *COMPARATIVE CONSTITUTION MAKING* (Landau, David; Lerner, Hanna eds., 2019) *Op.Cit.* 142 (“Referenda...has seemingly become a ubiquitous means of ratifying constitutional change”).

⁸¹ *Id.*, at 365.

⁸² Tushnet, *supra* note 34, at 1997.

Nevertheless, sufficient time should be allotted from the drafting body's adoption vote to the celebration of the popular referendum.

As to the first question, there is a legal answer and a political answer. Legally, there should *not* be a minimum level of participation required. At the most, a fifty percent (50%) threshold will do. But, politically, if the level of participation is too low, then the constitution would suffer from a severe democratic deficit. As such, it would be contrary to the normative features I've stressed so far in this Article if the ratification referendum suffers from low participation. Ideally, the participatory nature of the previous stages would generate a high level of participation at the final stage.

As to the second question, I'm skeptical of super-majoritarian requirements. Again, if the constitution really was drafted through truly democratic, public, participatory and popular mechanisms, *and* is seen as a socially transcendental document that adopts the deeply-held views of the social majority, then we should expect that the constitution will be ratified by a wide margin. But, in the end, and from a purely design perspective, I believe that a simple majority would be enough to finalize this exercise of sovereign power.

Finally, it should be noted that in communities that are characterized by internal geographical and multi-national divisions, there could be a requirement that, in addition to a general majority in the referendum, there should also be majorities within particular electorates.

III. SUBSTANTIVE CONTENT

A. Introduction

Ideally, process produces content.⁸³ This is particularly true in the constitutional context: "The emergence of constitutional supremacy, and the idea of legal provisions that become higher law outside the reach of ordinary legislation, opened a new era of constitution-making: *what* should be entrenched in the Constitution?"⁸⁴ In recent times, "substantive policy choices related to economic structure, environmental conservation, labor organization, and so on, would also be entrenched."⁸⁵

Therefore, a truly democratic, public, participatory, popular and socially transcendental process of constitutional creation will allow the constitution to contain the substantive provisions that reflect the deeply-held policy views of the social majority. As Ghai and Galli explain, "[p]ublic participation tends to lead to numerous

⁸³ See Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 363.

⁸⁴ Jorge M. Farinacci-Fernós, *Originalism in Puerto Rico*, *supra* note 22, at 245.

⁸⁵ *Id.* Modern constitutions also tend to include provisions related to economic policy, social organization and material redistribution.

demands and can greatly expand the scope of the constitution.”⁸⁶ In other words, the more democratic and participatory the process was, the greater the chance that the constitution will include a many provisions that deal with a whole host of substantive policy issues. The same can be said about constitutional rights: “We might also expect that as the power of the citizenry in design processes increases, the number and extent of constitutional rights will increase as well.”⁸⁷

As a result, modern democratic constitutions tend to address substantive issues, whether through generally binding policy provisions or new and expansive constitutional rights. As we saw in Part I-B, at the very least, modern constitutions must comply with the basic core features of constitutionalism. Also, any substantive content that is added to that core must be *compatible* with it. This Article proposes that these additional elements address the pressing policy questions that confront any particular society. I now analyze what kinds of substantive and policy issues can or should be addressed by these modern constitutions.

B. Ideology

As we saw, substantive content is not neutral. If it were neutral, it would not be substantive. Substantive content is all about assuming a policy position. As we also saw, these policy positions tend to be the result of a particular political ideology or world-view. Ideally, in order to gain access to the constitutional text, with the consequences of entrenchment, these views should be broadly shared by the social majority.

In any case, ideology will *always* be present in one way or another. The main *design* question that framers must address is if they wish to incorporate that ideology in the constitutional text itself, preferably articulated in legally cognizable concepts. The purpose of including these concepts would be to ground the constitutional project on firm substantive soil. In other words, to guide the entire constitutional project, including its specific policy content.

For example, if the constitution will include extensive provisions that deal with labor rights, the drafters may choose to include references in the constitutional text to the *value of labor* or *the interests of the working class*. These ideologically-laden references can directly impact the normative content of the entire constitution in general, and its substantive provisions in particular.

There is no right answer as to whether drafters should include these types of substantive foundational values, such as *human dignity*, in the constitutional text. Drafters may choose to omit them. But there is value to including them in terms of

⁸⁶ Ghai & Galli, *Op. Citi.* note 9, 15.

⁸⁷ Ginsburg, Blount & Elkins, *supra* note 3, at 373.

the overall coherence of the constitution. Their inclusion can give more precise and effective meaning to the individual substantive provisions they engendered.

C. *Substantive Rights and other Policy Provisions*

Among the substantive policy issues that modern drafters should include address in their constitutional texts are: economic policy, environmental protection, labor conditions, cultural protections, and social services—including, but not limited to, housing, healthcare and education-. As we saw, drafters can choose to address these issues through the mechanism of individual rights or as binding policy commands. Some matters are more suited to one or the other. For example, economic policy is more suited the latter than the former. Finally, as previewed, this Article *does not* suggest which is the *correct* policy view that constitutional drafters should take. Instead, what would be required is that these matters are addressed, one way or the other, in the constitutional text.

In terms of *economic policy*, the main questions that drafters must address relate to issues of ownership of the means of production, material distribution and general economic development. For example, will there be a guiding principle in terms of a dominant economic model?⁸⁸ Is there a social consensus as to a general economic policy? In case there isn't, there still could be a social consensus as the question of ownership of particular industries or economic sectors, such as energy, transportation, oil and gas, mining, and so forth. This includes specific questions as to the manner of ownership, whether it be directly by the state, through state owned enterprises, workers' or community collectives, and so forth. The same can types of questions be asked about wealth distribution mechanisms, as well as general approaches to economic development.

When it comes to constitutionalized economic policy, I believe that policy commands are better suited than individual economic rights. Economic models are collective enterprises, not merely matters of individual rights protection. Still, economic policy can also be articulated as individual rights, even if of a collective nature. For example, the right of the People to reap the benefits of certain economic enterprises. It can also be articulated as purely individual rights, whether to the Right (right to free enterprise) or the Left (right of workers to share in the profits of a particular enterprise).

Another area constitutional drafters should address when writing a truly modern constitution is *environmental protection and conservation*. The pressing issue of

⁸⁸ Compare Chile's 1980 Constitution—with its strong *laissez-faire* orientation, which privileges private enterprise over public intervention-, with Portugal's original 1976 Constitution—with its strong socialist inclination, which privileged state and social property over private ownership—.

climate change and its socially disparate impact –principally hurting poorer people– have made questions about the environment and the adequate use of natural resources a constitutional matter. Again, as with economic policy, environmental issues are articulated as policy commands, although it can also be adopted as rights, whether of a collective or individual nature.⁸⁹ Among the issues that can be addressed through the constitutional text are matters of resource use and preservation, public ownership of critical lands, including beaches, rivers, forests, and so on. Modern constitutions should also address matters related to *cultural rights*. This includes issues related to ethnic and cultural minority communities, the preservation of historical and culturally rich sites.

Issues concerning *labor relations and employment conditions* should also be included in modern constitutions. This includes addressing both collective and individual labor matters, whether in the public or private sectors. A rights approach is probably the preferred approach. For example, the constitution can address issues such as wages, overtime pay, job security, discrimination, the particular rights of women in the workplace, safe working conditions, accident insurance, pensions, among many others. In the collective arena, the constitution should address issues such as labor unions, the right to collective bargaining and to engage in strikes and other concerted activities, worker participation in management decisions and profit-sharing.

Finally, there is the catch-all matter of *social services* which includes issues such as housing, healthcare and education. Some of the same questions are applicable to each one of these particular areas, like ownership, price, access, administration and resource allocation. Will there be a constitutionally required single payer health system? Will elementary, secondary and university public education be free of charge? Will there be economic support to private schools? Will there be protections against evictions? Modern constitutions should address these matters, at least at their most basic foundations.

In the end, there is a wide array of substantive policy areas that modern constitutional framers should address when carrying out their task. In recent times, just setting up a “neutral” constitution that leaves these matters exclusively to ordinary legislative mechanisms simply won’t do. The success of judicially enforced constitutional entrenchment and the risks of misfires of the ordinary political process requires that modern constitutions include enforceable substantive policy provisions that reflect the deeply-held views of the social majority of a particular political community. When that happens the constitution truly becomes the foundational legal document, not just of that community’s government, but of society itself.

⁸⁹ This can include, for example, an individual right to access to water.

IV. FINAL THOUGHTS

This Article had three main goals. First, to propose a basic model as to the *process* of constitutional creation. This model is based on the application of certain normative factors to the different stages of that process. Second, to propose a minimum *substantive content* that a modern constitution should include in its text. This minimum content is based on the existence of certain policy issues that should be incorporated into the constitution and not left completely to the devices of ordinary politics. Finally, this Article wanted to demonstrate that *both* of these matters –creation process and substantive content- are equally fundamental to any modern constitutional enterprise. In particular that, although they are conceptually different, there are important links between them.

Hopefully, a democratic, public, participatory, public and socially transcendental process of constitutional creation will generate legitimacy and authority, and will also produce a constitutional text that reflects the policy preferences of the social majority. When that happens, democracy is strengthened and the promise of real popular self-government is realized.

UNA MIRADA CRÍTICA AL ORDENAMIENTO PENAL DE TRÁNSITO: PRINCIPIO DE LESIVIDAD, EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL Y JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA

POR: SEBASTIÁN ARROYO-IGNACIO¹

RESUMEN

Primero exploramos cómo se ha entendido y trabajado desde el estado la situación de los conductores no autorizados. La realidad material de la mayoría de los conductores sin licencia les impide satisfacer las cuantías adeudadas por concepto de faltas administrativas —requisito indispensable para obtener o renovar la licencia de conducir. Luego analizamos los intereses expresos y ocultos detrás de este ordenamiento penal y cuestionamos (1) la legitimidad del estado para castigar por conductas que no lesionan bien jurídico alguno y (2) la legitimidad de un derecho penal con fines pecuniarios. Luego exploramos el ámbito del derecho penal para desenmascarar la falsa diferencia entre falta administrativa y falta penal y planteamos que ambas son faltas penales —y, por tanto, son materia del derecho penal— pues ambas consisten en normas jurídicas donde su violación acarrea la imposición de una pena. Ante esta situación le corresponde al derecho penal reconocer esta falsa diferencia —reconocer que las faltas administrativas acarrear la imposición de penas— y garantizar todos los derechos constitucionales que asisten a los ciudadanos imputados de delito, o declararlas inconstitucional. Por último, suponemos que nuestro ordenamiento penal reconoce esta falsa diferencia y veremos algunas disposiciones del Código Penal de Puerto Rico que le permitirían a los jueces enfrentarse a este fenómeno de una forma más terapéutica.

Palabras clave: *Ámbito del Derecho Penal, Bien Jurídico, Castigo, Condición Social, Debido Proceso de Ley Sustantivo, Derecho Penal, Discrimen, Falta Administrativa, Falta Penal, Hermenéutica Penal, Igual Protección de las Leyes, Justicia Terapéutica, Licencia de Conducir, Multas, Penas, Principio de Lesividad, Tránsito*

¹ Completó el grado de *Juris Doctor* en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico en mayo de 2020. Comenzó esta investigación mientras trabajaba como estudiante-abogado de la Clínica Penal, adscrita a la Clínica de Asistencia Legal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

ABSTRACT

We first explore how the state has understood and dealt with the situation of unauthorized drivers. The reality of most drivers without a license prevents them from satisfying the amounts owed for administrative offenses - an essential requirement to obtain or renew a driver's license. Then we analyze the express and hidden interests behind this criminal law and question (1) the legitimacy of the state to punish for conduct that does not harm any legal good and (2) the legitimacy of a criminal law for pecuniary purposes. Then we explore the field of criminal law to unmask the false difference between administrative misconduct and criminal misconduct and we propose that both are criminal misconduct - and, therefore, are a matter of criminal law - since both consist of legal norms where their violation entails the imposition of a shame. Faced with this situation, it is up to criminal law to recognize this false difference - to recognize that administrative offenses lead to the imposition of penalties - and to guarantee all the constitutional rights of citizens accused of crime, or to declare them unconstitutional. Finally, we assume that our criminal law recognizes this false difference, and we will see some provisions of the Puerto Rico Penal Code that would allow judges to deal with this phenomenon in a more therapeutic way.

Keywords: *Punishment, Social Condition, Due Process of Substantive Law, Criminal Law, Discrimination, Administrative Misconduct, Criminal Misconduct, Criminal Hermeneutics, Equal Protection of Laws, Therapeutic Justice, Driver's License, Fines, Penalties, Principle of Injury, Transit*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. RESPUESTAS LEGISLATIVAS: CASTIGO O AMNISTÍA. III. LA SEGURIDAD VIAL COMO BIEN JURÍDICO Y LOS CONDUCTORES SIN LICENCIA; III. A. *El bien jurídico expreso*; III. B. *El interés oculto del estado: Derecho penal como instrumento de recaudación de fondos*. IV. EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL. V. CONCLUSIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA.

I. INTRODUCCIÓN

En agosto del año 2019 comencé a practicar la abogacía como estudiante-abogado de la Clínica Penal adscrita a la Clínica de Asistencia Legal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. La mayoría de las personas que llegan a nuestras oficinas y, a las que asistimos, son personas de escasos recursos económicos —referidos por los mismos tribunales o por iniciativa propia— y solicitan representación legal en casos relacionados, entre otros asuntos, a la *Ley de vehículos* y

tránsito de Puerto Rico.² Una de estas personas se llamaba Gabriel.³ Gabriel acudió a nuestras oficinas en busca de representación legal porque el estado lo acusaba de la comisión de un delito menos grave. Lo acusan del terrible delito de conducir sin la debida autorización.⁴

En la entrevista, Gabriel cuenta que es obrero de la construcción y su *expertise* es el manejo y operación de maquinaria y equipo pesado. Lleva más de cinco años dedicándose a otras tareas de la construcción pues, desde entonces, no ha podido renovar su licencia de conducir. Incluso, ha perdido oportunidades de empleo mejor remuneradas por el mismo motivo. Explica que no ha podido renovar su licencia de conducir porque le adeuda al estado más de cuatro mil dólares por concepto de multas de tránsito; cuantía que aumenta periódicamente debido a las penalidades. Del informe de multas que nos presentó consta que las multas que adeuda corresponden a faltas administrativas no relacionadas a la seguridad en el tránsito.⁵

Gabriel se personó en varias ocasiones a las oficinas del Departamento de Transportación y Obras Públicas para intentar establecer un plan de pago que le permitiera satisfacer su deuda acorde con su realidad económica. Con mucho sacrificio, Gabriel logró reunir ochocientos dólares para utilizar como pago inicial y así establecer un plan de pago. El funcionario público que lo atendió le expresó que la única alternativa que tenía para poder realizar los trámites para obtener su licencia de conducir era pagar la mitad de lo adeudado en un solo pago inicial y su deuda se entendería satisfecha. Esto, aparenta ser más un descuento que un plan de pago, a pesar de que la ley expresamente dispone que la persona que “no tuviera la capacidad económica para satisfacer la deuda, podrá solicitar acogerse a un plan de pago”.⁶ La realidad material de Gabriel no le permite reunir dos mil dólares en ningún momento. Gabriel fue encontrado culpable del delito que se le imputó y satisfizo la pena de multa con servicios comunitarios.⁷

² Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico, Ley Núm. 22-2000, 9 LPRA §§ 5001-5727 (2000).

³ El nombre no corresponde con el de ninguna persona que hayamos atendido en la Clínica. No obstante, la situación que narramos a continuación corresponde con la experiencia de muchas de las personas que hemos asistido.

⁴ 9 LPRA § 5073.

⁵ De dicho informe de multas solo una multa estaba relacionada a un asunto de seguridad en el tránsito (rebasar una luz roja). Las demás multas de tránsito eran por estacionarse indebidamente (en línea amarilla o zonas verdes) y por conducir sin la debida autorización (ya sea por manejar sin una licencia de conducir vigente o sin marbete vigente).

⁶ 9 LPRA §5052 (j). “Si transcurridos los treinta (30) días que tiene un ciudadano para pagar un boleto por infracción a esta Ley, no tuviera la capacidad económica para satisfacer la deuda, podrá solicitar acogerse a un plan de pago”.

⁷ En su momento planteamos que a Gabriel se le estaba violentando su derecho constitucional a la igual protección de las leyes bajo CONST. PR art. II, §7 porque la ley crea una clasifica-

Gabriel no es la única persona que atraviesa una situación similar. En el verano del año 2018 una periodista afirma —en una nota para uno de los periódicos de circulación local y en respuesta a una recién presentada medida legislativa— que más de 130 mil conductores en la isla guían sin licencia de conducir.⁸ Añade que esta cantidad “pudiera duplicarse si se contabiliza a aquellas personas que nunca obtuvieron permiso para manejar un vehículo”.⁹ Recientemente, en una vista pública sobre la Ley 134-2019 que crea un programa temporero de incentivos para el pago de multas de tránsito, “los funcionarios del Departamento de Transportación y Obras Públicas establecieron que había alrededor de 812,876 licencias vencidas en la isla”.¹⁰ Más de siete millones de personas se encuentran en la misma condición de Gabriel a través de los Estados Unidos.¹¹ ¿Por qué hay tantos conductores sin licencia de conducir?, ¿son los conductores sin licencia un problema?, ¿un problema para qué o para quién?, ¿requiere esta situación la activación del derecho penal?; Si no, ¿cómo enfrentamos este problema?

En este escrito vamos a analizar críticamente el ordenamiento penal de tránsito. El concepto ordenamiento penal de tránsito es un término que utilizaré laxamente para referirme al fenómeno de los conductores sin licencia, pero no limitándome a ello. Como exploraremos más adelante, con este concepto me refiero, no solo a los conductores no autorizados, sino también al andamiaje legal de tránsito que incluye la tipificación de delitos y las mal llamadas “faltas administrativas.”

Cuando propongo acercarnos críticamente al ordenamiento penal de tránsito me interesa problematizar por un lado, las razones por las cuales el estado activa su poder punitivo y, por otro, la legitimidad misma para castigar en algunos contextos en particular. Aunque tomaremos algunas disposiciones penales y constitucionales como materia de estudio, el análisis que haremos no se limitará a las expresiones que hagan o no los tribunales al respecto. Revisaremos lo que han expuesto algunos tra-

ción sospechosa basada en la condición social al exigir que aquella persona que conduzca un vehículo de motor esté debidamente autorizada por el Secretario de Transportación y Obras Públicas y que para ello sea necesario que no haya deudas pendientes ante la Comisión de Servicio Público. El Tribunal no acogió nuestros planteamientos.

⁸ Yaritza Rivera Clemente, *Más 130 mil conductores guían sin licencia en la Isla*, EL VOCERO DE PUERTO RICO (2018), https://www.elvocero.com/gobierno/m-s-130-mil-conductores-guan-sin-licencia-en-la-isla/article_f8c080c0-593a-11e8-91a8-f756bc22c3ef.html (última visita 31 de marzo de 2021).

⁹ *Id.*

¹⁰ Noticel, *Aprueban periodo de amnistía para multas de conductores*, <https://www.noticel.com/gobierno/ahora/top-stories/transito/20191217/aprueban-periodo-de-amnistia-para-multas-de-conductores/> (última visita 31 de marzo de 2021).

¹¹ Justin Wm. Moyer, *More than 7 million people may have lost driver's licenses because of traffic debt*, WASHINGTON POST (May 19, 2018, 4:18 P.M.), https://www.washingtonpost.com/local/public-safety/more-than-7-million-people-may-have-lost-drivers-licenses-because-of-traffic-debt/2018/05/19/97678c08-5785-11e8-b656-a5f8c2a9295d_story.html .

tadistas jurídicos sobre algunos conceptos que nuestro ordenamiento da por sentado, —por ejemplo, la distinción entre faltas administrativas y delitos— analizaremos algunas premisas que subyacen estos entendidos, y propondremos otro posible acercamiento al problema, más acorde con las premisas y valores de la Jurisprudencia Terapéutica.

La Jurisprudencia Terapéutica (en adelante “JT”) es un campo de estudio que se interesa por el impacto de la ley en el bienestar psicológico de las personas involucradas en los procesos jurídicos.¹² Este, es un campo de estudio interdisciplinario que se nutre de las ciencias de la conducta como la psicología, la criminología y el trabajo social con el propósito de humanizar la ley y la administración de esta.¹³ La JT concibe la ley de una forma más abarcadora cuando se ocupa por los efectos terapéuticos y antiterapéuticos del paisaje legal —que consiste de leyes y procedimientos— y las técnicas y prácticas de los operadores del derecho.¹⁴

¿Cuán terapéutico o antiterapéutico es el ordenamiento penal de tránsito?, ¿qué alternativas tienen los jueces actualmente para entender controversias como la de Gabriel?, ¿cómo podría nuestro ordenamiento penal rehabilitar a Gabriel y, a las personas que como él, han sido proscritas a la ilegalidad debido a su condición económica?. La naturaleza política de estas interrogantes es imposible pasarla por alto, en tanto que los efectos de este ordenamiento penal afectan desigualmente a un grupo de personas debido a su condición de pobreza económica. Estamos convencidos de que una pena monetaria es solo un castigo para las personas que viven en pobreza. Una pena monetaria *nunca* será un castigo para quien cuenta con los recursos económicos para satisfacerla.

Primero, exploramos cómo se ha entendido y trabajado desde el estado la situación de los conductores no autorizados. La realidad material de la mayoría de los conductores sin licencia les impide satisfacer las cuantías adeudadas por concepto de faltas administrativas —requisito indispensable para obtener o renovar la licencia de conducir. Luego, analizaremos los intereses expresos y ocultos detrás de este ordenamiento penal y cuestionamos: (1) la legitimidad del estado para castigar por conductas que no lesionan un bien jurídico alguno y (2) la legitimidad de un derecho penal con fines pecuniarios. Luego, exploramos el ámbito del derecho penal para desenmascarar la falsa diferencia entre falta administrativa y falta penal y, planteamos que ambas son faltas penales —y, por tanto, son materia del derecho penal—

¹² David B. Wexler, *Getting and Giving: What Therapeutic Jurisprudence Can Get from and Give to Positive Criminology*, SSRN ELECTRONIC JOURNAL, 907 (2013), <http://www.ssrn.com/abstract=2220509> (última visita abril 11 de 2020).

¹³ *Id.* en la pág. 907.

¹⁴ David B. Wexler, *New Wine in New Bottles: The Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence “Code” of Proposed Criminal Processes and Practices*, SSRN ELECTRONIC JOURNAL, 463 (2012), <http://www.ssrn.com/abstract=2065454> (última visita 9 de abril de 2020).

pues ambas consisten en normas jurídicas donde su violación acarrea la imposición de una pena. Ante esta situación le corresponde al derecho penal reconocer esta falsa diferencia —reconocer que las faltas administrativas acarrear la imposición de penas— y garantizar todos los derechos constitucionales que asisten a los ciudadanos imputados de delito, o declararlas inconstitucional. Por último, suponemos que nuestro ordenamiento penal reconoce esta falsa diferencia y veremos algunas disposiciones del Código Penal de Puerto Rico que le permitirían a los jueces enfrentarse a este fenómeno de una forma más terapéutica.

II. RESPUESTAS LEGISLATIVAS: CASTIGO O AMNISTÍA

A través de los años, el legislador se ha enfrentado al fenómeno de los conductores sin licencia de dos formas. Nos interesa mirar las respuestas legislativas, porque detrás de cada una subyace un entendido particular sobre las razones que motivan a las personas a conducir sin autorización.

Hace dos años un senador novoprogresista presentó un proyecto de ley que propone aumentar —de \$200 a \$400— la pena por el delito de conducir un vehículo de motor sin la debida autorización del Secretario de Transportación y Obras Públicas.¹⁵ Plantea el legislador que el aumento de la pena *servirá de disuasivo* para que “los ciudadanos sientan el *deber de cumplir* con la Ley. Hay que tomar *medidas más fuertes* que le permitan al gobierno hacer sus *leyes más efectivas*”.¹⁶ Añade que “[r]esulta necesario adoptar legislación que, además de constituir una nueva herramienta para disuadir al ciudadano de manejar vehículos de motor sin licencia . . . establezca un sistema de penalidades que haga que el conductor *sea más consiente y piense en las consecuencias* a la hora de tomar la responsabilidad de manejar un vehículo”.¹⁷ Desde esta perspectiva los conductores se atreven a conducir sin licencia porque el riesgo o las consecuencias penales de sus actos son muy leves, porque la ley es muy débil y no es efectiva, porque no sienten el deber de cumplir con la Ley o porque no son consientes y no piensan en las consecuencias a la hora de tomar la responsabilidad de manejar.

La exposición de motivos que justifica la necesidad de este proyecto de ley presenta muchos problemas en su análisis. Baste aquí plantear que la justificación de la pena en este caso corresponde a lo que algunos teóricos describen como la *prevención general negativa*. Esta teoría del castigo “[s]ostiene que la pena se dirige

¹⁵ Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico, Ley Núm. 22-2000, 9 LPRA § 5073(a), (2000); P. del S. 917 de 24 de abril de 2018, 18va. Asam.

¹⁶ P. del S. 917 de 24 de abril de 2018, 18va. Asam.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA & ALEJANDRO SLOKAR, MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 39 (2006).

a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan. Ello basado en la intimidación que produciría la pena sobre el que fue seleccionado”.¹⁸ Esta teoría de la pena supone como punto de partida la idea del “ser humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios, o sea, que la *antropología básica es la misma de la lógica de mercado*”.¹⁹ Desde esta perspectiva se castiga a la persona que delinque con el objetivo consiente de atemorizar al resto de la sociedad. En este contexto, al estado no le interesa el delincuente ni su realidad, solo el sufrimiento de su cuerpo para usarlo de propaganda disuasiva. Queda decir que esta teoría de la pena, aunque la más difundida, es la que menos apoyo recibe por la doctrina.²⁰

El segundo acercamiento del fenómeno de los conductores sin licencia de conducir no responde a un deseo irracional de castigo, más bien parte del reconocimiento de la realidad material de los conductores sin licencia. Muchos conductores no renuevan sus licencias de conducir porque no pueden pagar las multas de tránsito o faltas administrativas.²¹ Desde esta perspectiva, la respuesta legislativa a través de los años ha consistido en establecer —por tiempo limitado— programas de incentivos para el pago de multas de tránsito. Sobre este particular el secretario de Transportación y Obras Públicas, Carlos Contreras Aponte, afirmó en entrevista que:

Queremos que todos los conductores que tengan multas pendientes de pago puedan beneficiarse de este programa de descuentos, no solo para que tengan un alivio económico, sino también para que puedan tener su licencia de conducir al día. *Sabemos que miles de conductores tienen sus licencias vencidas y, lamentablemente, no las renuevan porque muchas veces no tienen la capacidad económica para pagar las multas pendientes.* Esto les excluye de los beneficios de ACAA y de otras cubiertas de seguros, en caso de un accidente. Por tanto, viabilizar y dar comienzo a este programa de descuentos constituye un acto de justicia tanto económica como social para miles de conductores en Puerto Rico.²²

Tal y como afirma el Secretario, la realidad de los conductores sin licencia responde, en la mayoría de los casos, a un problema de desigualdad social y económica. Estos conductores —los que no tienen la capacidad económica para pagar las multas— son en los que pensamos y, por los que trabajamos esta investigación.

¹⁹ *Id.* en las págs. 39-40.

²⁰ *Id.* en las págs. 29-62, para una discusión más detallada sobre las teorías de la pena.

²¹ Noticel, *Muchos conductores no renuevan licencia por no pagar multas*, NOTICEL (2019), <https://www.noticel.com/legislatura/ahora/top-stories/20190517/muchos-conductores-no-renuevan-licencia-por-no-pagar-multas/> (última visita 19 de abril de 2020).

²² Noticel, *Aprueban periodo de amnistía para multas de conductores*, NOTICEL (2019), <https://www.noticel.com/gobierno/ahora/top-stories/transito/20191217/aprueban-periodo-de-amnistia-para-multas-de-conductores/> (énfasis suplido)(última visita 2 de mayo de 2021).

III. LA SEGURIDAD VIAL COMO BIEN JURÍDICO Y LOS CONDUCTORES SIN LICENCIA

A. *El bien jurídico expreso*

Se desprende de la exposición de motivos de la *Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico* que el interés *expreso* del estado detrás de la aprobación de la ley es, entre otras cosas, garantizar la seguridad pública, cuando afirma que “[e]ntre las obligaciones más importantes del Estado moderno se incluyen las de promover y velar por la seguridad pública en todas sus variantes ...”²³ Con este nuevo estatuto, el Legislador “fortalec[e] las sanciones en cuanto a aquellas violaciones de ley que presentan grave riesgo a la *seguridad pública*”.²⁴ El interés del estado de velar por la seguridad pública corresponde, con lo que algunos teóricos del derecho penal han llamado, el *bien jurídico*. Sobre los bienes jurídicos, Claus Roxin plantea que: “son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.²⁵

Poca gente dudaría del beneficio que resulta para el individuo y su libre desarrollo —y para la sociedad en general— el vivir en un país seguro, lo cual incluye que transitar por nuestras carreteras sea seguro. Por su parte, Eugenio Raúl Zaffaroni expone que para constatar que se trata de un bien jurídico es necesario que “su afectación est[é] prohibida por la norma”.²⁶ Es decir, que la norma efectivamente prohíba la conducta que afecta o lesiona el bien jurídico que supone proteger. Desde esta perspectiva, podría estar más justificado castigar a quien conduce en estado de embriaguez, a quien conduce negligentemente o a exceso de velocidad, en tanto que su conducta lesiona, o pone en peligro la seguridad en el tránsito.²⁷ Pero ¿cómo lesiona la seguridad en el tránsito un conductor sin licencia? Y, ¿por qué esta pregunta importa?

Esta pregunta importa porque —según el *principio de lesividad*— sólo cuando una conducta lesiona o afecta un bien jurídico es que se activa el poder punitivo del

²³ Exposición de motivos, *Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico*, Ley Núm. 22 de 7 de enero de 2000, 2000 LPR 9.

²⁴ *Id.* (énfasis suplido).

²⁵ CLAUS ROXIN, *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL: TOMO I: FUNDAMENTOS: LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO* 55–56 (Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, & Javier De Vicente Remesal trans., 1ra ed. 1997), https://juristasfraternitas.files.wordpress.com/2012/01/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin.pdf (última visita, octubre 4 de 2018) (énfasis omitido).

²⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL* 370 (2da ed. 2006).

²⁷ EUGENIO ZAFFARONI, *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL* 491–493 (2da ed. 2005) (para una discusión interesante en cuanto a si poner en peligro el bien jurídico es lesión suficiente que justifique la imposición de un castigo).

estado. Este principio “[i]mplica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.”²⁸ El principio de lesividad es una doctrina que limita el ámbito del derecho penal a aquellas conductas que lesionan un bien jurídico.

La doctrina del debido proceso de ley sustantivo recoge en nuestro ordenamiento jurídico el principio de lesividad. El Tribunal Supremo Federal ha recurrido al debido proceso de ley sustantivo para invalidar “estatutos mediante los cuales se criminaliza conducta que no parece causarle daño al público”.²⁹ En la jurisdicción federal los casos de *Lawrence v. Texas* y *Planned Parenthood v. Casey* han reconocido la ilegitimidad de fomentar la moralidad pública mediante la criminalización de cierta conducta.³⁰ Afirma el profesor Chiesa Aponte que:

[E]l efecto combinado de estas decisiones es que para poder criminalizar un comportamiento, el Estado tiene que tener suficientes buenas razones para hacerlo. Esas razones, sin embargo, no pueden ser que una mayoría de la sociedad estima que el comportamiento prohibido es inmoral. *Es necesario evidenciar, además, que la acción castigada le causa un daño a la sociedad que trasciende el mero hecho de que hiere las sensibilidades morales de un sector de la población*.”³¹

Como vimos, en cuanto al ordenamiento penal de tránsito no se trata necesariamente de un problema de prohibir cierta conducta considerada inmoral, más bien es un deseo de castigo con efectos bien concretos sobre los cuerpos vulnerabilizados, es cómo el sufrimiento es utilizado como propaganda para disuadir al resto de la sociedad. Es importante para esta discusión que nuestro ordenamiento constitucional reconozca la lesión de un bien jurídico como un prerequisite para imponer castigo. Añade el profesor Chiesa Aponte que, “contrario a lo que ocurre en la jurisdicción federal, en [el Artículo II, Secciones 1 y 8 de la] la Constitución del Estado Libre Asociado se reconoce expresamente que el Estado tiene que respetar el derecho a la intimidad que tiene toda persona”.³² El reconocimiento expreso del derecho a la intimidad en nuestra constitución es de factura más ancha a su homólogo federal,

²⁸ *Id.* en la pág. 128.

²⁹ Véase LUIS CHIESA APONTE, DERECHO PENAL SUSTANTIVO 38 (2da ed. 2013) (*haciendo referencia a Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) y *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977)).

³⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 US 833 (1992); Véase LUIS CHIESA APONTE, DERECHO PENAL SUSTANTIVO 38-41 (2da ed. 2013).

³¹ LUIS CHIESA APONTE, DERECHO PENAL SUSTANTIVO 40 (2da ed. 2013) (énfasis suplido).

³² LUIS CHIESA APONTE, DERECHO PENAL SUSTANTIVO 40 (2da ed. 2013).

“esto debe tener la consecuencia de que, en nuestra jurisdicción, el Estado tampoco puede legítimamente criminalizar conductas que no le causan daños a terceros”.³³

Además, la parte general del Código Penal de Puerto Rico —que aplica a otras leyes penales—³⁴ recoge este principio limitador del derecho penal cuando dispone en lo pertinente que “[l]a exigencia de responsabilidad penal se fundamenta en el análisis de la gravedad objetiva del daño causado. . .”,³⁵ y, lo codifica también como una defensa excluyente de responsabilidad penal cuando dispone que “[n]o incurrir en responsabilidad penal la persona cuya conducta es tan insignificante que no amerita el procesamiento ni la pena de una convicción”.³⁶ Por su parte, el artículo 13 del Código Penal, que trata sobre el alcance de la interpretación, plantea que “[s]i el lenguaje empleado en un estatuto es susceptible de dos o más interpretaciones, debe ser interpretado para adelantar los principios establecidos en este Código y *la protección del bien tutelado* en el artículo particular objeto de interpretación, pero siempre tomando como base el *principio de la responsabilidad penal*”.³⁷ De este artículo se desprende que, actualmente, nuestro ordenamiento penal al momento de interpretar la ley tiene que considerar el bien jurídico. Es decir, el tema de los bienes jurídicos no es un tema exógeno al derecho penal puertorriqueño.

Lo que nos lleva nuevamente a revisar la “conflictividad del *pragma*”,³⁸ ¿cómo conducir sin licencia lesiona el bien jurídico de la seguridad pública?. *Fines and Fees Justice Center* y otras organizaciones que combaten contra los sistemas injustos y dañinos de imposición de multas y tarifas irrazonables a los ciudadanos se unieron y presentaron un *amicus curiae* en el caso *Kansas v. Glover*.³⁹ En esta intervención se enfrentaron a la pregunta sobre la peligrosidad de los conductores no autorizados y plantearon que los conductores sin licencia o con su licencia suspendida no son inherentemente más peligrosos que otros conductores.⁴⁰ Su argumento consistió de

³³ *Id.*

³⁴ Cód. PEN. PR, art. 1, 33 LPRA § 5001 (2012).

³⁵ *Id.* § 5008.

³⁶ *Id.* § 5047.

³⁷ Cód. PEN. PR, art. 13, 33 LPRA § 5013 (2012) (énfasis suplido); véase ZAFFARONI, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 486 (2da ed. 2005) y Juan Pablo Mañalich, *La protección del medio ambiente bajo el nuevo Código Penal de Puerto Rico*, 75 REV JUR UPR 503 (2006) donde se cuestionan si el derecho penal protege o no bienes jurídicos.

³⁸ Zaffaroni opta por trabajar con el concepto de *pragma* en lugar de comportamiento humano o conducta, como una traducción más apropiada de la palabra en alemán *Tatbestand*. La palabra *pragma* “es indicadora de la acción humana y de su obra en el mundo”, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, en la pág. 436. El sentido dual de este concepto es fundamental para Zaffaroni en tanto que la conducta humana penalmente relevante, además de ser un acto u omisión, debe tener efectos reales en el mundo.

³⁹ *Kansas v. Glover*, 589 US __ (2020).

⁴⁰ Véase *Fines and Fees Justice Center et al.*, Brief of Amici Curiae in support of respondent, *State of Kansas v. Charles Glover* (2019), en las págs. 5-12.

tres planteamientos: (1) la mayoría de las suspensiones de licencias de conducir se debe a razones no relacionadas con la seguridad en el tránsito, (2) la suspensión de licencias de conducir afectan injustamente y están dirigidas a las comunidades pobres y negras, y (3) los individuos con sus licencias de conducir suspendidas por “*non-driving reasons*” no son peores para conducir que el público en general.⁴¹ Los planteamientos estaban sustentados por diferentes investigaciones y estudios empíricos que justificaban su postura. Profundizar sobre estos planteamientos excede el ámbito de este escrito. Baste con decir aquí, que es dudosa la legitimidad del estado para castigar penalmente a los conductores sin licencia o con su licencia suspendida que se encuentran en esa posición por razones ajenas a la seguridad en el tránsito.

B. El interés oculto del estado: Derecho penal como instrumento de recaudación de fondos

En sus comienzos, el requisito de la licencia de conducir y las lógicas detrás de su suspensión fue pensado para promover la seguridad en el tránsito.⁴² No obstante, con el paso del tiempo, los Legisladores comenzaron a suspender las licencias de conducir como mecanismo para conseguir el cumplimiento de los ciudadanos con diversas leyes —por ejemplo, no presentarse en corte, no pagar las multas por estacionamiento indebido, no pagar multas y tarifas impuestas judicialmente, no pagar la pensión de los menores y más.⁴³ En la medida en que los diferentes estados y gobiernos locales comenzaron a depender económicamente de los ingresos que produce el cobro de las diversas multas y tarifas, la suspensión de las licencias de conducir o no permitir su renovación se transformó de una medida destinada a garantizar la seguridad en el tránsito, a una medida adicional de recaudos.⁴⁴ Es este, el interés oculto —o no tan oculto— detrás de la voluntad punitiva del estado. Digo interés oculto porque —como vimos— expresamente la regulación penal recogida en esta ley castiga “aquellas violaciones de ley que presentan grave riesgo a la se-

⁴¹ Fines and Fees Justice Center *et al.*, Brief of Amici Curiae in support of respondent, State of Kansas v. Charles Glover (2019), en las págs. 5-12 (traducción suplida).

⁴² Véase Fines and Fees Justice Center *et al.*, Brief of Amici Curiae in support of respondent, State of Kansas v. Charles Glover (2019), citando a Jon Carnegie and Robert Eger, III, *Reasons for Driver License Suspension, Recidivism, and Crash Involvement among Drivers with Suspended/Revoked Licenses*, National Highway Transportation and Safety Administration, 1 (Jan. 2009).

⁴³ Jon Carnegie and Robert Eger, III, *Reasons for Driver License Suspension, Recidivism, and Crash Involvement among Drivers with Suspended/Revoked Licenses*, National Highway Transportation and Safety Administration, 1 (Jan. 2009).

⁴⁴ Véase Fines and Fees Justice Center *et al.*, Brief of Amici Curiae in support of respondent, State of Kansas v. Charles Glover (2019), citando a Rachel McLean and Michael Thompson, *Repaying Debts, Bureau of Justice Assistance*, 33 (2007).

guridad pública”.⁴⁵ Esta es la farsa o los cimientos sobre los cuales se construye el ordenamiento penal de tránsito.

Como resultado de unas vistas públicas sobre el proyecto de ley de amnistía para el pago de multas de tránsito celebradas el verano de 2019 en la Cámara de Representantes, el periódico Noticel publicó una nota donde afirma que “[a]horrarse el pago de multas por infracciones de tránsito . . . ha representado una merma de alrededor de \$559 millones en ingresos al erario desde el año 2000”.⁴⁶ Carlos Yamín —asesor legal de la Autoridad de Asesoría Financiera y Agencia Fiscal de Puerto Rico (AAFAF)— mostró reservas con el proyecto de ley “debido a la situación fiscal en la que se encuentra el Gobierno”.⁴⁷ No obstante, se comprometió a estudiar “el patrón de pago que se ha producido en otras amnistías, de modo que se pueda recuperar parte de los \$559 millones que se han dejado de pagar desde el año 2000 hasta el presente.”⁴⁸ Afirma Yamín en entrevista:

Ciertamente no podemos permitir que se quede dinero en la calle, máxime en tiempos como los que estamos viviendo donde cada dólar es importante y así lo tomaremos en consideración en las proyecciones del Plan Fiscal y eventualmente del presupuesto; naturalmente coincidimos totalmente con usted que es necesario tomar medidas para que la mayor cantidad de este dinero ingrese a las arcas del Gobierno lo más pronto posible.⁴⁹

Por su parte, la Lcda. Miriam Stefan Acta —ayudante especial del Secretario del Departamento de Transportación y Obras Públicas—:

Señaló que al tener la medida un efecto en los recaudos del Gobierno de Puerto Rico, “nuestro aval tiene que estar supeditado al respectivo análisis financiero, que lleve a cabo el Departamento de Hacienda y la Autoridad de Asesoría Financiera y Agencia Fiscal de Puerto Rico (AAFAF) en cuanto al impacto que pudiera tener en Plan Fiscal aprobado”.⁵⁰

Según se desprende de las expresiones reseñadas el interés oculto, es bastante explícito.

⁴⁵ Exposición de motivos, Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico, Ley Núm. 22 de 7 de enero de 2000, 2000 LPR 9. (énfasis suplido).

⁴⁶ Noticel, *Muchos conductores no renuevan licencia por no pagar multas*, NOTICEL (17 de mayo de 2019), <https://www.noticel.com/legislatura/ahora/top-stories/20190517/muchos-conductores-no-renuevan-licencia-por-no-pagar-multas/>.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

IV. EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Según Dora Nevares-Muñiz, el derecho penal “puede definirse como el conjunto de las normas jurídicas relacionadas con la conducta delictiva (también llamadas normas penales) y con las ulteriores consecuencias jurídicas de estas”.⁵¹ Sucede que “las leyes que habilitan poder punitivo no siempre lo dicen. Hay casos en que esto es patente, pero hay otros en que no surge con claridad, porque el discurso con que se justifica la ley es otro”.⁵² Por mencionar algunos ejemplos que habilitan el ejercicio del poder punitivo sin aceptarlo expresamente están: la hospitalización involuntaria de adultos mayores o personas con situaciones de salud mental o adicción; con respecto a los niños es evidente que las diferencias entre un instituto de menores y una prisión para adultos son mínimas, por más que el ordenamiento penal de menores insista en nombrar las conductas antisociales de estos como faltas y no delitos. Entonces, las leyes penales se pueden categorizar entre *leyes penales manifiestas* —el código penal, las leyes penales especiales y las disposiciones penales de leyes no penales— y *leyes penales latentes* —que, aunque expresamente manifiestan funciones no punitivas “cumplen una función latente punitiva (es decir, habilitan la imposición de penas con otro nombre y otro discurso)”.⁵³ El ordenamiento penal de tránsito que estamos estudiando consiste de disposiciones penales manifiestas en leyes no penales y disposiciones penales latentes.

La *Ley de vehículos y tránsito* define *multa* como una “pena monetaria que se le impone a una persona . . . por [incurrir] en una *falta administrativa o penal*”,⁵⁴ y define *falta administrativa* como “cualquier violación, infracción o incumplimiento a las disposiciones de esta Ley . . .”.⁵⁵ Esta Ley define *falta administrativa* pero no define lo que sería una *falta penal*, eso sí, según estas definiciones no hay duda de que ambas violaciones acarrearán la imposición de una pena. Esto es importante porque, no podemos olvidar que la imposición de una pena monetaria no significa lo mismo para todas las personas que afecta. Es decir, este tipo de pena solo es un castigo para las personas que tienen que decidir si pagar su deuda por concepto de

⁵¹ DORA NEVARES-MUÑIZ, *DERECHO PENAL PUERTORRIQUEÑO: PARTE GENERAL* 7 (4ta ed. 2000); Sobre este particular dice ZAFFARONI, ALAGIA, AND SLOKAR, *supra* note 17 en la pág. 30, (“El derecho penal, como cualquier saber, también es interpretativo, o sea, que interpreta o comprende los entes abarcados en su universo. Este universo del derecho penal, o sea, la materia del derecho penal [lo que este estudia] está constituida básicamente por leyes y, fundamentalmente, leyes penales, o sea, las leyes que habilitan el ejercicio de poder punitivo”).

⁵² ZAFFARONI, ALAGIA, AND SLOKAR, *supra* nota 17 en la pág. 30.

⁵³ *Id.* en las págs. 30–31.

⁵⁴ Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico, Ley Núm. 22-2000, 9 LPRA § 5001 Inciso (63a) (2000)

⁵⁵ *Id.* § 5001 Inciso (43a).

multas, comprar sus medicamentos o, su comida. Una pena monetaria *nunca* es un castigo para una persona adinerada.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha repetido hasta la saciedad que *el nombre no hace la cosa*.⁵⁶ No obstante, en cuanto a la distinción entre falta administrativa y penal la diferencia inicial parece ser una de etiqueta. De hecho, el Tribunal Supremo de Puerto Rico analiza y adopta la jurisprudencia federal en esta materia⁵⁷ y afirma que “[s]i la intención legislativa es establecer una sanción civil y no existe prueba contundente que nos mueva a considerar que la multa, a pesar de haber sido catalogada como civil, constituye realmente un castigo criminal que no puede imponerse sin las garantías correspondientes al proceso criminal, dejaremos inalterada la naturaleza de la multa impuesta”.⁵⁸ Preguntas interesantes nos lanza el profesor Chiesa Aponte cuando discute este tema: “¿A quién le corresponde definir qué cuenta como castigo? ¿Cuánta deferencia se le debe dar al poder Legislativo y al Ejecutivo para determinar si una sanción debe ser tratada como que impone castigo?”.⁵⁹ ¿La distinción entre una sanción que impone castigo y una que no, no es, en última instancia, una pregunta de derecho que le corresponde a los tribunales adjudicarlas?.

Siguiendo, en el caso de *Hudson* el tribunal plantea que:

[L]a determinación de si una sanción era civil o criminal dependía, inicialmente, de una interpretación de la ley que la impone. Estableció que para ello era necesario preguntarse si el Congreso expresa o implícitamente había indicado su intención de establecer una sanción civil o criminal. Luego de esto había que examinar si aun cuando la intención era establecer una sanción civil, el esquema provisto era tan punitivo en su propósito o en su efecto como para convertirla de civil a penal.⁶⁰

El análisis requiere considerar la sanción a la luz de los siete factores esbozados en el caso de *Kennedy*:

(1) conllevaba una incapacidad o restricción, (2) si históricamente se había considerado como un castigo, (3) si su aplicación entraba en juego solamente con demostrar que el individuo sancionado había actuado con conocimiento de que obraba de forma culpable, (4) si

⁵⁶ Véase por ejemplo *Rodríguez v. Solivellas & Co. y Nat. City Bank, Int.*, 49 DPR 633, 637 (1936) (“El nombre no hace la cosa. La intención, la verdad, deben prevalecer.”); *In re Cruz Aponte*, 159 DPR 170, 187 n. 7 (2003) (“Es necesario señalar que el nombre no hace la cosa. . . . Las normas deben ser interpretadas más allá de su etiqueta . . .”).

⁵⁷ Véase *Kennedy v. Mendoza Martínez*, 372 US 144 (1963); *Hudson v. US*, 522 US 93 (1997).

⁵⁸ *Martínez Sanabria v. DACO*, 163 DPR 594 (2004).

⁵⁹ LUIS E. CHIESA, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* 7 (2014) (traducción suplida).

⁶⁰ *Hudson*, 522 US 93 (1997).

su aplicación promovería las metas tradicionales del castigo, la retribución y la disuasión, (5) si el comportamiento al que aplicaba ya estaba tipificado como delito, (6) si se le podía asignar un propósito alterno al que racionalmente pudiese estar relacionado, y, (7) si era excesiva con relación a ese propósito alterno.⁶¹

Ninguno de estos criterios es determinante para disponer de la controversia, más bien son instrumentos para guiar el análisis de los tribunales. No estoy convencido de que estos criterios dispongan de la tarea de distinguir entre faltas administrativas y penales. En la medida en que puede escoger darle más valor a uno de los criterios sobre otro, este esquema facilita la tarea del juzgador, pues puede valerse del criterio que más favorezca el resultado particular que prefiere. Es decir, este esquema se presta para la aplicación arbitraria de la interpretación penal. No pretendo establecer aquí una definición de pena o castigo, existen océanos de tinta dedicados a esta tarea, tampoco esclarecer la distinción entre faltas administrativas y penales. Lo que planteo es que esta interrogante es engañosa, en la medida en que ambas penas —las civiles y penales— las impone el estado con fines retributivos, coercitivos, disuasivos o como medida de seguridad y consisten en una privación en cualquiera de sus manifestaciones —desde las más extremas, como sería la privación de la libertad, a las menos extremas, aunque para algunos igual de nocivas, como sería la imposición de penas monetarias. Esto, es suficiente para requerir al poder ejecutivo demostrarle al poder judicial más allá de duda razonable que procede la imposición de un castigo. Además, en un país donde la ciudadanía desconfía cada vez más de la integridad de las instituciones públicas resulta imprescindible aumentar las garantías de los ciudadanos ante el poder punitivo del estado que, como hemos podido ver, se manifiesta tanto en la normativa civil como la penal.

Sucede que esta discrepancia nominal y, por tanto, clasificar las faltas administrativas como normas civiles tiene unos efectos concretos en cuanto legitima la imposición de penas de forma selectiva, arbitraria, caprichosa, por imposición policial y al margen de los derechos que asisten a las personas acusadas de delito. Efectos que bien pueden estar reñidos con las cláusulas constitucionales del debido proceso de ley y la separación de poderes.

El texto de los artículos de la *Ley de tránsito* crea más confusión en cuanto a la distinción entre una falta administrativa y una penal. Por ejemplo, el artículo 3.23 dispone que será ilegal:

[C]onducir un vehículo de motor por las vías públicas de Puerto Rico sin estar debidamente autorizado para ello por el Secretario o con una licencia de conducir distinta a la requerida para manejar dicho tipo de vehículo. Toda persona que viole esta disposición in-

⁶¹ *Kennedy*, 372 US 144 (1963).

currirá en *delito menos grave* y convicta que fuere será sancionada con pena de multa de doscientos (200) dólares.⁶²

En este caso, una conducta que no causa ningún daño, ni lesiona bien jurídico alguno es tipificada como delito menos grave e impone una multa de doscientos dólares. ¿Qué es lo particular de esta conducta que amerita su clasificación como delito?, ¿qué es lo “reprochable” o “indignante” de esta conducta?⁶³

Por otro lado, el artículo 2.29 de la misma ley dispone, entre otras cosas, que “[t]oda persona que se estacione u obstruya un área designada como área de estacionamiento para personas con impedimentos, sin estar debidamente autorizado para ello y/o sin estar exhibiendo el correspondiente rótulo removible, incurrirá en *falta administrativa* y será sancionada con *multa de mil (1,000) dólares*”.⁶⁴ Esta conducta, potencialmente más punible que la tipificada en el artículo 3.23 —en tanto que atenta contra el acceso, el libre movimiento y la calidad de vida de las personas que viven con diversidad funcional— el Legislador la codifica como una falta administrativa, secuestrándola así del ámbito del Derecho Penal. ¿Por qué esta conducta no está tipificada como delito? Igual sucede con la conducta codificada en el artículo 5.02 de la misma ley. En su inciso (g) dispone que toda persona que maneje en exceso de la velocidad máxima permitida incurrirá en *falta administrativa* y será sancionada “con una multa básica de cien (100) dólares, más diez (10) dólares adicionales por cada milla por hora a que viniese manejando en exceso del límite máximo de velocidad permitido...” y si excede las cien (100) millas por hora será sancionada con una multa de mil (1,000) dólares.⁶⁵ Procede la misma interrogante que con el artículo anterior. ¿Por qué esta conducta no está tipificada como delito? Estas interrogantes se repiten al cuestionar los demás incisos de la *Ley de vehículos y tránsito*.

Las penas de multa que imponen estos artículos —hasta mil (1,000) dólares— superan por cinco veces la pena de multa que impone el artículo 3.23. Esta discrepancia nominal, en la medida en que los tribunales no se expresen de otra forma, autoriza al poder ejecutivo, a través de la policía, a imponer un castigo de mil dólares. Ello, sin cumplir con las garantías que exige el debido proceso de ley. Es decir, el poder ejecutivo puede privar a los ciudadanos que incurran en esta conducta de su propiedad sin las garantías procesales y sustantivas que recoge nuestra carta de derechos.

⁶² Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico, Ley Núm. 22-2000, 9 LPR § 5073 (2000) (énfasis suplido).

⁶³ Joel Feinberg, *The expressive function of punishment*, 49 THE MONIST 397-423 (1965) (“*punishment is a conventional device for expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of approval and reprobation, on the part either of the punishment authority himself or of those “in whose name” the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a symbolic significance largely missing from other types of penalties*”).

⁶⁴ Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico, Ley Núm. 22-2000, 9 LPR § 5030 (2000)

⁶⁵ *Id.* art. 5.02 (g), § 5122.

Tal como sucede con las leyes penales latentes, este cambio de clasificación “habilita la imposición de penas con otro nombre y otro discurso”.⁶⁶ Por esta razón Zaffaroni afirma que “[s]i el derecho penal se ocupase solo de las leyes penales manifiestas y dejase de lado las latentes, estaría suicidándose y destruyendo el estado de derecho, porque bastaría con cambiarle el nombre a las penas para que el estado pueda usar su poder punitivo sin límite alguno”.⁶⁷ Le corresponde al derecho penal ocuparse de las leyes penales latentes y “reconocer que son penas, y que, por tanto, deben cumplirse los requisitos constitucionales para imponerlas” o “declararlas inconstitucionales y hacer cesar su ejecución”.⁶⁸ En este contexto, el estado puede declarar la imposición de faltas administrativas inconstitucional —por lo que dejarían de ser relevantes—, o tratarlas como delitos y garantizarle todos los derechos que le asisten a las personas imputadas de delito.

Si tomamos como ejemplo el artículo 3.23 que hemos estado discutiendo. La clasificación como delito menos grave requiere activar el procedimiento penal, de modo que el Ministerio Público rebata a satisfacción del Tribunal la presunción de inocencia que asiste a todas las personas imputadas de delito en nuestra jurisdicción. Según el Anuario Estadístico más reciente publicado por la Rama Judicial, en el periodo de 2016-2017 había 9,050 casos por resolver relacionados al artículo 3.23 de la *Ley de tránsito*, de los cuales 3,576 realizaron alegación de culpabilidad y 3,459 se archivaron.⁶⁹ De los 7,167 casos relacionados al artículo 3.23 resueltos durante el periodo de 2016-2017, casi la mitad —alrededor de un 48%— acabaron archivados, por lo que las personas imputadas de delito no fueron convictas ni tuvieron que satisfacer la multa monetaria.⁷⁰ A diferencia de lo que ocurre con las mal llamadas faltas administrativas donde la pregunta por la legalidad de su imposición no está sujeta necesariamente al escrutinio judicial, según se desprende de estas estadísticas, el proceso judicial viabilizó unas condiciones que resultaron más favorables para la mitad de las personas imputadas de delito. Quizá, en parte, a esto se refiere Zaffaroni cuando plantea que el derecho “penal debe operar como dique de contención de las aguas más turbulentas y caóticas del estado de policía, para impedir que aneguen al estado de derecho”.⁷¹ Será siempre un requisito indispensable que el tribunal sancione la imposición del castigo.

Los efectos para nuestro ordenamiento jurídico de reconocer la falsa diferencia entre las faltas administrativas y las penales le impondrán una carga al estado —suele suceder cuando se adoptan nuevas normas procesales penales, afirmó recientemente

⁶⁶ ZAFFARONI, ALAGIA, AND SLOKAR, *supra* a la nota 18 págs.. 30–31.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Anuario Estadístico, Rama Judicial, Tabla C-12 Movimiento de casos de tránsito por infracción.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL* 372–373 (2da ed. 2005).

el Tribunal Supremo Federal, y añadió que no importa de cuánta se trate “it cannot outweigh the interest we all share in the preservation of our constitutionally promised liberties.”⁷² No reconocer esta falsa diferencia ha permitido al estado utilizar su poder punitivo y el derecho penal como instrumentos de recaudación de fondos que, en última instancia, resultan oneroso solamente para las personas vulnerabilizadas.

V. CONCLUSIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA

Al principio de este escrito discutimos cómo se ha entendido y trabajado desde el estado la situación con los conductores sin licencia. La realidad material de la mayoría de los conductores sin licencia les impide satisfacer las cuantías adeudadas por concepto de faltas administrativas —requisito indispensable para obtener o renovar la licencia de conducir. Luego, analizamos los intereses expresos y ocultos detrás de este ordenamiento penal y cuestionamos (1) la legitimidad del estado para castigar por conductas que no lesionan bien jurídico alguno y (2) la legitimidad de un derecho penal con fines pecuniarios. Posterior a ello, exploramos el ámbito del derecho penal para desenmascarar la falsa diferencia entre falta administrativa y falta penal y planteamos que ambas son faltas penales —y, por tanto, son materia del derecho penal— pues ambas consisten en normas jurídicas donde su violación acarrea la imposición de una pena. Ante esta situación le corresponde al derecho penal reconocer esta falsa diferencia —reconocer que las faltas administrativas acarrear la imposición de penas— y garantizar todos los derechos constitucionales que asisten a los ciudadanos imputados de delito o, declararlas inconstitucional.

La hermenéutica penal que proponemos —reconoce que las faltas administrativas son delitos— requiere la activación del proceso penal ordinario y de las garantías y derechos que asisten a las personas imputadas de delito. Nuestro planteamiento en esta sección es que el proceso penal ordinario y el derecho vigente provee algunas herramientas que permiten atender la problemática que estamos discutiendo de acuerdo con los principios de la JT.

Según discutimos al principio de este escrito, el problema de los conductores no autorizados consiste en que debido a su realidad material, no pueden satisfacer su deuda en concepto de faltas administrativas. Es decir, la raíz del problema en cuestión no sita en la psiquis del acusado. Si pretendemos salvaguardar el bienestar psicológico de las personas afectadas por la norma, el ordenamiento tiene que contar con la flexibilidad suficiente para poder considerar y, que sea jurídicamente relevante la realidad material de los acusados. El Código Penal dispone que al momento de imponer una multa el tribunal tendrá que considerar “*la situación económica*, las responsabilidades de familia, el grado de codicia o ganancia mostrado en la comi-

⁷² Ramos v. Louisiana, 590 US ___ (2020), en las págs. 23 y 25.

sión del hecho delictivo, la profesión u ocupación del sentenciado, su edad y salud, así como *las circunstancias particulares del caso*, entre otras”.⁷³ Aunque el ordenamiento penal que estamos discutiendo dispone la cuantía a ser impuesta como pena monetaria, esta disposición del Código recoge la flexibilidad del análisis que debiera acompañar siempre a los juzgadores al momento de imponer penas monetarias. Este lenguaje reconoce el principio constitucional de condición social y le provee las herramientas al juzgador para considerar la realidad material del imputado al momento de imponer una multa.

Como vimos, una de las respuestas tradicionales del estado para atender esta controversia ha sido legislar diversas medidas temporeras de amnistía o descuentos para el pago de multas de tránsito. Sucede que el ordenamiento penal ordinario provee las disposiciones necesarias y no temporeras para establecer los planes de pago que se ajusten a la realidad material de los conductores no autorizados. El artículo 55, sobre el modo de pagar la multa, dispone que “[l]a multa será satisfecha en un término de 30 días contados a partir de su imposición. No obstante, a solicitud del convicto y a discreción del tribunal, la multa podrá *pagarse en su totalidad o en plazos dentro de un término razonable* a partir de la fecha en que ha quedado firme la sentencia”.⁷⁴ Incluso, de haberse establecido un plan de pago donde el imputado incumple con los pagos “[e]l tribunal puede mantener el beneficio del pago a plazos si concluye que el incumplimiento por parte del sentenciado se debió a causa justificada”.⁷⁵

Cuando el plan de pago no sea suficiente remedio para el conductor en cuestión, el artículo 56 provee una alternativa adicional. Dispone este artículo que “[e]l tribunal, en el ejercicio de su discreción o a solicitud del sentenciado, *evidenciada su incapacidad de pagar*, podrá autorizar el pago o amortización de la parte insoluta de la multa mediante la prestación de servicios comunitarios”.⁷⁶ Añade el mismo artículo que “[e]l tribunal conservará jurisdicción sobre el sentenciado para propósitos del cumplimiento de la orden de amortización así dictada, incluyendo, en los casos apropiados, la facultad de dejar sin efecto dicha orden o de exigir el pago total del balance insoluto de la multa”.⁷⁷ Esta pudiera ser una de las disposiciones más consonas con los principios de la JT.

La JT recurrió a la literatura médica y de los proveedores de salud para pensar en medidas para aumentar el cumplimiento con las condiciones de las sentencias.⁷⁸

⁷³ Cód. Pen. PR, art. 54, 33 LPRA § 5087 (2012) (énfasis suplido).

⁷⁴ *Id.* § 5088. (énfasis suplido).

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.* § 5089. (énfasis suplido).

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ David B. Wexler, *Health Care Compliance Principles and the Judiciary*, ARIZONA LEGAL STUDIES DISCUSSION PAPER No. 13-54 (2013).

Las formas de comunicación entre el médico y el paciente o, el juez y el sentenciado, son fundamentales en este proceso. Los estudios del campo de la salud han identificado que aumenta el incumplimiento de los pacientes cuando el médico se muestra ocupado, se distrae leyendo el expediente mientras entrevista al paciente, usa jerga médica, hace preguntas cerradas que se contestan con un sí o un no, no permite al paciente contar su historia, entre otros.⁷⁹ Como parte de los elementos que aumentan el cumplimiento, la literatura ha identificado la supervisión recurrente como unos de esos factores. El artículo 56, recién discutido, dispone que “el tribunal conservará jurisdicción sobre el sentenciado para propósitos del cumplimiento”.⁸⁰ En la práctica, el juzgador puede concebir esta cláusula como *supervisión* y utilizar los principios que recoge la literatura de JT para aumentar el cumplimiento de los sentenciados.

La hermenéutica penal propuesta permite al juzgador alcanzar una solución terapéutica conforme a la realidad de los conductores no autorizados. Además, no requiere de aprobación de ley alguna, por lo que se trata de utilizar el paisaje legal vigente y aplicar unas mejores técnicas y prácticas jurídicas, conforme a los principios de la JT. Aunque la *Ley de vehículos y tránsito de Puerto Rico* es demasiado rígida y antiterapéutica en sus disposiciones penales, a través de la interpretación penal el juzgador puede recurrir a las disposiciones del Código Penal de Puerto Rico y aplicar sus disposiciones más terapéuticas.

En fin, las preguntas sobre el derecho penal y el poder punitivo del estado son preguntas políticas. Decía Hannah Arendt que la política tiene que ver con la pregunta del *cómo queremos vivir*. No hay duda de que esta ha sido la pregunta de fondo detrás de este trabajo. ¿Cómo queremos vivir? Queremos vivir en libertad y le hemos apostado a ella. Libertad que —en términos arendtianos— solo alcanzamos en el mundo común a través de la acción. Esta libertad no consiste en hacer lo que nos plazca, ni se trata solamente de una protección contra las intromisiones del estado en nuestras vidas; consiste en las posibilidades impredecibles que resultan del encuentro con los demás. Somos de la idea de que el ordenamiento penal de tránsito que hemos discutido atenta contra esta concepción de libertad, en tanto que despoja a unos ciudadanos de su posibilidad de actuar en el mundo común, pues este sistema está diseñado para excluir de lo común a unas personas en particular —por su condición económica— y las relega a vivir desde la ilegalidad.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ CÓD. PEN. PR, art. 54, 33 LPRA § 5089 (2012)

AMERICAN WEIMAR?: COURTS AND THE REPRODUCTION OF DEMOCRACY

BY: GIL GOTT*

ABSTRACT

This essay challenges us to take the lessons of the Weimar Republic seriously, as the United States and other liberal democracies face grave threats from increasingly authoritarian institutions and anti-democratic socio-legal formations. The essay examines how Germany's justice system failed in the period after World War I, during which nationalist, authoritarian and, ultimately, fascist movements destabilized and eventually overthrew the Weimar Republic ("Weimar"), Germany's first functioning democratic republic. The "Weimar analogy" proposed here has to do with conceptualizing how contemporary formations of "political justice" interact with the dangerous coupling of neoliberalism and authoritarianism in global culture and politics. Trends in the United States Supreme Court, reflected in government and "whitelash" politics, point ominously toward a future marked by Weimar levels of dysfunction. An abiding lesson of the Weimar case is that democracy can brook no suicide pact with its courts.

Summary: I. INTRODUCTION. II. JUDICIAL REVIEW, HYPER-INFLATION AND A CRISIS OF TRUST IN WEIMAR. III. ANTISEMITISM, WEIMAR JUSTICE AND THE RACIAL STATE. IV. POLITICAL JUSTICE AND POLITICAL VIOLENCE. V. POLITICAL CLOSURE OR "REPUBLICAN POSSIBILITY". VI. CONCLUSION.

* Associate Professor, International Studies and Grace School of Applied Diplomacy, DePaul University. This essay is dedicated to the legacy and memory of Professor Terry Smith (St. Thomas University School of Law), author of *WHITELASH: UNMASKING WHITE GRIEVANCE AT THE BALLOT BOX* (2020).

I. INTRODUCTION

“They are focused on winning at any cost, even at the cost of the democracy itself.”¹

“They had things — levels of voting that, if you ever agreed to it, you’d never have a Republican elected in this country again.”²

I stood on a hill and I saw the Old approaching, but it came as the New.³

This essay challenges us to take the lessons of Weimar seriously, as the United States and other liberal democracies face grave threats from increasingly authoritarian institutions and anti-democratic socio-legal formations. It examines how Germany’s justice system functioned in the period after World War I, during which nationalist, authoritarian and, ultimately, fascist movements destabilized and eventually overthrew the Weimar Republic⁴ (“Weimar”), Germany’s first functioning democratic republic. Mindful to avoid simplistic historical analogy,⁵ I propose thinking about Weimar as an instructive case of a society struggling with social democratic transformation amidst social and economic crisis conditions and against the weight of a formidable “counter-revolutionary” and authoritarian political bloc. For its part,

¹ Jamelle Bouie, Op-Ed., *‘This is Jim Crow in New Clothes’*, N.Y. TIMES, March 19, 2021, available at <https://www.nytimes.com/2021/03/19/opinion/raphael-warnock-voting-rights-reconstruction.html>

(quoting Senator Raphael Warnock on the new wave of voter suppression).

² Aaron Blake, *Trump Just Comes Out and Says It: The GOP Is Hurt When It’s Easier to Vote*, WASH. POST, March 30, 2020, available at <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/03/30/trump-voting-republicans/> (quoting President Donald J. Trump regarding voting relief bill proposed to facilitate voting during COVID-19).

³ BERTOLT BRECHT, *Parade of the Old New*, in POEMS 1913-1956 323 (John Willett & Ralph Manheim eds., John Willett trans., 1976).

⁴ Weimar is the city where the Germany’s post-World War I constitution was written in 1919, although Berlin remained capital and major center of government and political life, housing the German parliament (*Reichstag* and *Reichsrat*) and high court (*Reichsgericht*). See German Bundestag, *Weimar Republic (1918-1933)*, <https://www.bundestag.de/en/parliament/history/parliamentarism/weimar/weimar-200326> (last visited Aug. 13, 2020).

⁵ For a summary of the recent debate over whether to understand present “illiberal” forms of politics arising within liberal democracies in light of the experience of early 20th century fascism, see Daniel Bessner and Udi Greenberg, *The Weimar Analogy*, JACOBIN, Dec. 17, 2016, <https://www.jacobinmag.com/2016/12/trump-hitler-germany-fascism-weimar-democracy/>.

the Weimar “judicial regime”⁶ and its crisis of legitimacy had a role to play in the system’s failure. This aspect of the Weimar story remains relevant for today’s crisis ridden democracies, where “social democratic” futures struggle to unfold amidst myriad global crises inherited from the old order—in health, migration, finance, food security, environment, climate, etc.—while autocratic political formation fuses authoritarian, Christian, neoliberal and white nationalist elements in a new/old form of massive resistance to such transformation.⁷

Weimar’s relevance has in part to do with appreciating the judicial regime’s role in determining the path German democracy took after the end of the Second Empire (1919-1933). That a functioning democracy requires “rule of law” (not rule by a person or oligarchy, for example) is commonly understood. Weimar shows additionally that the prospects of democratic and relatively peaceful transitions through times of disruptive social transformation may depend on politically maintaining the coherence of law as a field of social action⁸ that evinces sufficient autonomy from autocratic or oligarchic actors and institutions.⁹ Weimar’s judiciary, as it first asserted independence from the republic’s elected parliament in the 1920s, functioned as politicized legal field in a non-supportive relationship with the democracy that authorized it.

After the war, Weimar had moved quickly away from the defeated German constitutional monarchy and towards a modern democratic future under a liberal constitution. However, along the way the processes of social and political transformation stalled. While Weimar started out over-burdened economically by the Treaty of Versailles that strapped the country with unsustainable war debt, it also experienced

⁶ RACHEL E. BOWEN, *THE ACHILLES HEEL OF DEMOCRACY: JUDICIAL AUTONOMY AND THE RULE OF LAW IN CENTRAL AMERICA* 26 (2017) (defining judicial regimes broadly so as to encompass “patterns of relations with a variety of powerful [societal and political] actors . . . and the ways in which politico-legal conflicts are resolved both within and without the courts,” as well the rule maker of “the legal-political game”).

⁷ PIERRE DARDOT & CHRISTIAN LAVAL, *NEVER ENDING NIGHTMARE: THE NEOLIBERAL ASSAULT ON DEMOCRACY* xvii (Gregory Elliott trans., 2019) (arguing that neoliberalism has developed “from within” its own unique mixture of authoritarianism, nationalism and capitalist rationality that is distinct from historical fascism, yet also anti-democratic).

⁸ See generally Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 *HASTINGS L.J.* 805, 816 (Richard Terdiman trans., 1987) (defining a “juridical field” as one standing in relatively autonomous relationships to other social fields such as politics, economics or culture).

⁹ See NIKLAS LUHMANN, *LAW AS A SOCIAL SYSTEM* (2004) (presenting system theory that understands law as a social system comprising a contained communications structure that is both highly self-referential and independent, but also connected to other social subsystems with which it shares co-constituted concepts and meanings, such as the way law shares the structure of meaning around property with economics and around constitutionalism with politics); Dardot & Laval *supra* note 7, at 12-13 (pointing out the original Greek meaning and context of “democracy” entailed the poor doing battle with and triumphing against the oligarchy).

intense civil strife over the prospects of social democracy emerging from the ruins of the imperial monarchy. The Weimar era, remembered and celebrated as an exciting time of creative, progressive and modern cosmopolitanism,¹⁰ also gave rise to a diverse and popular political movement of Weimar peace activists, workers' associations and international feminist groups, along with elements of the German Social Democratic Party.¹¹

In such turbulent and quintessentially modern times, the Weimar judiciary, an institution taken over from the Wilhelmine imperial past, became known for dispensing what critics called "political justice" (*politische Justiz*), most notoriously by providing support to right-wing nationalist and authoritarian movements in their violent clashes with the political Left of socialists, communists and workers associations.¹² In Weimar, authoritarianism arose *within* a post-imperial liberal democracy, which featured a juridical field marked by resistance to the society's democratization.¹³ Weimar is marked, then, by a particular kind of socio-legal formation reflecting the interplay of a conservatively politicized institution of justice and the social forces set loose by democratic transformation of political, economic and cultural life. How such a contradiction laden socio-legal formation could impact upon the meaning and functioning of democracy, especially in the face of rising authoritarianism, is evidenced in how the Weimar judiciary as an helped doom the social reproduction of democracy.

¹⁰ PETER GAY, *WEIMAR CULTURE: THE OUTSIDER AS INSIDER* 6 (1968) (framing Weimar's modern culture an important international mix and having relevance beyond the short life of the Republic as a model of modern 20th century cosmopolitan cultural expression).

¹¹ Social democracy refers here broadly to a movement in post-World War I Germany that encompasses more than the Social Democratic Party of Germany (SPD). The movement for social democracy comprised members of Germany's worker federation, *Allgemeine Deutscher Gewerkschaftsbund* (ADGB), peace activists and international feminist groups. See DONNA HARSCH, *GERMAN SOCIAL DEMOCRACY AND THE RISE OF NAZISM* (1993); Shelley Rose, *The Penumbra of Weimar Political Culture: Passivism, Feminism, and Social Democracy*, *PEACE AND CHANGE*, July 2011, at 313, 314-15 (describing relationships among Social Democrats, pacifists and feminists in the Weimar Left).

¹² Contemporary critics of the Weimar courts used the term "political justice" (*politische Justiz*) to describe the bias against leftists and the labor movement. See KURT TUCHOLSKY, *POLITISCHE JUSTIZ* (1970). A series of critical studies have mapped the Weimar judicial system's performance and reached broad consensus regarding the problem of the judiciary's anti-left bias as well as its negative orientation to the Republic and the turn to democracy generally. The leading work in the field has been HEINRICH HANNOVER & ELISABETH HANNOVER-DRUCK, *POLITISCHE JUSTIZ 1918-1933* (1966), which in turn drew from the work of German scholars who had first-hand experience with Weimar justice such as EMIL GUMBEL, *VIER JAHRE POLITISCHER MORD* (1922); FRANZ NEUMANN, *BEHEMOTH: THE STRUCTURE AND PRACTICE OF NATIONAL SOCIALISM 1933-1944* (1942; 2009) and HUGO SINZHEIMER & ERNST FRAENKEL, *DIE JUSTIZ IN DER WEIMARER REPUBLIK* (1968).

¹³ See generally, Bourdieu, *supra* note 8, at 816 (explaining the juridical as social field).

Analyzing how the juridical field structures democratic society requires considering the direct exercise of judicial power impacting upon various aspects of the political process (e.g., interpreting and applying voting rights) but also calls for understanding the possible effects of guiding rationalities (e.g., those elevating private property or the “market” beyond democratic reach) and normative frameworks (e.g., forms of nationalism). Law’s relative autonomy from economics and politics, arguably a necessary, if not sufficient, condition for democracy, may be measured in the last instance by how well its institutions work to preserve a functioning democracy. “Legal autonomy,” expressed as formal judicial independence from the political branches of government, may stand athwart democracy to the extent law as a field remains relatively undifferentiated from the economic or political fields and their dominant forces and interests. Fusion of different social fields, or the “colonisation” of one by others, may produce a dynamic of social closure, rendering the legitimating principles of democratic access, transparency and accountability into governing modalities of selective exclusion, distrust and autocracy.¹⁴

Such a process unraveled democratic legitimacy in Weimar. The courts’ stifling of popular Left movements is an essential, if underappreciated, thread running through the story of Weimar’s dissolution into fascism, with politicized justice directly benefitting right-wing, anti-democratic, nationalist and fascist movements.¹⁵ The indirect effects of political justice in Weimar are tied to the “crisis of trust” that the courts created for themselves and how this loss of trust impacted societal reception of the new constitutional system as a whole.¹⁶ A crisis of trust, such as that which plagued Weimar’s judiciary, signals the extent to which public legitimating principles of democratic access, transparency and accountability, were under-developed in the anti-republican institutional cultures of Weimar.

The immediate effects of delegitimizing the use of legal process for peaceful settlement of political disputes may seem evident for both Weimar and today’s crisis-ridden democracies, but juridically induced democratic closure may also frustrate processes of democratic renewal, creating conditions of withdrawal, cynicism or antipathy as the possibility of meaningful political contestation diminishes for closed-out groups, interests or framings. In other cases, social and political closure

¹⁴ Colonization is the term Jürgen Habermas uses, though he is referring to the subordination of the more communicatively rational “lifeworld” to more formal systems driven by money and power. JÜRGEN HABERMAS, *THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION*, VOL. 2 196 (Thomas McCarthy trans., 1981) (using “colonisation” to name a process by which a system such as commercial media may displace the social “lifeworld” of meaning-making).

¹⁵ See *infora* notes 101-104, and accompanying text.

¹⁶ The crisis of lost trust in the judiciary (*Vertrauenskrise*) became a popularly discussed phenomenon during the Weimar years. See ROBERT KUHN, *DIE VERTRAUENSKRISE DER JUSTIZ: 1926-1928: DER KAMPF UM DIE REPUBLIKANISIERUNG DER RECHTSPFLEGE IN DER WEIMARER REPUBLICK* (1983).

may condition contentious or violent responses, as one might expect in reaction to real or imagined election high-jackings (an extreme and provocative form of anti-democratic closure). Of course, a crisis of trust in the formal institutions of justice could also foster and proliferate alternative models of authority and rationality, exemplified in the popularizing of mutual aid approaches among social movements that may be important efforts to re-democratize justice and citizenship in the face of a semi-permanent state of global crises.¹⁷

The “Weimar analogy,” if one is to be proposed here, has to do with conceptualizing how contemporary formations of “political justice” interact with the growing coupling of neoliberalism and authoritarianism in global culture and politics. Capitalism’s general relationship with democracy may be characterized by tensions and contradictions, even though the background conditions of post-imperial republicanism in Weimar and contemporary “neoliberal democracy”¹⁸ vary. The reproduction of democratic society would seem to depend upon a juridical field with legitimacy and responsiveness to a broad range of reshaping pressures affecting social values, norms and identities. Weimar’s social divisions made the process of achieving needed changes more difficult, but not impossible. The record suggests a different judiciary could have functioned to weave and strengthen the fabric of democracy and bolsters the case for re-grounding the judiciary in democratic process.

Parts II-V below sketch how the judiciary as an institution contributed to Weimar’s eventual collapse into fascism by examining three areas of jurisprudence that evince a “friend-enemy” matrix judges established in relation to various social and political forces and interests in the new German Republic. Resistance from the judiciary against Weimar democracy was both categorical—disfavoring transition to the Republic and parliamentary sovereignty—and specific in its targeting of socialist or even social democratic politics that most departed from the old regime and values. Judges treated these movements as if they had been instigated by internal enemies of the German nation. Part II provides a brief introduction to the historical context of Weimar and its judiciary and examines how so-called political justice manifests in the judiciary’s selective embrace of judicial review, in particular around the issue of economic revaluation created by the infamous hyper-inflation of 1922-23. Part III considers the judiciary’s relationship to antisemitism, while Part IV looks at how the justice system channeled political and social violence in Weimar, effectively favoring right-wing political violence with demonstrably more lenient treatment than was afforded the opposition.

¹⁷ See generally, DEAN SPADE, *MUTUAL AID: BUILDING SOLIDARITY DURING THIS CRISIS (AND THE NEXT)* (2020) (presenting the history and theory of mutual aid as a tool of resistance).

¹⁸ Luke Winslow, Alec Baker and Charles Goehring, *The Neoliberal Conquest of the Supreme Court*, 3 COMMUNICATION AND THE PUBLIC, August 2018, at 205; Jedediah Purdy, *Neoliberal Constitutionalism: Lochnerism for a New Economy*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 195 (2014).

Part V extends the case study to compare Weimar's anti-democratic, anti-left judiciary with the institutionalization of neoliberal justice today, itself a form of political justice that has as an essential goal the removal of public and the establishment of private ("market") control of institutions and governance processes. The cautionary lesson to be drawn from Weimar points to the possibility of a sclerotic judiciary fostering authoritarian politics and culture in a formally institutionalized democracy. Weimar raises questions about the risks of a "counter-revolutionary" judiciary operating in a context of systemic volatility and intractable problems, comparable to those posed by climate change, migration, inequality and violent authoritarianism. In the U.S., scholars have asked whether judicial legitimacy is sufficiently threatened by politicization to require judicial reform in order to avoid a socio-legal crisis of Weimar proportions.¹⁹ Weimar's history reveals how stakes of such judicial policy may go to the heart of a democracy's viability.

II. JUDICIAL REVIEW, HYPER-INFLATION AND A CRISIS OF TRUST IN WEIMAR

*A state in crisis cannot be saved by the judiciary,
at any rate not by the judiciary in the traditional sense.*²⁰

Analysis of the judiciary's role in German fascism is often explored via the post-war Nuremberg international criminal proceedings that famously tried and convicted some of the leading jurists of the Nazi period, later memorialized in the classic Hollywood film *Judgment at Nuremberg*.²¹ The film actually presents a rather complex picture of the trials but generally tells the story of a German judiciary that went wrong when it failed to apply natural law values and process (in particular, protecting the value of an individual life) in judging the acts of the law-making sovereign. A blind adherence to legal positivism appears as a main cause of the judges' moral and professional failure, although the film also depicts political support among elite jurists for the National Socialist (Nazi) Party, as it suspended democracy to save a nation from the trumped up threat of Bolshevism and barbarism.²²

¹⁹ Daniel Epps & Ganesh Sitaraman, *How to Save the Supreme Court*, 129 YALE L.J. 148, 151 (2019) (arguing that the loss of judicial legitimacy requires rethinking how courts function).

²⁰ Michael Stolleis, *Judicial Review, Administrative Review and Constitutional Review in the Weimar Republic*, 16 RATIO JURIS 266, 279 (2003).

²¹ JUDGMENT AT NUREMBERG (United Artists, 1961).

²² David Fraser, *Judging Judgment at Nuremberg: Law, Justice and Memory in Hollywood*, https://www.academia.edu/5991394/Judging_Judgment_at_Nuremberg_Law_Justice_and_Memory_in_Hollywood_CIDESC_Centre_for_the_Study_of_Post-Conflict_Cultures (last visited Mar. 18, 2021) (arguing that the film cannot effectively resolve the natural versus positive law tension by simply identifying natural law's morality with the victorious countries, which had also effectively violated natural law in ways similar to the Nazis).

The story of how the Weimar judiciary played a role in the demise of the Republic is less well known and goes beyond support for the fascists *after* 1932. It is noteworthy that the German judiciary, similar to Germany's industrial and financial institutions, appears more like an unbroken thread running throughout the period from 1871-1945 and beyond, that is, from constitutional monarchy, to Weimar republic, to Nazi fascism into the postwar federal republic. To be sure, the judiciary's function changed from regime to regime. Courts exercised little to no autonomy under imperial and fascist forms of executive power,²³ whereas the democratic regimes have defined judges as "independent" and subject only to the law itself.²⁴ However, as a fundamentally conservative institution, the judiciary moved through the major political transitions surprisingly intact.²⁵ As Germany's non-democratic regimes lost on the battlefields of both world wars, the judiciaries of those regimes (self-proclaimed supporters of those same wars of aggression²⁶) were carried forward, in 1919 as part of the transition to republicanism, eventually wielding significant powers of review over the newly democratized law-making sovereign.²⁷ The turn to fascism in Germany is partly the story of a counter-revolutionary judiciary, paralleling and embedded within the broader right wing movement,²⁸ that resisted the historic transition to republicanism and refusing the prospect of a possible "workers republic" with socially progressive values and laws.²⁹

When Germany and the Central Powers lost World War I and the Kaiser had abdicated his throne under revolutionary pressures, a period of intense internal conflict led to the founding of the new Weimar Republic, declared under the Constitution of 1919. The old imperial judiciary was effectively imported wholesale into the new constitutional republic with judges encouraged to continue in their roles as career civil servants. Indeed, only a small fraction of a percent of judges

²³ See INGO MÜLLER, *HITLER'S JUSTICE: THE COURTS OF THE THIRD REICH* 7-8, 36-39, 220-23 (Deborah Lucas Schneider trans., 1991).

²⁴ Constitution of the German Empire, art. 102 and Federal German Republic, Basic Law, art. 97 (providing for judges' independence under the law). German Historical Institute, *The Constitution of the German Empire of August 11, 1919*, available at http://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=3937; Federal German Republic, Basic Law, available at <https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/basic-law-470510>.

²⁵ MÜLLER, *supra* note 23, at 10, 36-45, 208-218

²⁶ *Id.* at 9.

²⁷ *Id.* at 219-223 (explaining how German jurisprudence has used the idea of judicial positivism to protect the justice system from attack after the authoritarian systems ended).

²⁸ *Id.* at 10.

²⁹ Larry Eugene Jones, *The German Right in the Weimar Republic: New Directions, New Insights, New Challenges* in *THE GERMAN RIGHT IN THE WEIMAR REPUBLIC* 1-2 (Larry Eugene Jones ed., 2014) (identifying Weimar's conservative politics as anti-democratic, rejecting the republican turn to popular theories of sovereignty and longing for a return to authoritarianism and enforced hierarchies Second Empire).

chose retirement at that time with the vast majority continuing in their positions as before.³⁰ The existing judiciary did not automatically internalize the values of parliamentary government but was rather to remain a conservative force in Weimar, with a majority of judges aligned politically with the authoritarian, nationalist and anti-semitic German National People's Party.³¹ Traditional, conservative and nationalist values continued to guide the judiciary, and a reactionary and rejectionist interpretation of the republic's origin was part of an ideology that many judges shared with the broader conservative movement. This rejectionism—"the unity of the no"—became discursively rooted in the myth of betrayal in the famous "stab in the back legend" (*Dolchstoßlegende*).³² The legend was a propaganda construct that denied the republic's legitimacy by scape-goating those social democrats and Jews who could be associated with its founding ("the November criminals") as war saboteurs and traitors, while exonerating the failed Imperial German civilian and military war-making leadership class and institutions of responsibility for the national disaster.³³

Although Weimar society became known for rapid change and intellectual innovation,³⁴ assertion of robust judicial review power seemed unlikely given the positive law tradition that Weimar inherited from the Second Empire.³⁵ Courts had functioned mainly as extensions of the imperial sovereign during the previous era, exercising no powers of independent substantive review.³⁶ Weimar's new constitutionalism was premised on the idea of popular sovereignty and created a parliamentary system that the aggressive assertion of judicial review could contravene, if it elevated the newly independent courts' power to adjudicate a law's material validity above that of the sovereign's (parliament's) to make laws.³⁷ On balance, the courts of Weimar embraced the judicial review power "half-heartedly," remaining gener-

³⁰ MÜLLER, *supra* note 23, at 10 (noting that less than .15 percent of judges took the voluntary early retirement offer the Republic after the war).

³¹ *Id.* at 10.

³² JOACHIM PETZOLD, *DIE DOLCHSTOSSLEGENDE: EINE GESCHICHTSFÄLSCHUNG IM DIENST DES DEUTSCHEN IMPERIALISMUS UND MILITÄRISMUS* (1963).

³³ Jones, *supra* note 29, at 2 (discussing the "unity of the no" phenomenon),

³⁴ Jochen Hung, "Bad" Politics and "Good" Culture: New Approaches to the History of the Weimar, 49 *CENTRAL EUROPEAN HISTORY* 441, 442-43 (2016) (discussing "Weimar's Master Narrative," whereby historians have viewed Weimar as possessed of "good" culture, i.e., modern and liberal, but "bad" politics, i.e., extremist).

³⁵ *Id.* at 8.

³⁶ Stolleis, *supra* note 20, at 275-76.

³⁷ *Id.* at 272. Different understandings of democracy existed in Weimar, complicated by the constitution's open framing of democratic sovereignty in the republic (lying with the Volk, not the republic or its institutions) and contemporary models of liberal democracy should not be projected onto Weimar. See Hung, *supra* note 34 at 450 (discussing the different ways historians have understood the question of democracy in Weimar's politics).

ally committed to the primacy of state power to legislate over the assertion of individual rights under the constitution.³⁸ Nonetheless, in selectively accepting their power to overrule legislative or executive authority by evaluating a law's material legitimacy, Weimar courts found a useful device for countering the threats posed by "parliamentary absolutism"³⁹ to private property and bourgeois values. Borrowing from the French and United States' traditions of review, the Weimar debates on the matter laid the groundwork for the later approaches to robust, natural-law based notions of judicial review that thrived in the post-World War II Federal Republic of Germany.⁴⁰

Interestingly, anti-positivist views took hold among judges and legal academics in the 1920s, with natural law doctrines fueling the courts' assertion of judicial review for the first time in German legal history. The assertion of judicial review power, although none had been created in the Weimar Constitution, happened quickly in the Republic's early years and, "in a manner verging on falsification," based itself on largely imaginary precedent from the imperial period.⁴¹ By the latter 1920s even anti-liberal thinkers such as Carl Schmitt endorsed judicial review based on protection of individual rights,⁴² a basis of material review that the new liberal constitution made available through its enumeration of individual rights and duties.⁴³ Conservatives and bourgeois advocates of judicial review in Weimar, fearful of unchecked parliamentary power in the hands of elected socialists or serious reformers, found willing collaborators among a committed anti-socialist judiciary.⁴⁴

Enumerated rights that were included in the new Weimar Constitution became interpretively merged with other existing "basic rights" and values ("equality," respect for the institutions of civil society, marriage, inheritance) to form a new quasi-natural law based approach to the courts' protection of bourgeois interests.⁴⁵ Judge-made legal strictures were thus placed on German democracy, even as the new republic strove to address the virtually intractable social and economic crises of its times.⁴⁶ Judicial review, or the threat of it, could be used as leverage in resisting

³⁸ *Id.* at 277.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* at 274.

⁴¹ *Id.* at 272.

⁴² *Id.* at 273.

⁴³ *Id.* at 277.

⁴⁴ *Id.* at 272-73.

⁴⁵ *Id.* at 273, 277.

⁴⁶ *Id.* at 273. Historians continue to debate the question of Weimar's viability in the face of its significant economic deficiencies. See Hung, *supra* note 34, at 444-47 (reviewing different historical approaches that vary from the more economically deterministic to those emphasizing the role of failed crisis management on the part of Weimar's conservative politicians).

parliamentary democracy when private property rights and “equal” treatment (of the privileged) were at risk. Indeed, review of government action by the judiciary took on “an unwanted vitality” in Weimar that was in part the result of a “conservative bourgeois front against the legislature,” “created by economic interests and political resentment.”⁴⁷

The inflation of 1922-23, which threatened both the Republic and the property of the bourgeoisie, led to a confrontation between the courts and parliament over the question of debt revaluation (*Aufwertung*).⁴⁸ Extreme inflation plaguing the Weimar economy at this time had resulted from a number of factors that included borrowing (rather than taxing) to pay for the war, then losing the war and being strapped with unsustainable levels of reparations through the Versailles peace settlement. The government responded to the debt crisis after the war by printing more money, eventually creating a significant, though unintended redistribution of wealth and income away from the so-called middle stratum of German society (*Mittelstand*), a group which included creditors, pensioners, civil servants and “savers” (*Sparer*). The inflation created individual winners and losers, but the objective of keeping the German economy functioning was accomplished.

The courts dealt with many cases in contract and tort involving claims that grew out of the “changed circumstances” or “impossibility of performance” due to the inflation.⁴⁹ The problem with trying to revalorize legal obligations to counteract inflation in favor of *Mittelstand* creditors and savers was that federal German law declared the so-called nominalist currency doctrine that “a Mark is a Mark,” meaning a mortgage would be paid off at face value in Marks, even if the currency’s real value had changed subsequent to the time of contracting. Since the rule effectively placed the risk of unknowable shifting currency valuations equally on all those using the currency for contract or credit, it seemed fair on its face. However, after hyperinflation had radically altered the real value of debt repayments systematic revaluation of contracts appeared to many to be the more equitable concept. Revaluation remained problematic, however, both as a *post facto* legal intervention to bail out a particular class of economic actors and, as a practical matter, because it was unfeasible economically and administratively. Moreover, some larger financial and capitalist interests objected to revaluation because of the drag it created on the increasingly productive German economy.⁵⁰

Despite the legal, moral and practical problems with revaluation, the courts asserted a new power of judicial review and cautioned the government against trying

⁴⁷ *Id.* at 278.

⁴⁸ *Id.* at 273.

⁴⁹ John Dawson, *Effects of Inflation on Private Contracts: Germany, 1914-1924*, 33 MICH. L. REV. 171 (1934).

⁵⁰ David B. Southern, *The Revaluation Question in the Weimar Republic*, 51 J. MOD. HIST., March 1979, at D1029, D1032.

to legislate over the judges' sense of what the general principles of "good faith" required. In its decision of November 28, 1923, the *Reichsgericht* (Supreme Court) took the bold step of declaring the currency legislation invalid.⁵¹ Applying a general German Civil Code section (§242), providing for a debtor's general duty of equity and good faith, the judges found that the changed circumstances of inflation required invalidation of the existing law that required paper currency to be taken as legal tender at par value. Further, the Court ordered revaluation of the contract in the case, which involved a land mortgage in South West Africa.⁵² In historian David Southern's summarizing assessment:

*This was judicial rebellion against the law. The judges proclaimed that the law was subordinate to the judge, not the judge to the law. For a century judges had been inculcated with the doctrine of the subordination of the judge to positive law. Now the judges purported to declare positive laws invalid by invoking a higher law on their own making.*⁵³

Beyond the Court's invocation of a general private law principle to invalidate a substantive and duly passed law of the government in the decision, the judges also later published a manifesto boldly cautioning against any attempt by the government to pass legislation to override the November 28, 1923, decision.⁵⁴

At the same time, however, the government's currency stabilization measures were proving to be successful in managing the inflation problem, which only magnified the economic risks associated with the potentially destabilizing effects of a mass revaluation. Major economic actors were focused on growing the promising economy before them, not making whole the unfortunate class of savers and investors. Nonetheless, boosted by the judiciary's support, advocates of revaluation organized and campaigned successfully enough to keep the issue open politically well beyond 1923-24. The revaluation issue was exploited, with some obvious risks, by various political parties and agitators up until the Nazi Party takeover in 1933, despite the clear impossibility of ever restoring the *Mittelstand's* financial losses from the inflation.

Motivations for the judges' rebellion around revaluation appear to have been mixed (some were creditors themselves, for example⁵⁵), but the ongoing controversy the courts helped to sustain did nothing to further the cause of republicanism

⁵¹ *Id.* at D1035.

⁵² Dawson, *supra*, at 205.

⁵³ Southern, *supra*, at D1035.

⁵⁴ Max Rheinstein, *The Struggle Between Equity and Stability in the Law of Post-War Germany*, 3 U. PITT. L. REV. 91, 96-97 (1991).

⁵⁵ Southern, *supra* note 50, at D1034.

in Germany. On the contrary, as a professor of commercial law at the time observed about the situation created by the Court's ruling on revaluation: "Nothing could have had a more inflammatory effect upon the population than this."⁵⁶ The government gave some ground in deliberating rather minimal revaluation measures, thereby also further encouraging the political juggernaut created with the help of the judiciary's counter-government stance. This was an important win for the *Mittelstand* groups and fed into a political movement that dovetailed with nationalist political formations that were spreading at the same time, even though parties of all ideologies used the issue opportunistically.⁵⁷ As David Southern argues the main effect of Weimar's admixture of revaluation law and politics was to cause and rationalize hostility to the Republic itself:⁵⁸ "Revaluation was both an expression of genuine grievance and a pretext: a motive to oppose the system and a symbol of pre-existent antipathy,"⁵⁹ and "[t]he chief effect of revaluation was to help undermine the stability of the republic."⁶⁰

Parliamentary authority to manage the country's postwar socio-economic and political dilemmas posed a threat to the traditional order of the Second Empire, and judicial review arose in tandem with resistance to such authority in Weimar. The growing popularity of judicial review from 1920 onwards "can thus be seen in the context of a constitution and a new parliamentary system that were not fully accepted by the judges."⁶¹ The effect of revaluation's legal politics on the *Mittelstand* was significant, especially given that stratum's eventual role in supporting the Nazi Party. Revaluation became symbolic of an all/nothing, friend/enemy political logic, whereby the entire system of Weimar's republican government could be deemed illegitimate, performatively undermined by a *Mittelstand* that behaved as it might have from its position of relative privilege in the 19th Century.⁶² This rejectionist dynamic flourished even though the injured class had, to a degree, successfully used the political process to make their case for the inflation victims' recognition and compensation. As Southern points out, the *Mittelstand* had "proclaimed its sense of injured merit and called on the state to grant it redress."⁶³ While economic historians have claimed the importance of hyperinflation and other economic determinants of Weimar's collapse into authoritarianism,⁶⁴ the politicization of the revaluation ques-

⁵⁶ ARTHUR NUSSBAUM, DIE BILANZ DER AUFWERTUNGSTHEORIE 14 (1929) *quoted in* Southern, *supra*, at D1036

⁵⁷ Southern, *supra* note 50, at D1038-1042.

⁵⁸ *Id.* at D1052.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* at D1053.

⁶¹ Stolleis, *supra* note 20, at 273.

⁶² Southern, *supra* note 50, at D1032.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Hung, *supra* note 34, at 444-47 (pointing out the recurring problem of economic determinism in such accounts),

tion and, thus, also the precedent setting assertion of judicial review contributed to and reflected a culture of conservative disaffection toward parliament and toward representative democracy generally.

III. ANTISEMITISM, WEIMAR JUSTICE AND THE RACIAL STATE

The bloody “bourgeois counter-revolution” of 1918-19 propagandistically linked anti-Bolshevism with antisemitism through the backstab myth that falsely accused socialists and Jews of being traitors to the German cause in World War I.⁶⁵ With support from the Social Democratic Party of Germany (SPD), the more extreme forces of violent reaction stoked anger and fear over the fictitious nation-destroying political threats posed by non-Germans and Jews who were involved in the post-war revolutionary movements. The mass political murder of hundreds of leftists and labor activists in Munich by right-wing militias (*Freikorps*) in spring 1919 did not spark outrage among those Germans who may have feared the rise of Bolshevism in Germany and who had become a potential audience for such xenophobic, antisemitic or nationalist demagoguery. The courts subsequently dispensed the era’s signal form of “political justice,” with relative leniency shown for many violent counter-revolutionary actors and, a year later, for right-wing coup leaders themselves.⁶⁶ Throughout the Weimar period society wrestled with newly politicized forms of antisemitism that had been mobilized after the war in the Right’s bid to control Germany’s future.⁶⁷

Such political antisemitism associated left politics and political formations (the so-called workers councils or *Räte*, for example) with notable Jewish intellectuals and public figures, such as Rosa Luxemburg, Ernst Toller and Kurt Eisner, impugning all as threats to German *Volkstum* (literally “folkdom”), the ethno-nationalist concept of German civilization and identity that could be used to legitimate violent repression of such enemies. Reactionary nationalist movements also cast the republican form of government itself as a Jewish conspiracy, targeting both the republic and Jews through use of the defamatory term “Jew republic” (*Judenrepublik*) to refer to Weimar.⁶⁸ In terms of modern racial formation theory, Germany came to be fought over and to function as a “racial state” in the sense that power and legitimacy in and through the state became functionally tied to racialized discourses and exclu-

⁶⁵ United States Holocaust Memorial Museum, Holocaust Encyclopedia, Anti-Semitism in History: World War I (last visited, Aug. 10, 2020), <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/antisemitism-in-history-world-war-i> (describing the rise of extreme anti-Semitism in Weimar fostered by the Stab-in-the-Back Myth that focused on Jewish leaders of the pro-republican left).

⁶⁶ See *infra* notes 111-114 and accompanying text.

⁶⁷ See *infra* notes 73-39 and accompanying text.

⁶⁸ ERIC D. WEITZ, WEIMAR GERMANY: PROMISE AND TRAGEDY 333 (2018).

sions.⁶⁹ State power and the nature of governance itself were expressed and contested through racial idioms; in Weimar political pluralism and democracy could be delegitimized and subordinated in the nationalist discourse to the imagined sacred unity of an ethnically closed, national/*völkisch* collective. A contemporary observer describes the origins of this politics during the Republic's first tumultuous year:

And once the bourgeoisie began to realize that the council republican game (Räterepublik) they had watched half-apathetically, half-sullenly to that point could actually mean something worse for them than just a wild, carnivalistic performance, how did they demonstrate their awakening to resistance? Through spontaneous antisemitism.⁷⁰

That such “spontaneous antisemitism” became deeply organized and exploited for political advantage in Weimar suggests one way the political culture of Weimar would not reconcile easily with constitutional republican values and processes. Asserting power on behalf of an ethnically imagined people (*Volk*) to decide which actors, movements and ideologies were legitimate political subjects and projects, conservative nationalists could cast republican values and Weimar's vision of a more cosmopolitan modern society as being antithetical to traditional German civilization and cultural essence (*Deutschtum*).⁷¹ For its detractors the Republic symbolized Germany's state of *Überfremdung* (being overrun by foreigners) and could be contrasted in the nationalist narrative with a set of home-grown national norms, traditional values and concomitant conservative organizing principles of patriarchy, militarism, Christianity, property and social order.⁷²

Antisemitism developed under conditions specific to Weimar in the postwar period but had been a well-known social and political phenomenon under the previous German Empire, as evidenced by the so-called Berlin Antisemitism Dispute of 1879-81, wherein a leading liberal historian (Treitschke) warned that German civilization should not become a mix of Jewish and German cultures and values and, thus, that complete assimilation of Germany's Jews would be necessary to preserve German civilization and nation.⁷³ By the early 1890s the Central Association of German Citi-

⁶⁹ MICHAEL OMI & HOWARD WINANT, *RACIAL FORMATION IN THE UNITED STATES* 137-57 (3rd ed. 2014); MICHAEL BURLEIGH & WOLFGANG WIPPERMAN, *THE RACIAL STATE: GERMANY, 1933-1945* (1991) (using racial state as the key concept in analyzing national socialism).

⁷⁰ Peter E. Gordon, *Eye Witness to a Revolution*, *THE NATION*, Jan. 10, 2019 (quoting Victor Klemperer), available at <https://www.thenation.com/article/victor-klemperer-german-revolution/>.

⁷¹ ERIC D. WEITZ, *WEIMAR GERMANY: PROMISE AND TRAGEDY* 333-35 (2016) (explaining the centrality of anti-Semitism in the right-wing's narrative about a need to German to its fundamental values).

⁷² *Id.*

⁷³ MARCEL STOETZLER, *THE STATE, THE NATION AND THE JEWS: LIBERALISM AND THE ANTISEMITISM DISPUTE IN BISMARCK'S GERMANY* 1-10 (2008).

zens of Jewish Faith (*Central Verein*) and other similar groups had been founded to combat the rise of antisemitism in the Reich by using both legal and political means to defend the interests of Jewish Germans. Weimar inherited both the antisemitic and organized Jewish citizens' defense politics of the imperial era, with the *Central Verein* exerting influence in the 1920s by supporting private litigation and lobbying the courts, prosecutors and other agencies of the Weimar era government to combat antisemitism.⁷⁴ *Central Verein* regularly published reports on cases involving legal proceedings brought against antisemitic actors, creating an important archive from which researchers have drawn insights into how the Weimar judiciary performed in the face of the challenges posed by antirepublican and antisemitic agitation.

Scholars have disagreed over how to assess the specific role courts played in the rise of antisemitism during the Weimar period, offering differing interpretations that either credit the judiciary for (mostly) applying the laws correctly in cases involving Jewish victims of antisemitism or implicating the justice system in Germany's normative acceptance of antisemitic and related antirepublican politics.⁷⁵ The importance of the judiciary's role in the rise of antisemitism, relative to that of other societal and political actors, in any case, appears difficult to determine with certainty. The *Central Verein* along with other litigants and advocates for German Jews used three avenues available in German law to combat antisemitism: anti-defamation, anti-hate speech/anti-boycott, and a Law for the Protection of the Republic that criminalized organized anti-Republic action and speech.

Niewyk uses the *Central Verein* database of cases to argue that the courts performed more or less professionally in cases brought for the protection of Weimar's Jews who had been injured or threatened by antisemitic action.⁷⁶ Doskow and Jacoby and Müller, to the contrary, emphasize cases demonstrating the courts' overt antisemitism and cozy relationship with nationalist groups.⁷⁷ In some cases, judges ruled in favor of those who had been defaming or insulting Jews because the judges found the hateful substance of the attacks unobjectionable.⁷⁸ In others, they treated guilty parties leniently or allowed defendants to make use of trial proceedings in spreading their messages of intolerance and subversion.⁷⁹ Some anti-Republic

⁷⁴ Ambrose Doskow & Sidney B. Jacoby, *Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany*, 4 CONT. JEWISH REC., September-October 1940, at 498, 499.

⁷⁵ Donald L. Niewyk, *Jews and the Courts in Weimar*, 37 JEWISH SOC. STUDS., Spring 1975, at 99; Doskow & Jacoby, *supra* note 74 at 506; MÜLLER, *supra* note 23, at 18-19.

⁷⁶ Niewyk, *supra* note 75, at 111-12 (concluding that the Weimar courts mostly rendered "unexceptionally apposite judgments" with only "some marginal penetration of anti-Jewish prejudice into the judiciary").

⁷⁷ Doskow & Jacoby, *supra* note 74 at 509 (assessing a lack of will among prosecutors and judges to apply existing Weimar law in combating antisemitism); MÜLLER, *supra* note 23, at 18.

⁷⁸ MÜLLER, *supra* note 23, at 18-19.

⁷⁹ *Id.* at 15.

judges sided with the Nazi party in Weimar's political struggle, either openly or clandestinely.⁸⁰ However one assesses the courts' direct linkages to antisemitism during Weimar, neither Weimar's legal protections nor its institutions safeguarded Jews' place in the Republic.

The most important official response to antisemitic right-wing violence occurred after the assassination of industrialist and statesman Walther Rathenau in 1922, who was then serving as foreign minister for the federal government (*Aussenminister*) and had been the target of sustained antisemitic attacks that accused him of betraying Germany in the ongoing negotiations over fulfillment of the Versailles settlement.⁸¹ Rathenau's murder galvanized support for the Republic and discredited the nationalist cause, leading to passage of The Law to Protect the Republic in 1922 that criminalized antirepublican organizations, publications and assemblies. Millions of Germans publicly demonstrated their opposition to Rathenau's murder and the right-wing terror campaign meant to destroy the Republic by fomenting violent civil conflict and division.⁸² For a time, at least, it appeared Germany would not fall victim to the anti-democratic and antisemitic politics of reactionary nationalism, and the political and legal system took action to deter future such acts of antisemitic terrorism.⁸³

After 1922, however, a shift in attitudes occurred, and civil society groups like the *Central Verein* were needed to push prosecutors to pursue criminal defamation and anti-hate complaints.⁸⁴ Moreover, the courts interpreted laws narrowly that could have protected Jews against hate speech, allowing defendants to claim their attacks on Jews were not religious but racial, for example, a basis not expressly covered in the law.⁸⁵ In addition, group amnesties for those who had been convicted of political violence and broad immunities for members of parliament accused of violating criminal defamation or anti-hate laws created an environment where impunity was more the norm and legal accountability the exception. Niewyk points out the additional problems created by a system of legal protections that worked mainly at a symbolic level. Everyone involved, from government prosecutors to defense lawyers and judges, were aware that appearances and performative aspects of the proceedings were important in signaling the justice system's normative commitments.⁸⁶

⁸⁰ *Id.* at 17.

⁸¹ Arnold Brecht, *Walther Rathenau and the German People*, 10 JOURNAL OF POLITICS 20 (1948) (recounting Rathenau's career, murder and aftermath).

⁸² WEITZ, *supra* note --, at 100 (describing the public outrage and parliamentary response at Rathenau's murder).

⁸³ *But see* Brecht, *supra* note 81, at 42-44 (describing the systemic failure to address the underlying political threats to the Republic after Rathenau's murder).

⁸⁴ Doskow & Jacoby, *supra* note 74, at 501

⁸⁵ *Id.* at 505.

⁸⁶ Niewyk, *supra* note 75, at 103-04.

Jewish judges recused themselves from antisemitism cases because of the mere suspicion of bias, a practice presumably not prevalent among non-Jewish judges trying accused non-Jewish defendants for antisemitic violations.⁸⁷ Jewish plaintiffs often sought only the symbolic justice of nominal fines for proven offenses.⁸⁸

Different assessments of the courts' relationship to Weimar antisemitism may follow from diverging understandings of the way symbolic justice functions to secure standing for minorities and outsiders in liberal democracies.⁸⁹ Niewyk's more positive quantitative assessment of the courts' record contrasts with qualitative analyses by Doskow and Jacoby that foreground the ways courts became venues and vectors of this kind of political antisemitism. One telling example is the system's application of the 1922 Law for the Protection of the Republic that made it an offense "publicly to vilify the constitutionally established form of government."⁹⁰ As noted, the phrase "Jew republic" (*Judenrepublik*) became a widely circulated racialized epithet used by right-wing militants, such as members of the *Freikorps*, to denounce the Republic as fraudulent and foreign. Cases challenging use of the phrase under the Protection Law led to the Supreme Court of Weimar overturning a lower court's ruling that use of the phrase "Jew republic" did violate the law. The Supreme Court found that the phrase had multiple meanings, none of which were clearly problematic from the Court's perspective, including one that would "denote the disproportionate power and disproportionate influence which, in the opinion of many citizens, a small number of Jews, relative to the total population, actually wields."⁹¹

Similarly, in legal actions seeking civil remedies for antisemitic libel, courts denied relief to Jewish complainants and in published opinions felt free openly to denounce "foreign"/Jewish influence in German society, effectively endorsing and further propagating the defamatory message in question.⁹² The targets in these cases were often prominent Jewish Germans acting in their public capacities (e.g., as politicians, government officials, police chiefs, landlords), suggesting their importance to understanding the broader context of state responses to the political destabilization that deployed antisemitism to denounce the Republic itself. Governance in Weimar developed amidst a *mélange* of competing projects that incorporated the principles of liberal democracy and (authoritarian) modern nationalism.⁹³ According

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ See STOETZLER, *supra* note 73, at 1-11 (probing a fundamental contradiction in liberal nationalism regarding unassimilated minorities).

⁹⁰ See MÜLLER, *supra* note 23, at 18.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* at 18-19.

⁹³ Hung, *supra* note 34, at 450 (discussing different ideas about democracy and authority in Weimar, from authoritarian and nationalist to constitutional and democratic).

to ethnic or racial versions of the latter, the “national body” may not have benefited from the enforcement of anti-defamatory legal protection for Jews.⁹⁴ Indeed, the defendants in such cases could arrogate to themselves a heroic role in maintaining the national body’s purity and health. If use of the term “Jew Republic” was deemed by the court to be merely descriptive and not an incitement to subversion, betrayal of the Republic or status injury to its Jewish citizens, the well-being of the Republic and its citizenry could be made to seem apart from and secondary to the question of preserving the nation, national identity and the health and racial hygiene of the national body. Nationalist race-baiting of republicanism could delegitimize the *res publica* itself—the basis of a democratic public sphere—as tainted by association with Jewishness and foreignness.

Weimar may be misjudged if the only question is how it performed as a liberal democratic republic, which all must admit failed to sustain itself in the face of fascism’s rise.⁹⁵ Rather than a single German *Sonderweg* (exceptional path) toward fascism’s illiberal modernity, we might instead see “intricate webs of contingency” and find Weimar to have been a “place where modern history appears remarkably contingent.”⁹⁶ The contingencies of most interest impacted upon “republican possibilities,” the promises and potential of the more open and experimental spirit of Weimar.⁹⁷ For Peter Fritzsche, if Weimar failed it was because “. . . the elaboration of public life . . . did not lead to a stronger democracy . . .”⁹⁸ Weimar justice failed in its approach to antisemitism and the courts at times openly provided material and symbolic support for Weimar’s great enemy “on the right.”⁹⁹ Rathenau’s assassination led critics to see the combination of antisemitism and anti-republican nationalist agitation as unleashing a lethal process of “political brutalization” in which the democracy could not long survive.¹⁰⁰ Measures designed and applied for the protection and inclusion of Weimar’s social “others” might have strengthened democracy but also reveal the insidious force and reach of antidemocratic political closure.

⁹⁴ Peter Fritzsche, *Did Weimar Fail?*, 68 J. MOD. HIST. 629, 650-53 (1996) (reviewing scholarship identifying the “national body” in Weimar as object of intervention through social policy).

⁹⁵ *Id.* at 631

⁹⁶ *Id.* at 632-33.

⁹⁷ *Id.* at 633.

⁹⁸ *Id.* at 638.

⁹⁹ WEITZ, *supra* note --, at 100 (quoting Chancellor Joseph Wirth’s speech on the rise of right wing violence as “political brutalization” in a Weimar political culture that promoted Rathenau’s assassination).

¹⁰⁰ *Id.*

IV. POLITICAL JUSTICE AND POLITICAL VIOLENCE

One of the more notorious aspects of the rightward tilt of Weimar justice was the disparate treatment faced by political actors of the right and left under criminal and national protection laws as applied to cases of violent civil strife. A strong indictment of Weimar justice is the disparity illustrated by Ingo Müller in contrasting the courts' treatment of two major political crises of 1919 and 1920, the first involving the declaration of a socialist Munich Republic (*Münchner Räterepublik*) and the second a failed right-wing attempt to overthrow the new Republic that came to be called the Kapp Putsch (coup) after one of its nationalist conspirators.¹⁰¹

The violent destruction of the Munich Republic, in which over a thousand leftists were killed by *Freikorps* brigades sent to quell the rebellion, was followed by trials for treason in which leftists received sentences totaling thousands of years imprisonment.¹⁰² The Kapp Putsch, by contrast, was an armed uprising against the Republic itself and succeeded in driving the federal government from Berlin for 4 days.¹⁰³ General Ludendorff, the former High Commander of the German Army during WW I and key purveyor of the back stab myth, was one of the Kapp conspirators.¹⁰⁴ The Kapp Putsch might have overturned the Republic, had it not been for the intervention of a general strike that restored the government to power.¹⁰⁵ After the coup failed, prison sentences were almost non-existent with only one leader being sentenced to 5 years in very light, "honorable" confinement (*Festungshaft*).¹⁰⁶ A narrowly tailored federal amnesty law, along with the courts' expansive interpretation of the law's exclusion of "instigators or leaders" from the amnesty, led to 2200 leaders being designated among the socialist revolutionaries while the Kapp Putsch was deemed to have been virtually leaderless. The Munich socialists served their time, but Kapp conspirators mostly escaped penalty.¹⁰⁷

The German lawyer and scholar Emil Julius Gumbel published a report on the courts' disparate approaches to the right and the left in these cases in 1921, which has remained a cornerstone of subsequent scholarship.¹⁰⁸ The courts' rightward

¹⁰¹ MÜLLER, *supra* note 23, at 11-14.

¹⁰² *Id.* at 11-12.

¹⁰³ *Id.* at 12.

¹⁰⁴ Shane Quinn, *How Germany Restored Civilian Supremacy: Ludendorff and Kapp Putsch*, GLOBAL VILLAGE SPACE (June 17, 2020), available at <https://www.globalvillagespace.com/how-germany-restored-civilian-supremacy-ludendorff-and-kapp-putsch/> (recounting the Kapp Putsch history and context in its 100 anniversary year).

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.* at 16-17; Gotthard Jasper, *Justiz und Politik in der Weimarer Republik*, 30 VIERTELJAHRESHEFTE ZUR ZEITGESCHICHTE, April 1982, at 167, 176.

¹⁰⁷ MÜLLER, *supra* note 23, at 13.

¹⁰⁸ E.J. GUMBEL, VIER JAHRE POLITISCHER MORD (1922).

slant, which only gained in infamy with Hitler's light sentencing in 1924 for his own Munich Putsch attempt, led to the creation of new Court for the Protection of the Republic (*Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*) that was to be staffed by a number of non-professional judges and political appointees.¹⁰⁹ A lack of trust in the judiciary led Weimar legislators to turn away from career judges in seeking more effective application of the law to protect the Republic from reactionary nationalists who sought through political violence to undermine it.¹¹⁰

Nowhere did the justice system more discredit itself as being biased against the Republic and its leftist defenders than in its handling of the National Socialist, Hitler-led coup attempt of late 1923, which came to be known as the Munich Beer Hall Putsch. Bavaria requested and was granted jurisdiction over the case, which originally lay with the federal Court for Protection of the Republic, a move that greatly assisted the defense and allowed Hitler and his comrades to use the trial to further rally the right-wing in Bavaria to the antirepublican cause, referring freely in the trial to the "Jew government" of Weimar and the "November criminals" who had established the Republic.¹¹¹ The Bavarian People's Court (*Volksgesicht*) declared that the coup leaders showed "a purely patriotic spirit" and had acted "to save the Fatherland."¹¹² For leading the attempted government overthrow Hitler spent 6 months in *Festungshaft* at the comfortable fortress of Landsberg, communing at will with his national socialist colleagues and other visitors. Under the law, Hitler should have been deported since he held Austrian citizenship, but the court did not apply the law because it deemed Hitler to be German in his thinking and feelings.¹¹³ Hitler used the short time in *Festungshaft* to work on *Mein Kampf*.

In general, Weimar's courts and justice system poorly served the needs of a newly forming democratic society, and the effects of Weimar justice on political-economic processes seems to have done little to create more openness or trust in the republican form of government. Instead, the courts signaled, at best, systemic ambivalence toward even violent resistance to the new Republic and its values. No one can say exactly how much the courts contributed to the loss of faith in Weimar's progressive vision of German democracy, although it seems to be an area that may warrant more attention by historians.¹¹⁴ The examples discussed in this section suggest a range of areas through which the courts impacted the life of democracy in Germany.

¹⁰⁹ Jasper, *supra* note 106, at 175.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ MÜLLER, *supra* note 23, at 15.

¹¹² *Id.* at 15-16.

¹¹³ *Id.* at 16.

¹¹⁴ See ANTHONY McELIGOTT, *RETHINKING THE WEIMAR REPUBLIC: AUTHORITY AND AUTHORITARIANISM, 1916-1936* (2014) (includes a chapter analyzing the judiciary's ambiguous role in the rise of authoritarianism).

Of course, when Weimar collapsed the courts continued to function under the new conditions of Hitler's Reich, a fact powerfully recalled in *Judgment at Nuremberg*.

V. POLITICAL CLOSURE OR “REPUBLICAN POSSIBILITY”

Studying the trajectory of global fascism in the early 20th century may not render anything like a detailed blueprint for analyzing and addressing crises that may beset democracies contending with later forms of authoritarianism.¹¹⁵ However, the centrality of political and institutional culture for understanding Weimar democracy and its demise, especially the construction of national identity and authority, remains instructive nonetheless.¹¹⁶ The courts' role in the demise of Germany's first democracy was multi-faceted, culturally constitutive and not easily measured, but the widespread practice and defense of “political justice” lies at the center of its impact.¹¹⁷ The judiciary proved itself to be an organ of resistance to the Republic's movement away from the Wilhelmine order, seizing on natural law or other general norms to create constraints on the political process, especially to frustrate perceived threats to traditional notions of property, family and social hierarchy.¹¹⁸ The defense of “nation” and primacy of its constituent “*Volk*” took precedence over the republic and citizenry.¹¹⁹ Moreover, to the extent judges felt loyalty to German nation and *Volk*, more so than the constitution or Republic, the militaristic political Right and the traditional bourgeois parties could be assured favored treatment. Obversely, the Left was more often criminalized since its politics most threatened the traditional national constructions of nation, *Volk* and militarism.¹²⁰

Among the “republican possibilities”¹²¹ that went missing in the wake of Weimar's political closure was the spirit of social openness and experimentation, and the confidence and trust in constitutional democracy and its institutions the political

¹¹⁵ Weimar's social and political complexity belies its simple framing as a straightforward confrontation between “democrats” and “authoritarians. See Fritzsche, *supra* note 94, at 630 (arguing against simple political binary concepts in understanding Weimar's “failure”).

¹¹⁶ Fritzsche, *supra* note 94, at 642 (summarizing shifts in historical understandings of Weimar that increasingly assess postwar politics as a function of nationalist desire and imagination, cultural processes of representation rather than strict rational deduction from class interest).

¹¹⁷ See Jasper, *supra* note 106, at 202 (referring to the many connections between the Weimar courts' political justice and weakening of democracy).

¹¹⁸ *Id.* at 194 (arguing judges resisted Parliamentary efforts to govern through compromise laws).

¹¹⁹ *Id.* at 184 (assessing the courts' uneven handling of political crimes).

¹²⁰ *Id.* at 197 (deriding the courts' use of a “metaphysics of history” —*Geschichtsmetaphysik*—in dispensing political justice that favored right wing actors and policies).

¹²¹ Fritzsche, *supra* note 94, at 633 (lamenting that the fall of Weimar blocked “republican possibilities, not political initiatives”).

culture of Weimar instead became infused with dangerously anti-democratic, nationalist, violent and antisemitic elements that flourished in a more or less hospitable legal environment. The particular political closures that were effected, as discussed in Parts II-IV above, targeted the Left (and workers), favored the antirepublican Right and bourgeois interests while contributing to the normalization and weaponization of antisemitic thought and action. In the end, it was a political culture in which republicanism, its effects and adherents could be cast as enemy to the greater imperatives of nation and *Volk*.

Coincidentally, the 1920s also saw the origins of neoliberalism, though in the context of “Red Vienna,” a social and political situation that paralleled Weimar in many ways.¹²² Neoliberalism’s distrust of democracy can be traced back to this period when socialists in Vienna threatened the traditional order with mass uprisings, and resident neoliberal economists feared that that popular sovereignty could threaten market sovereignty, that is, a state-constituted, politically and legally encased liberal economic order.¹²³ While neoliberalism and fascism remained distinct and competing movements, neither promoted a bottom-up vision of democratic capitalist modernity. Today, left critics argue that neoliberalism’s anti-democratic and repressive rationality has become dominant and that elite-driven rule-of-law systems can operate, much like the Weimar courts, to constrain a flourishing of democratic action and impulses.¹²⁴ The neoliberal deck is stacked, conceptually and institutionally, against forms of bottom-up and participatory democracy that might promote new paradigms in areas such as migration justice, global egalitarianism or environmental justice.¹²⁵

A politics of racialization in both Weimar and under neoliberalism provide a potent discursive, symbolic and normative field on which to work out projects of democratic closure. Race-baiting of social welfarism has been an important part of neoliberalism’s playbook, for example, associating and denigrating “public” assistance with Blackness.¹²⁶ Indeed, a growing body of critical intellectual history and

¹²² QUINN SLOBODIAN, *GLOBALISTS: THE END OF EMPIRE AND THE BIRTH OF NEOLIBERALISM* 42-48 (2018).

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Joel M. Ngugi, *Policing Neoliberal Reforms: The Rule of Law as an Enabling and Restrictive Discourse*, 26 U. PA. J. INT’L L. 513, 516 (2005) (describing rule of law discourse in development contexts as frustrating participatory democratic politics and shifting power to “technocrats”); Yves Dezalay & Bryant G. Barth, *Introduction: Lawyers, Law and Society*, in *LAWYERS AND THE RULE OF LAW IN THE ERA OF GLOBALIZATION 1* (Yves Dezalay & Bryant G. Barth eds., 2011) (assessing rule of law enthusiasm as a function of the desire by corporate law firms, banks and consultants to “extend their hegemony”).

¹²⁵ WENDY BROWN, *UNDOING THE DEMOS: NEOLIBERALISM’S STEALTH REVOLUTION* 151-73 (2015).

¹²⁶ RANDOLPH HOHLE, *RACISM IN THE NEOLIBERAL ERA: A META HISTORY OF ELITE WHITE POWER* 23-25, 108-37 (2018)

left analysis of neoliberalism reveals linkages between its anti-democratic politics and alliances with racist reaction.¹²⁷ The recent rise of anti-immigrant and racist nationalisms has been seen by many as a reaction to neoliberal globalization, but perhaps it would be more accurate to see these “atavisms” as constitutive of neoliberal political rationality, essential to building a market economy that should be insulated from the moral demands of colonized and racialized others.¹²⁸

Wendy Brown argues that neoliberalism has waged a decades-long and multi-fronted campaign against the workings and culture of democracy, the idea of the public good and collective self-rule.¹²⁹ Neoliberalism attacks “the principles, practices, cultures, subjects, and institutions of democracy understood as rule by the people.”¹³⁰ Brown sees neoliberal law and reason at work in the conservative and pro-corporate Supreme Court decisions in cases like *Citizens United*, which is known for having extended the speech rights of persons to corporations.¹³¹ Brown argues that the neoliberal jurisprudence expressed in cases like *Citizens United* does deep-going damage to democratic culture, conditions and popular sovereignty as it “vanquishes the political meaning of citizenship.”¹³² At stake in such an unprecedented jurisprudence is more than the mere expansion of corporate influence over the political process, but the viability of future democratic projects that depend upon the very “institutions and principles securing democracy, the cultures required to nourish it, the energies needed to animate it, and the citizens practicing, caring for or desiring it” that neoliberalism most challenges.¹³³

Thinking about neoliberalism through the experience of Weimar leads to some difficult questions about the future of democracy and its reproduction.¹³⁴ Disturbing erosions in the conditions, cultures and practices of modern western democracy are visible in the wake of today’s more nationalistic, militarized and authoritarian forms of neoliberalism. In the United States, one can easily imagine a future in which the courts view popular sovereignty (as embodied in laws passed by more progressive

¹²⁷ NANCY MACLEAN, *DEMOCRACY IN CHAINS: THE DEEP HISTORY OF THE RADICAL RIGHT’S STEALTH PLAN FOR AMERICA* 1-25 (2017) (presenting the close historical connection between anti-desegregation politics and neoliberal economist James Buchanan); SLOBODIAN, *supra* note 122, at 169 (discussing the role of evolutionary racism in Wilhelm Röpke’s thinking and approach to South African apartheid).

¹²⁸ SLOBODIAN, *supra* note 122, at 151.

¹²⁹ BROWN, *supra* note 125, at 9-11.

¹³⁰ *Id.* at 9.

¹³¹ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

¹³² BROWN, *supra* note 125, at 173.

¹³³ *Id.* at 17.

¹³⁴ JACK JACKSON, *LAW WITHOUT FUTURE: ANTI-CONSTITUTIONAL POLITICS AND THE AMERICAN RIGHT* xiv (2019) (calling for a revision of democratic constitutionalism, including fundamental judicial reform, in response to anti-constitutional politics).

elected legislatures, for example) as mostly an objectionable threat to “more fundamental American” national values, original constitutional intentions, quasi-natural law freedoms and rights to property or religion, state security, emergency exceptions, or administrative efficiencies. It is noteworthy that the presidential election year of 2020 saw attempts to resurrect and mainstream the court-packing politics and debates of the 1930s.¹³⁵ Critical legal scholar Duncan Kennedy emphasizes the deeply political nature of the problem that is created by judiciaries that impede democratic process and outcomes in ways that threaten dire consequences. Kennedy embraces the appropriateness of a careful political intervention like court-packing in such cases.¹³⁶ Judicial independence, as the Weimar case also demonstrates,¹³⁷ is itself politically always contested in a democracy, and, as Kennedy reminds, “a relative or spectrum concept . . . in deep contradiction with the notions of majority rule and indeed of democracy.”¹³⁸

VI. CONCLUSION

In hindsight, it also seems reasonable to question the primacy placed on judicial independence in Weimar’s governmental scheme, a position more favored at the time the constitution was adopted by those who resisted strong popular or parliamentary rule.¹³⁹ In the absence of a political reconstitution of the imperial era courts in keeping with the new regime of republican constitutionalism it was predictable that the rule of law as it evolved in Weimar would not become synonymous with or foster the reproduction of democratic or equitable rule.¹⁴⁰ But the crisis of trust that plagued Weimar’s legal system and judges (*Vertrauenskrise*) should be understood as part of the society’s broader coming to terms with democracy.¹⁴¹

Weimar provides a framework for assessing the costs and risks for a society in democratic transformation that is subjected to forms of “political justice” that have

¹³⁵ Todd N. Tucker, *In Defense of Court Packing*, JACOBIN, June 28, 2018, <https://jacobinmag.com/2018/06/supreme-court-packing-fdr-justices-appointments> (using the example of Roosevelt’s court packing plans in the 1930s as model for court packing today). Candidates for president are being asked what they will do about the courts, if elected. See Pema Levy, *How Court-Packing Went from a Fringe Idea to a Serious Democratic Proposal: At Least Five Presidential Contenders Have Expressed Openness for Supreme Court Reform*, MOTHER JONES (March 22, 2019), <https://www.motherjones.com/politics/2019/03/court-packing-2020>.

¹³⁶ Duncan Kennedy, *Authoritarian Constitutionalism in Liberal Democracies* in AUTHORITARIAN CONSTITUTIONALISM 161 (Helene Avilar Garcia & Günter Frankenberg eds., 2019).

¹³⁷ Jasper, *supra* note 106, at 203 (identifying political disagreement between the conservative and social democratic parties over judicial independence in Weimar).

¹³⁸ *Id.* at 184.

¹³⁹ *Id.* at 203.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Hung, *supra* note 34, at 450.

the effect of evacuating the spaces wherein political and social reproduction and transformation of democracy may occur. The problems created run more deeply than the immediate effects of individual cases or discrete aspects of the jurisprudence. While political divisions (e.g., among nationalists, communists and big capitalists) and economic factors (e.g., Versailles war reparations) are often cited as factors behind Weimar's failure, the justice system stood in a close relationship with the political culture of virulent anti-republicanism. The turn to fascism in Germany is partly the story of the effects of a counter-revolutionary judiciary resisting progressive change and throttling the democratic possibilities and promises of a constitutional republic. Wendy Brown argues that the political effect of neoliberalism's assault on democracy is that it "cauterizes democracy's more radical expressions, those erupting episodically across Euro-Atlantic modernity and contending for its future with more robust versions of freedom, equality, and popular rule than democracy's liberal iteration is capable of featuring."¹⁴²

Trends in the United States Supreme Court, reflected in government and "whitelash" politics, generally, point ominously toward a future marked by Weimar levels of dysfunction.¹⁴³ Is there a point in the downward trajectory of voting rights protections beyond which the democracy is no longer salvageable? How will the citizenry and polity react to a new *Lochner* era,¹⁴⁴ but this time one that locks in the worst nightmares of the Anthropocene and threatens the very foundations of human existence? Avoiding "American Weimar" involves more than overcoming the politicization of justice and restoring a mythical law-politics boundary.¹⁴⁵ It will require a fundamental reworking of democracy itself for post-neoliberal times. An abiding lesson of the Weimar case is that democracy can brook no suicide pact with its courts.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ See TERRY SMITH, *WHITELASH: UNMASKING WHITE GRIEVANCE AT THE BALLOT BOX 4* (2020) (defining whitelash as a social phenomenon that "connects the political branches of government, the judiciary and organic reactionary movements like white nationalism").

¹⁴⁴ Purdy, *supra* note 18.

¹⁴⁵ Jackson, *supra* note 134, at 9 (arguing against a return to the law-politics distinction).

REFLEXIONES SOBRE LA CENSURA AL ARTE TEATRAL EN PUERTO RICO

POR: WILLIAM ANDRÉ CASTILLO RIVERA*

“It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits.”¹

– Oliver Wendell Holmes, Jr.²

RESUMEN

El arte ha sido objeto de diversas definiciones, experimentaciones y representaciones que se han contrapuesto a la hora de unificarlo como concepto. Como consecuencia de esta diversidad, hemos enfrentado varias manifestaciones de censura al arte, como la censura previa. Con esto en mente, en este artículo abordaremos algunas incidencias de censura a contenido artístico en distintos países, así como en Puerto Rico. Luego, expondremos la doctrina de la libertad de expresión y analizaremos la doctrina vigente de la censura al arte con una mirada crítica al criterio del serious artistic value. Como parte del análisis, estudiaremos el juicio valorativo que se realiza al evaluar ese criterio y la posibilidad de incurrir en censura previa o por contenido. Como parte del estudio, propondremos una nueva mirada a la doctrina de la censura al arte, de manera que resulte en una justa para las personas artistas y que les proteja de la censura previa.

Palabras clave: arte, censura, censura previa, libertad de expresión, obscenidad

* Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Tiene un bachillerato en Ciencias Políticas de la Universidad de Puerto Rico en Río Piedras. Allí se preparó en los campos de Drama y Lenguas Extranjeras. Actualmente, se desempeña como actor y bailarín de la Compañía Folklórica Gíbaro de Puerto Rico. Este escrito surgió tras las discusiones en clase con la profesora y decana de asuntos académicos, Yanira Reyes Gil, a quien agradezco profundamente por sus valiosas aportaciones y mentoría durante la redacción de este escrito.

¹ Blestein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 251 (1903).

² Ex juec asociado del Tribunal Supremo de Estados Unidos (1902 a 1932).

ABSTRACT

Art has been subjected to various and opposing definitions, experiences, and representations while trying to unify it as a concept. As a result, we have confronted diverse manifestations of censorship. In this article, we examine some of those instances of art censorship in different countries, including Puerto Rico. We will study the freedom of speech doctrine and analyze the current doctrine for art censorship with a critical view towards the serious artistic value standard. Included in our study is a critical analysis of the value judgment implied in the artistic censorship test and the possibility of incurring in prior restraint or censorship based on content. Finally, we include a reformulation of the art censorship doctrine that protects the artistic vision of the artist, making it fair as well as protect them from prior restraint.

Keywords: *art, censorship, prior restraint, freedom of speech, Miller test, obscenity*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CENSURA AL CONTENIDO ARTÍSTICO Y AL TEATRO EN PUERTO RICO; II. a. *Incidencias de censura artística*; II. b. *La censura teatral en Puerto Rico*. III. LA DOCTRINA VIGENTE PARA CENSURA AL ARTE; III. a. *La libertad de expresión*; III. b. *La censura al arte*. IV. EL VALOR ARTÍSTICO Y LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA; IV. a. *El juicio valorativo*; IV. b. *La posibilidad de incurrir en censura*; IV. c. *Hacia una nueva doctrina*. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El arte, es uno de los vehículos de expresión que retiene la idea que desea mostrar quién lo crea y, aún así, puede cobrar significados variados. En los distintos procesos de experimentar el arte, la visión de la persona artista permanece firme, sin importar cómo lo reciban espectadores. Es por esta razón que existen diversas formas de definir qué es arte. Una de las formas para definirlo es: como un medio de expresión personal, desarrollo creativo, nuevas ideas y progreso.³

Visto de esta forma, según indica Elaine Wang,⁴ el principio fundamental del arte es el cambio. Por esta razón, es difícil esbozar una definición certera y, sobre todo, precisa sobre qué es arte, pues se desvanecería ante la impresión de cada persona. Esto se debe a que la percepción del arte, típicamente asociada a la estética, varía

³ Elaine Wang, *Equal protection in the world of art and obscenity: The art photographer's latent struggle with obscenity standards in contemporary America*, 9 VAND. J. ENT. & TECH. L. 113, 118 (2006).

⁴ *Id.*

de persona a persona.⁵ Además de ser difícil de definir, está dividida en diversas ramas y categorías, cada una con su entramado de corrientes y distinciones. Así, el arte se puede dividir en pintura, canto, escritura, entre otras categorías. Una de las dificultades de intentar definir el arte, particularmente desde una perspectiva jurídica, es que cada una de esas categorías artísticas tienen características y técnicas distintas.

A manera de ejemplo, el teatro podría ser considerado como un vehículo artístico de expresión genuino, pues mantiene su autenticidad sin importar cómo lo reciba o experimente un espectador. Es decir, si bien las manifestaciones teatrales podrían conocer límites textuales, cobran una interpretación distinta porque se ajustan a la idea que desea mostrar el artista. En cada una de las funciones de una interpretación teatral, las expresiones cobran un significado distinto. En otras palabras, se trata de que, aún cuando puede cobrar significados variados, la representación no está en función de quien la recibe o experimenta, sino de quien la crea o representa.

Esta dicotomía de la definición adecuada del arte y sobre qué es —o no es— considerado como tal ha generado diversos problemas como, por ejemplo, la censura previa de trabajos artísticos. Esto ha ocurrido en diversos países, así como en Puerto Rico. Sin embargo, si bien no existe una expresión emitida por el Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la censura al arte en el contexto del teatro,⁶ en ocasiones los tribunales de primera instancia han atendido casos como estos.

En vista de lo anterior, en este escrito trabajaremos tres aspectos importantes sobre la censura al arte con enfoque en el teatro. En la primera parte, haremos un recorrido sobre la criminalización del arte en Puerto Rico, específicamente en el contexto teatral. En la segunda parte, analizaremos la doctrina utilizada por los tribunales puertorriqueños para analizar controversias relacionadas al arte. Y, en la tercera parte, expresaremos una nueva norma que parta de la adoptada por el Tribunal

⁵ Véase *Id.* (sobre el problema del *valor artístico serio*).

⁶ El Tribunal Supremo de Puerto Rico evaluó un caso que podría configurar censura, pero no entró en los méritos de los hechos. En el caso, un grupo de mujeres pintaba un mural en una pared como manifestación y repudio al alto número de mujeres muertas a manos de sus parejas. El entonces Comisionado de la Policía Municipal de San Juan las vieron, intervinieron con las mujeres y expidieron multas administrativas. Las mujeres demandaron al Municipio de San Juan y al Excomisionado de la Policía Municipal e impugnaron de su faz el artículo por el cual las habían multado. Las expresiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico giran en torno a la actuación de tribunales inferiores sobre una sentencia parcial del Tribunal de Primera Instancia que declaró *ha lugar* un interdicto preliminar que solicitaron las mujeres como demandantes en un pleito. Véase Pantoja Oquendo v. Mun. De San Juan, 182 DPR 101 (2011); Primera Hora, Policía de San Juan multa a grupo de mujeres que pintaban mural contra la violencia de género, Primera Hora (3 de julio de 2010), <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/notas/policia-de-san-juan-multaa-grupo-de-mujeres-que-pintaban-mural-contra-la-violencia-de-genero/>.

Supremo de Estados Unidos (en adelante, *TSEU*), de manera tal, que tengamos una protección criolla del arte.

II. LA CENSURA AL CONTENIDO ARTÍSTICO Y AL TEATRO EN PUERTO RICO

a. Incidencias de censura artística

El arte en general, así como sus distintas categorías, han estado históricamente sujetas a la censura. Ha sido común ver distintas manifestaciones de censura al arte, particularmente por parte del Estado. Así, por ejemplo, en la época franquista en España el arte era censurado con gran fervor.⁷

Además de modificar y prohibir, otra de las actuaciones del franquismo para controlar la actividad teatral fue reducir el impacto social de ciertas obras limitando el número de espectadores y de representaciones. Para ello, a principios de los años cincuenta se creó un reglamento especial que regulaba la actividad de los teatros de cámara, sometiendo estas representaciones a importantes restricciones.⁸

Por otro lado, en Brasil, la censura fue una de las principales armas para callar las opiniones disidentes durante la dictadura militar en la década del 1970. En el contexto brasileño, la prohibición generalizada al arte se extendía a espectáculos públicos y representaciones artísticas de radio.⁹ Además, incluía representaciones que se llevaran a cabo en televisión y otros medios.¹⁰

Ello, ha ocurrido también en China con el teatro tradicional.¹¹ Sin embargo, en el contexto de China la prohibición no solo se limitó al teatro tradicional, sino que abarcó otros estilos de representación que incluían el *performance* en la década del 1950.¹² Por otro lado, en la época de la dictadura en Argentina, la censura artística

⁷ Véase Berta Muñoz Cáliz, *El teatro silenciado por la censura franquista*, PER ABBAT 3 (2007) en las págs. 85-96 y Berta Muñoz Cáliz, *Los expedientes de la censura teatral como fuente para la investigación del teatro español contemporáneo*, 22 REV. EST. CULT. 25, 29-30, 33-35 (2008).

⁸ Berta Muñoz Cáliz, *El teatro silenciado por la censura franquista*, *Id.* en la pág. 90 (cita interna omitida).

⁹ Véase Amanda Lima Gomes Pinheiro, *Apesar de você: A arte como forma de liberdade de expressão durante a ditadura militar brasileira (1964-1985)*, 64 VER. FAC. DIREITO UFMG, BELO HORIZONTE 27 (2014).

¹⁰ *Id.*

¹¹ Véase Siyuan Liu, *Theatre reform as censorship: Censoring traditional theatre in China in the Early 1950s*, 61 THEATRE JOURNAL 387 (2009).

¹² *Id.*

era un mecanismo de represión para con la sociedad.¹³ Un elemento en común que une estas incidencias de censura es que ocurre como mecanismo de control social, particularmente en estados autoritarios.¹⁴

b. La censura teatral en Puerto Rico

En Puerto Rico, no somos extraños a la censura de la libertad de expresión. Esta, ha tenido diversas manifestaciones, desde la aprobación de la Ley de la Mordaza y la criminalización de voces disidentes,¹⁵ hasta la violación de derechos humanos.¹⁶ Por otro lado, en el contexto del arte, específicamente el teatro, se han llegado a presentar pleitos ante tribunales puertorriqueños para detener la presentación de puestas en escena. En algunos de estos casos, se configura una censura previa a la presentación de la obra teatral.

En agosto de 2003, se presentaría por un periodo de cinco fines de semana *Chicos cantando y desnudos* en el Teatro Tapia. Sin embargo, la producción enfrentó la censura por su representación. Unas horas antes estrenar la pieza teatral, la Junta de Directores del Teatro Tapia, canceló la producción porque su contenido afectaba “el buen nombre y prestigio” del teatro.¹⁷ Luego de esto, los productores de la obra interpusieron un recurso de interdicto provisional para solicitar la intervención del tribunal y obligar al alcalde -en aquel momento, Jorge Santini- a cumplir con el contrato.

El director ejecutivo del Departamento de Arte y Cultura de San Juan expresó que la cancelación de la obra se basó en que la alcaldía pudiera ser denunciada por exposiciones deshonestas, según tipificado en el artículo 106 del Código Penal

¹³ Véase Jean Graham-Jones, *Broken pencils and crouching dictators: Issues of censorship in contemporary Argentine Theatre*, 53 THEATRE JOURNAL 595-605 (2001).

¹⁴ Cónsono con esto, podría articularse la presencia de un vínculo con la censura al contenido *político*. Además de la acepción más conocida, que tiene que ver con asuntos del Estado y la regulación de políticas públicas, hay otras acepciones. Así, según la Real Academia Española, una de las acepciones de político es: “Arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado”. Diccionario de la lengua española, *político, ca*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <https://dle.rae.es/pol%C3%ADtico>.

¹⁵ Véase Yanira Reyes Gil, *Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de “such is life”*, 8 REV. CRIT. 154 (2012) y Ariadna M. Godreau-Aubert, *Protesta peligrosa y democracia en riesgo: Disentir en el marco de la representatividad*, 81 REV. JUR. UPR 41 (2012).

¹⁶ Véase Eduardo Villanueva Muñoz, *El Estado como garante o violador de los derechos humanos y civiles en Puerto Rico*, 44 REV. JUR. UIPR 29 (2010).

¹⁷ Cooperativa.cl, *Teatro de Puerto Rico censuró obra que contenía desnudos*, COOPERATIVA. CL (2 de agosto de 2003), <https://www.cooperativa.cl/noticias/cultura/teatro-de-puerto-rico-censuro-obra-que-contenia-desnudos/2003-08-02/174200.html>.

puertorriqueño.¹⁸ En vista de ello, la Policía estuvo presente durante la noche de estreno para evaluar si la presentación de la obra poseía un valor artístico o si atentaba contra la moral.¹⁹ Es decir, la entidad encargada de evaluar su valor artístico era la Policía de Puerto Rico que, históricamente ha sido muy conservadora y ha censurado muchos medios de expresión.²⁰ El superintendente de la Policía indicó que su participación se limitaría a hacer una declaración jurada ante un fiscal para que se evaluara si procedía una denuncia por exposiciones deshonestas.²¹

El recurso de interdicto provisional se interpuso en el Tribunal de Distrito Federal para Puerto Rico. En este caso, resuelto por la jueza Cerezo, se dispuso que:

Whether or not the reason behind the cancellation decision was because there was no valid contract between the Municipality of San Juan and the producers is a matter of proof. Whether or not defendants complied with the necessary requirements or safeguards established by the Supreme Court of the United States to validate a prior restraint is also a matter of proof. Both of these address plaintiffs' claim that there was indeed an invalid prior censorship which turned into a final action without providing any of the safeguards afforded by law. The Court in Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, spelled out the rule, citing Freedman v. Maryland, "that a system of prior restraint avoids constitutional infirmity only if it takes place under procedural safeguards designed to obviate the dangers of a censorship system" and that "because only a judicial determination in an adversary proceeding ensures

¹⁸ Las expresiones fueron: "La razón era no exponer al (teatro) Tapia a sanciones legales que dañaran el buen nombre (del teatro) y que no hubiera denuncias de tipo penal". Asimismo, negó que el contrato con los productores estuviera firmado. Por otra parte, uno de los actores, Ulises Rodríguez, expresó que no se incluían escenas obscenas ni pornográficas y aseguró que se trata de "una celebración de la desnudez del hombre". *Id.*

¹⁹ Cooperativa.cl, *Puerto Rico: policía calificará si obra con actores desnudos es arte o no*, COOPERATIVA.CL (1 de agosto de 2003), <https://www.cooperativa.cl/noticias/cultura/puerto-rico-policia-calificara-si-obra-con-actores-desnudos-es-arte-o-no/2003-08-01/131900.html>.

²⁰ El superintendente de la Policía expresó: "Recibimos una exhortación y petición de Carlos Sánchez (portavoz de la organización moralista Pro Vida) para que interviniera con la representación. La Policía no puede censurar previamente, pero estará presente en el estreno". Añadió: "No vamos a interferir con el desarrollo de la obra, *solamente se va a evaluar la representación para ver si tiene valor artístico o si es una soberana 'pocavergüenza'*". *Id.*

²¹ Expresó que "[l]o que ha establecido el Tribunal Supremo [de Estados Unidos] es que la representación artística cae dentro del derecho a la libre expresión. Si esa representación tiene valor artístico y creativo está protegida bajo la Constitución. Si la representación vulnera *las normas de moral y decencia* de la comunidad en que se presenta, no tendría la protección constitucional. Sé que hay una línea fina entre lo artístico y lo pornográfico, pero cumplo con el propósito policiaco". *Id.* (Énfasis suplido).

*the necessary sensitivity to freedom of expression, only a procedure requiring a judicial determination suffices to impose a valid final restraint.*²²

En este caso, vemos cómo la Jueza atendió la controversia como una de censura previa, en vez de una de expresiones no protegidas. Resolvió que el testimonio prestado por el director del Departamento de Arte y Cultura de San Juan, en el cual expresaba su opinión e indicaba que la presentación era obscena era irrelevante a la controversia de:

[w]hether the production was obscene or whether it was a violation of a criminal statute prohibiting indecent exposure are factors that could have been presented by defendants to a court, in compliance with the procedural safeguards set forth by the U.S. Supreme Court which require judicial superintendence before the decision is made.²³

Esta decisión, aunque favorable, no atiende por sí sola las garantías que se le deben ofrecer al arte como medio de expresión constitucionalmente protegido, según elaboraremos en el análisis del valor artístico y la interpretación restrictiva.

Por otro lado, en mayo de 2014 se llevó a cabo un *performance* con cuerpos desnudos en la Plaza de Armas del Viejo San Juan.²⁴ El contexto es el siguiente: tres personas se desnudaron en la Plaza de Armas, mientras un grupo de estudiantes de la Escuela de Artes Plásticas les dibujaba.²⁵ Esta actuación se tituló *Esto aquí no es una plaza*.²⁶ Según su coordinadora, que además era una de las integrantes desnudas, se trataba de un trabajo investigativo: “Esto es parte de un proyecto investigativo de mi maestría en gestión cultural de la Universidad de Puerto Rico en Río Piedras”.²⁷ Las personas que participaron del desnudo fueron arrestadas luego de quince (15) minutos de haberse quitado la ropa para ser dibujados. La Policía Municipal de San Juan las llevó al cuartel de Covadonga, donde se les radicó cargos por exposiciones obscenas.²⁸

La coordinadora del *performance* fue cuestionada sobre un alegado malestar causado y, reiteró que había que traer al público la discusión de qué era –y es–

²² Gerena v. Santini, 380 F.Supp.2d 15, 17 (2004) (énfasis suplido y citas internas omitidas).

²³ *Id.* en la pág. 18.

²⁴ Sara Del Valle Hernández, *Cataloga como “un performance” el desnudo que realizó en público*, PRIMERA HORA (8 de mayo de 2014), <https://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/notas/cataloga-como-un-performance-el-desnudo-que-realizo-en-publico/>.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* Véase CÓD. PEN. PR art. 136, 33 LPRA § 5197 (2010).

arte.²⁹ La alcaldesa de San Juan en ese momento, Carmen Yulín Cruz, expresó que se trataba de realizar un balance de intereses entre la libertad de expresión y artística, pero no expresó cuál era el otro derecho que se veía afectado.³⁰ Incluso, la exalcaldesa “estableció diferencias entre la actividad de este jueves, con la que ocurrió el pasado mes de marzo cuando varias personas realizaron una exposición de desnudos artísticos en la Plaza del Quinto Centenario, donde ubica el Tótem Telúrico”.³¹

Este simple acto de desnudez, que no conllevó algo más que el simple cuerpo desnudo de una persona posando para ser dibujado, desató una serie de reacciones positivas y negativas.³² Algunas de las personas comentaron que estaban de acuerdo con el tipo de visibilización artística que llevaban a cabo con sus cuerpos desnudos.³³ Esta variedad de pensamientos y percepciones es justo donde radica la volatilidad del análisis actual de la censura al arte. Es necesario proveer garantías artísticas que rebasen las nociones estéticas del arte.

III. LA DOCTRINA VIGENTE PARA CENSURA AL ARTE

a. La libertad de expresión

Antes de examinar los criterios utilizados por la doctrina vigente para evaluar casos que conlleven la censura del arte, es necesario exponer su trasfondo. En la

²⁹ *Id.* (“Yo entiendo lo delicado del asunto, pero es tiempo de hablar de esto”, señaló Monserrate, quien dijo no haber sentido rechazo durante la actividad”).

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.* Véase Noticel, *Revuelo por expresión artística de desnudos en Viejo San Juan*, NOTICEL (20 de marzo de 2014), <https://www.noticel.com/ahora/20140319/revuelo-por-expresion-artistica-de-desnudos-en-viejo-san-juan/>. Las expresiones de la exalcaldesa eran a los efectos de que los lugares donde se realizaron eran administrados por entidades distintas y que, en esta actividad, tenían permiso para llevarla a cabo, pero no indicaron que habrían desnudos.

³² Véase Rosita Marrero, *Obispo reacciona a los desnudos en Viejo San Juan*, PRIMERA HORA (9 de mayo de 2014), <https://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/notas/obispo-reacciona-a-los-desnudos-en-viejo-san-juan/>.

³³ En uno de los reportajes, se recogió lo siguiente:

“Minutos antes, el público lo había percibido así al aplaudirles y tocar los panderos en solidaridad tras el arresto. Un estudiante guatemalteco, de intercambio en la isla, se había encontrado con la actividad de casualidad y había sacado su libreta para dibujar. ‘Me parece genial porque no está pasando nada malo aquí. Es importante quitarnos los tabúes’, comentó a este diario digital. Y se escuchó decir a una señora, que pasaba por allí: ‘Bravo. Eso es arte’”.

Noticel, *Culmina en arrestos ‘performance’ al desnudo en el Viejo San Juan (video y galería)*, NOTICEL (8 de mayo de 2014), <https://www.noticel.com/la-calle/20140508/culmina-en-arrestos-performance-al-desnudo-en-el-viejo-san-juan-video-y/>.

Constitución de Puerto Rico. El art. II, secc. 4 de la Constitución de Puerto Rico (en adelante, *Constitución puertorriqueña*) dispone que “[n]o se aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa o del derecho del pueblo a reunirse en asamblea pacífica y pedir al gobierno la reparación de agravios.”³⁴ La disposición puertorriqueña sobre la libertad de expresión es similar o casi idéntica a la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.³⁵ “A su vez, esta garantía fundamental de carácter textual absoluto que restringe al gobierno, está precedida por la sección primera que reconoce la dignidad del ser humano como inviolable y plasma la igualdad ante ley como valor supremo”.³⁶

La norma general sentada por el TSEU, particularmente en *Brandenburg v. Ohio*,³⁷ no permite las expresiones que *incitan* a la violencia, pero sí las expresiones que *solo abogan* por la violencia o la comisión de un delito.³⁸ Es decir, el propio TSEU estableció una diferencia entre abogar e incitar.³⁹ Ahora bien, hay otros tipos de expresiones que no están protegidas, como las palabras con riña,⁴⁰ la difamación,⁴¹ obscenidad⁴² y el lenguaje ofensivo o indecente⁴³. Es, bajo el esquema de análisis de la obscenidad u ofensivo/indecete, que se analiza la censura al arte.

³⁴ CONST. PR art. II, § 4.

³⁵ CONST. EE. UU. enm. I, § 9. (“El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”).

³⁶ Carlos E. Ramos González, *La libertad de expresión en el derecho constitucional comparado*, 44 REV. JUR. UIPR 429, 431 (2010).

³⁷ 395 U.S. 444 (1969).

³⁸ *Id.* en la pág. 435.

³⁹ El profesor Ramos explica que:

En *Brandenburg v. Ohio*, el TSEU decidió que solo pueden reprimirse y por ende sacarse del libre mercado las expresiones de cualquier tipo que *inciten* a la violencia o a la comisión de un delito, sean de naturaleza política o no. Sin embargo, es enfático al permitir aquellas que sólo “abogan” por la violencia o la comisión de un delito. Al trazar la línea entre “abogar” e “incitar” el Tribunal resuelve que las expresiones que incitan deben ser de tal naturaleza que causarían una acción ilegal inminente, definida ésta como “aquellas con una probabilidad real de que tal acción ocurra.

⁴⁰ Véase *Pueblo v. Caro González*, 110 DPR 518 (1980); *Pueblo v. Irizarry*, 156 DPR 780 (2002); *Pueblo v. García Colón I*, 182 DPR 129 (2011) y *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

⁴¹ Véase *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Asociación Médica v. Romero*, 157 DPR 240 (2002).

⁴² Véase *Roth v. U.S.*, 354 U.S. 476 (1957) y *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 25 (1973).

⁴³ Véase *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Erznoznick v. Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975) y *FCC v. Pacifica* 438 U.S. 726 (1978).

Históricamente, el material legalmente *obsceno* ha sido excluido de las protecciones que ofrece la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.⁴⁴ En *Roth v. U.S.*,⁴⁵ el TSEU expresó que:

There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene [...]. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.⁴⁶

Sin embargo, mientras *Roth* presumía la obscenidad como *utterly without redeeming social importance* más adelante, en *Memoirs v. Massachusetts*⁴⁷ se añadió que, para probar la obscenidad era necesario establecer con la prueba desfilada que el material es *utterly without redeeming social value*.⁴⁸ Esta carga se aclaró en *Miller v. California*⁴⁹ donde, luego de hacer un análisis al respecto, el TSEU resolvió que:

*In sum, we (a) reaffirm the Roth holding that obscene material is not protected by the First Amendment; (b) hold that such material can be regulated by the States, subject to the specific safeguards enunciated above, without a showing that the material is 'utterly without redeeming social value'; and (c) hold that obscenity is to be determined by applying 'contemporary community standards', not 'national standards.'*⁵⁰

La aclaración de los conceptos por parte del TSEU fue importante. Sin embargo, como hemos visto y según explicaremos más adelante, no necesariamente fue suficiente.

⁴⁴ Véase Cara L. Newman, *Eyes wide open, minds wide shut: Art, Obscenity, and the First Amendment in contemporary America*, 53 DEPAUL L. REV. 121, 132 (2003) y *Roth v. U.S.*, 354 U.S. 476 (1957).

⁴⁵ 354 U.S. 476 (1957).

⁴⁶ *Id.* en la pág. 485 (*citando a Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942)).

⁴⁷ 383 U.S. 413 (1966).

⁴⁸ Véase *Miller*, 413 U.S. en las págs. 21-22. Para un análisis detallado sobre la doctrina de obscenidad ante el TSEU, véase Cara L. Newman, *supra* nota 44, en las págs. 135-140.

⁴⁹ 413 U.S. 15 (1973).

⁵⁰ *Id.* en las págs. 36-37 (citas internas omitidas). Para una mirada sobre la importancia de los estándares comunitarios y no nacionales, véase *Roth v. U.S.*, 354 U.S. en la pág. 489 y *Kois v. Wisconsin*, 408 U.S. 229, 230 (1972).

b. La censura al arte

El fundamento utilizado en casos de censura al arte es uno esbozado por el TSEU en *Miller v. California*.⁵¹ Allí, el TSEU permitió la regulación de las expresiones que son patentemente ofensivas (*patently offensive representations or descriptions of masturbation, excretory functions, and lewd exhibitions of genitals*).⁵² Ahora bien, para que ese tipo de material obtuviera protección, se requería que “[a]t a minimum, prurient, patently offensive depiction or description of sexual conduct must have serious literary, artistic, political, or scientific value to merit First Amendment protection.”⁵³ Sin embargo, para aquel material que no cayera en esa categoría, pero que era objetable y no propiamente obsceno, adoptó un examen de tres partes.

Así las cosas, para poder clasificar ese tipo de material como obsceno, se debe cumplir con que: (1) si, al aplicar estándares comunitarios y evaluado en su totalidad, una persona promedio, encontraría que el trabajo u obra apela a intereses lascivos; (2) si el material presentado describe conducta sexual en una manera patentemente ofensiva según definida por la ley y (3) si el trabajo, evaluado en su totalidad, carece de serio valor literario, artístico, político o científico (*redeeming social value*). Inicialmente, el criterio nació de unas expresiones en *Roth v. U.S.* a los efectos de que hay ideas obscenas que carecen de valor social. *Miller* busca proteger los trabajos de valor artístico social serio (*serious artistic value*).⁵⁴ El problema con este criterio, es que no se define qué es arte, qué es valor artístico o qué se requiere para que eso, que se determine como valor artístico, sea además, social y serio. No obstante, ¿queremos que sea un tribunal quien defina todos estos conceptos?

A simple vista, parecería que este *test* busca proteger la expresión artística, pero depende de factores que la rebasan. El tercer criterio de evaluación exige que se analice si la obra carece de valor artístico. Para ello, la persona que vaya a determinarlo tiene que tomar en consideración las preguntas que mencionamos antes. Es decir, ya en esta etapa no estamos hablando de qué es arte, más bien estamos entrando a pasar

⁵¹ *Id.* en la pág. 25.

⁵² Esto fue un ejemplo de lo que los estados podían prohibir bajo el esquema adoptado en *Miller*:

(a) Patently offensive representations or descriptions of ultimate sexual acts, normal or perverted, actual or simulated.

(b) Patently offensive representation or descriptions of masturbation, excretory functions, and lewd exhibition of the genitals.

Sex and nudity may not be exploited without limit by films or pictures exhibited or sold in places of public accommodation any more than live sex and nudity can be exhibited or sold without limit in such public places.

Id. en las págs. 25-26.

⁵³ *Id.* en la pág. 26.

⁵⁴ *Id.* en la pág. 24.

juicio valorativo sobre el arte y lo que representa para las personas. La pregunta que plantea ese criterio es ¿quién define qué es arte? Adelanto que esto podría ser problemático; veamos.

Según indica Elaine Wang,⁵⁵ los estándares de obscenidad esbozados por la jurisprudencia de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos están plagados de nociones preconcebidas y de percepciones populares de qué es o debe ser el arte y las hacen extremadamente relevante al análisis. La expresión artística puede superar los primeros dos criterios, pero si carece de *serious artistic value*, no supera el examen. Sabido es que distintas personas, sean promedio o razonables, tienen distintas visiones sobre qué es estético.⁵⁶ Según veremos en la próxima sección, no existe una definición de *arte* que considere exclusivamente la estética como elemento determinante. Con esto en mente, imaginemos entonces cuando el debate sea sobre el valor literario, artístico, científico o político que contiene una expresión artística. Además, a esta categoría tendríamos que añadirle el componente moral con el que una persona promedio evaluaría la expresión artística.

Esto entró en juego en el caso que discutimos al inicio de este escrito. Sin embargo, en ese caso, no redundó en un análisis por parte de un Tribunal, sino en la censura previa de la obra que se presentaría. Esto, producto de intenso cabildeo por sectores conservadores y fundamentalistas religiosos, que resultó en la efectiva censura de la expresión artística. Ahora, coloquémoslo en un contexto en el que varios de nuestros Jueces y Juezas en el Tribunal Supremo de Puerto Rico son de corte conservadora y, pensemos en las consecuencias que este análisis que presenta el TSEU podría traer a nuestras comunidades artísticas.

III. EL VALOR ARTÍSTICO Y LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

En su esencia, el arte apela a los sentimientos, pero no necesariamente a los bonitos y a los alegres. También apela a los sentimientos de incomodidad, de ira y de malestar. Ahora bien, no por ello podemos decir que algo no es arte. Muchas veces el arte intenta romper con lo que podría ser razonable y apelar mayormente a la pasión. Es por esta razón que genera diversas reacciones y emociones en distintas personas, pues se presta para distintas interpretaciones.

Imaginemos el caso en que en un texto teatral se exprese algo, pero una vez el actor o la actriz se coloque en contexto y matice la expresión, se transmita de una forma en que incomode. Ciertamente, no podemos enajenarnos de la realidad artística y creativa, pues no todas las expresiones de arte están dirigidas a ser

⁵⁵ *Id.* en la pág. 121.

⁵⁶ Véase Wolfhart Henckmann, *Sobre la distinción entre valores estéticos y artísticos*, 32-33 ENRAHONAR 67 (2001).

estéticas, entendidas o incluso interpretadas.⁵⁷ Por esta razón, el análisis jurídico sobre la censura del arte debe apartarse de las nociones rígidas del ordenamiento jurídico. Veamos.

El tercer criterio de *Miller* levanta varias preocupaciones. Por un lado, tenemos el juicio valorativo que hace una persona para dilucidar si una expresión de arte tiene valor artístico serio y, la posibilidad de que ese análisis deje fuera la noción del artista en el proceso de creación y publicación o presentación del trabajo. Con esto, no podemos perder de vista la posibilidad de que ese análisis redunde en censura previa, como el caso que vimos al inicio. Por otro lado, tenemos la posibilidad de la censura por contenido que nuestros tribunales no avalan. En vista de lo anterior, lo correcto sería partir del análisis del artista y reformular ese criterio de *Miller* por padecer de lo mismo que los tribunales prohíben en las regulaciones de la libertad de expresión: amplitud excesiva. En este caso, además, resulta arbitraria en su aplicación y podría incurrir en censura previa de la pieza artística.

a. El juicio valorativo

Uno de los problemas de ese juicio valorativo que el juzgador está llamado a hacer con este tercer criterio de *Miller*, es que su premisa inarticulada es la valoración de la estética. “*Implicit in Miller is the notion that ‘good’ art is separate from ‘bad’ or ‘obscene’ art.*”⁵⁸ Sin embargo, es un entendido social que “*reasonable minds differ on what is and is not ‘aesthetic’ for purposes of art.*”⁵⁹ Para propósitos artísticos, la interpretación depende directamente de la reacción emocional que provoque la pieza que se admira. Al considerar esto, este componente del criterio perjudica la visión creativa de la artista. Es decir, parece ser solo una parte del problema que plantea.

La interpretación depende directamente de la persona que experimenta el arte. Ahora bien, esa interpretación -o juicio valorativo- está fundamentado en diversas experiencias que, en muchas ocasiones, se distancian de aquellas que ha vivido la artista. Es decir, para hacer un juicio sobre si una pieza tiene o no valor artístico,

⁵⁷ Post-Modern art, for example, derives its value from defying past standards and expanding beyond the traditional boundaries of art, often attempting deliberately to shock and blatantly offend audiences. Perhaps most importantly for purposes of current obscenity law, not all art has serious artistic value. Therefore, First Amendment jurisprudence with respect to obscenity is riddled with the general dilemma of how to determine what art is in the first place, and how to reconcile the third prong of Miller with the idea that some legitimate art may, by its very character, purposely lack serious artistic value in the conventional sense. (Citas internas omitidas) *Id.* en la pág. 119.

⁵⁸ Cara L. Newman, *supra* nota 44, en la pág. 145 (citando a Edward de Grazia, *Girls Lean Back Everywhere: The Law of Obscenity and the Assault on Genius*, 11 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 777, 828 (1993).

⁵⁹ Elaine Wang, *supra* nota 3.

quien lo determine debería tener una noción clara de lo que es arte. Sin embargo, el problema es que no existen definiciones uniformes -como hemos mencionado- de dicho término.

*“From a critical perspective, this may be an impossible distinction to make because, before one can dismiss an image or performance as ‘bad’ art or ‘non-art,’ one must know what ‘art’ is.”*⁶⁰ En *Pope v. Illinois*,⁶¹ el TSEU expresó cuál debía ser el estándar de persona razonable para ese tercer criterio de *Miller*. En ese caso, el TSEU expresó que *“[i]n determining whether a work has serious artistic value, a jury should ask itself how a reasonable person would evaluate the work as a whole rather than inquiring into what an average person in a given community would think.”*⁶² Esta aclaración parecería ayudar, pero no necesariamente es así.

Este criterio pone de manifiesto la volatilidad del criterio del valor artístico serio. Aunque un buen ejercicio por parte del TSEU, esta ampliación del estándar -o sea, el de la persona razonable en la comunidad- podría abrir las puertas al perjuicio indebido. Es decir, es probable que, en una gran parte de las diversas evaluaciones que se puedan llevar a cabo sobre una misma pieza artística, el juicio personalizado no sea armonizable con la visión artística. Las determinaciones relacionadas al arte son *“inherently subjective and therefore particularly ill-suited for judicial resolution.”*⁶³ Esto se debe a que las definiciones de qué es arte son subjetivas, pues dependen de gusto y el gusto encarna la subjetividad.⁶⁴ Por otro lado, como el gusto es tan subjetivo, cualquier interpretación sobre qué es o no es arte, sería tan buena como la anterior.⁶⁵ Además, dependen de valores ideológicos dominantes. Hay varios ejemplos de grandes artistas que han enfrentado a la censura en sus tiempos o que su trabajo no fue apreciado.⁶⁶ Esto implica también que la valoración del arte puede cambiar con el tiempo.

Ello, plantea un problema para la valoración del arte, pues podría permitir la censura previa. Esto es así pues, si bajo el estándar de razonabilidad de una persona, no se cumple con algún criterio estético mínimo, probablemente, su percepción será que la pieza artística carece de valor artístico serio. Esto suele pasar, con relativa frecuencia, ante las presentaciones teatrales, pero imaginemos la diversidad de criterios que pueden existir entre juzgadores en los diversos tribunales de justicia.

⁶⁰ Cara L. Newman, *supra* nota 44, en la pág. 145.

⁶¹ 481 U.S. 497, 501 (1987).

⁶² Elaine Wang, *supra* nota 3, en la pág. 120 (*citando a Pope v. Illinois*, 481 U.S. en las págs. 500-01).

⁶³ Christine Haight Farley, *Judging art*, 79 TUL. L. REV. 805, 812-13 (2005).

⁶⁴ *Id.* en la pág. 113.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Para algunos ejemplos, véase Icon Design, *Vandalizadas, censuradas y vilipendiadas: ¿qué tienen estas 10 obras de arte para despertar tanto rechazo?*, EL PAÍS (18 de octubre de 2019), https://elpais.com/elpais/2019/10/17/album/1571326668_725342.html#foto_gal_1.

Ciertamente, la aplicación de este criterio de *Miller* resultaría en algún nivel de arbitrariedad.

b. La posibilidad de incurrir en censura

Como hemos visto, los estándares que han sido adoptados por la jurisprudencia del TSEU sobre el material obsceno –que es usado para evaluar la censura al arte– podrían resultar en la censura de una pieza artística. Sin embargo, es importante notar que, aunque *Miller* no provee una norma perfecta para analizar el arte a través del lente de la obscenidad, era un comienzo necesario. Según expresa Cara L. Newman: “*With its rejection of the Roth-Memoirs test, Miller allowed a work to be categorized as “obscene” not because it lacked any social value whatsoever, but because whatever social value within the work is found to lack seriousness by a reasonable person applying contemporary, local standards.*”⁶⁷ Dicho de otra forma, con esta decisión, el TSEU “intentó ofrecerle a los tribunales inferiores una herramienta adecuada para que pudieran discernir la expresión valiosa de aquella que fuera obscena -una obscenidad- en la América del siglo veinte”.⁶⁸

Lo anterior hay que tomarlo con mucha cautela, pues los tribunales están llamados a ser objetivos⁶⁹ así que, no sería adecuado que un tribunal imponga su percepción artística sobre una pieza al resolver un pleito en el que se alegue. Esto, podría resultar perjudicial para cualquiera de las partes involucradas en el pleito. Se trata de que el criterio subjetivo que están llamados a hacer los tribunales, podría resultar en la censura de una pieza que no sea entendida a simple vista. Igual pasaría con una pieza u obra que no sea agradable porque no represente atributos positivos. Ciertamente, debemos tomar los criterios de *Miller* como punto de partida y elaborar una nueva mirada para evaluar la censura en el arte.

c. Hacia una nueva doctrina

Al momento de evaluar el arte, debemos partir de la noción del artista. Ya vimos el resultado de hacer lo contrario en *Kleinman v. City of San Marcos*.⁷⁰ En este caso, el análisis partió de una definición de arte que no fue la del artista que creó la obra. El resultado que se obtuvo a raíz de ello fue que se declaró la obra de arte como estorbo público. Entonces, nos surgió un planteamiento: ¿por qué tenemos que recurrir al

⁶⁷ Cara L. Newman, *supra* nota 44, en la pág. 139 (*citando a Miller*, 413 U.S. en las págs. 33-34).

⁶⁸ *Id.* (“*With this decision, the Court attempted to offer lower courts an adequate tool to discern valuable speech from obscenity in twentieth century America.*”).

⁶⁹ Véase Christine Haight Farley, *supra* nota 63 en la pág. 812.

⁷⁰ 597 F. 3d 323 (2010).

derecho para definir si algo es o no arte? No todo debemos resolverlo a través del Derecho. En este caso, una mejor alternativa para el Estado hubiera sido fomentar el trabajo artístico y tal vez colocar alguna explicación por parte del artista para que se identificara como arte y exponer cuál era su visión al crearla. Puede que el artista no quisiera eso, pues el arte busca producir reacciones, pero es una alternativa que el propio Estado le pudo haber planteado al artista antes de recurrir a la censura.

El TSEU ha expresado que “*the freedom to speak one’s thoughts is the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*”.⁷¹ Según hemos visto hasta ahora, el arte es un mecanismo de expresión que sirve para elaborar pensamientos sin la necesidad de recurrir a elementos de lenguaje escrito o hablado. Es decir, sirve el mismo propósito de expresión la llamada *condición indispensable de casi todas las demás formas de libertad*. Visto de esta forma, de la expresión anterior elaborada por el TSEU, podemos colegir que el arte es un mecanismo de expresión no solo legítimo, sino protegido por la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En un escrito sobre la criminalización de la protesta, la profesora Yanira Reyes Gil planteó que una de las formas de criminalización de la protesta es “el uso del miedo para justificar el control social”.⁷² Sobre esto, comenta que “[l]os medios pueden influenciar la manera en que estos grupos son evaluados por el público y a su vez, justificar el trato represivo de instancias estatales, mediante la negación de cobertura a las motivaciones de sus acciones y la presentación de éstos como sectores problemáticos o inadaptados”.⁷³ Este acercamiento también es práctico para el contexto del análisis del tercer criterio de *Miller*.

En el documental *The Artist is Present*,⁷⁴ vimos que algunos de los trabajos de Marina Abramovic resultaban grotescos, mientras otros parecían simpáticos. En la misma exposición que hizo en el MoMA,⁷⁵ hacía un recorrido a través de sus presentaciones icónicas y pudimos observar cómo en el noticiero cuestionaban el valor artístico de sus piezas. Es esto mismo lo que, en esencia, nos plantea la profesora Reyes sobre la influencia de la prensa en el desarrollo de opiniones y la asunción de posturas por parte de la ciudadanía. En su discurso, la prensa cuestionaba la forma de hacer arte, particularmente con una de las exposiciones de Abramovic.⁷⁶ Por esta razón, nos preguntamos ¿cómo se puede evaluar el valor artístico de un trabajo o de una obra sin entrar en su contenido?

⁷¹ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327 (1937).

⁷² Yanira Reyes Gil, *Sobre la criminalización a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de “such is life”*, 8 REV. CRIT. 154, 159 (2012).

⁷³ *Id.* en las págs. 160-61.

⁷⁴ Marina Abramovic, *Marina Abramovic: The Artist is Present* (2012).

⁷⁵ Marina Abramovic, *The Artist is Present*, Museum of Modern Art (New York, U.S.) (2010).

⁷⁶ Véase, además, Arciadia, *Marina Abramovic: Performance y polémica en el MoMA*, REVISTA ARCADIA, <https://www.revistaarcadia.com/arte/articulo/marina-abramovic-performance-polemica-moma/21948> (última visita 22 de junio de 2020):

Nuestra propuesta va dirigida a una doctrina en la cual no se requiera que la percepción de la persona que experimenta la expresión artística sea parte indispensable del análisis. Esto resultaría en una censura por contenido y, tanto el máximo foro federal como el puertorriqueño, se muestran en contra de la regulación de la libertad de expresión basado en su contenido. Además, este criterio abre las puertas a la arbitrariedad.⁷⁷ Ello así, pues esas categorías de *redeeming social value* o *serious artistic value* bien podrían depender en gran medida del capricho.

Una reformulación del tercer criterio de *Miller* podría recaer en que, en lugar de expresar “si el trabajo, evaluado en su totalidad, carece de serio valor literario, artístico, político o científico,” se hablara de “si el trabajo, evaluado en su totalidad, cumple con el propósito del artista”. De esta manera, se consideraría en el análisis el propósito del artista al momento de crear y proyectar la expresión artística y, se recurriría a un balance de intereses, mientras se reduce la posibilidad de viciar el análisis con amplitud excesiva, censura por contenido y hasta la censura previa. Reconocemos, que esta propuesta todavía mantiene la esencia de lo que el Tribunal quiso proteger en *Miller*: el *serious artistic value*. Precisamente, en ese caso, expresó que “[t]he First Amendment protects works which, taken as a whole, have serious literary, artistic, political, or scientific value, regardless of whether the government or a majority of the people approve of the ideas these works represent.”⁷⁸ Además, el TSEU añadió que “[T]he protection given speech and press was fashioned to

Uno de los performances más atrevidos que se recrean en la exposición es **Imponderabilia** (1977) en donde dos artistas se paran frente a frente en la estrecha entrada de la muestra y obligan a que los visitantes se deslicen a través de sus cuerpos y que rocen su desnudez para poder entrar. El visitante debe escoger entonces si quiere entrar por esa puerta o si quiere entrar por una puerta auxiliar en donde no hay nadie. (Vea el video de **Imponderabilia** al final de este artículo).

Imponderabilia ha suscitado varios comentarios entre los asistentes, especialmente entre los visitantes del fin de semana en su mayoría ancianos o familias con niños, que dicen sentirse incómodos con los cuerpos desnudos. La polémica ha llegado hasta la prensa en donde titulares como **Squeezy does it ay MoMA** (algo así como **Apretados en el MoMA**) en donde el *New York Post* describe a Abramovic no como una artista, sino como una provocadora que en el transcurso de su carrera se ha dado latigazos, se ha tallado un pentagrama en su abdomen y ha cambiado de trabajo con una prostituta.

Aún así, a la muestra han asistido fanáticos de la artista, interesados en el performance y curiosos que no se han decepcionado con esta exposición retrospectiva que muestra la manera cómo Abramovic ha utilizado el cuerpo, el dolor y la fuerza física para reflexionar sobre el arte (énfasis suplido).

⁷⁷ Según la Real Academia Española, cuando algo es arbitrario, se refiere a que está “[s]ujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”. Diccionario de la lengua española, *arbitrario*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <https://dle.rae.es/arbitrario> (última visita 26 de febrero de 2021).

⁷⁸ *Miller*, 413 U.S. en la pág. 35.

*assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people.*⁷⁹

El propósito de lo anterior es, que se excluya del análisis la arbitrariedad que podrían generar las diversas nociones sobre qué es estético o artístico. De esta forma, evitaríamos viciar el análisis del *serious artistic value*. Ello así, pues buscamos evitar que el análisis resulte en una batalla sobre cuál de las dos visiones es más importante, la del artista o la del espectador. Lo correcto sería otorgarle mayor peso a la visión del artista, pues se protegería tanto el interés de *Miller*, así como el de la libertad de expresión fundamental para otras formas de libertad.

IV. CONCLUSIÓN

El arte tiene fines distintos, pero todos parten de la visión del artista y de lo que se quiere proyectar. Muchas veces se pretende censurar aquello que no nos gusta o que no entendemos y, en este proceso, olvidamos que la incomodidad o aquello que no nos gusta es una categoría protegida de expresión. Entonces ¿por qué se trata distinto cuando se provoca por arte y no por una expresión hablada? Particularmente en materia de derechos fundamentales, y el de la libertad de expresión, que es de donde emana el ejercicio de otros derechos constitucionales, no podemos permitir que su análisis redunde en censura previa, por contenido o que resulte arbitrario.

Cuando se trata de una obra, un trabajo o algún tipo de material artístico, esa pregunta la debe contestar la persona que lo crea. Es decir, quien define qué es arte es el artista que crea la obra, trabajo o expresión artística que se presenta. Permitir que sea el espectador quien defina el arte y su valor, ciertamente nos llevaría a normas de censuras para distintas expresiones artísticas que podrían ir desde la censura por su contenido hasta la censura previa.

⁷⁹ *Id.* (citando a *Roth v. U.S.*, 354 U.S. en la pág. 484).

