

Universidad Interamericana
de Puerto Rico
Facultad de Derecho

*Revista*Clave

(rreh-vís-tah-klá-veh)

Revista de Estudios Críticos del Derecho

Tomo 5

Año 2010

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

TOMO 5

2010

NÚM. 1

JUNTA EDITORA
AÑO ACADÉMICO 2009-2010

Flor Selenita Rodríguez González
Marisara Quiñones Ortiz
Tamara Mizel Ramos Ramos

REDACTORES
AÑO ACADÉMICO 2009-10

AGOSTO-DICIEMBRE

Arlene Hernández
Carol Ramos Rivera
Helga Carrero Echevarría
Lizmarie López
Natalia Batista
Patricia Silva
Ramón Serrano
Rosa Ruiz

ENERO-MAYO

Arlene Hernández
Astrid Soto
Helga Carrero Echevarría
Johanna Avilés
Johel Ocasio
Michelle Barada Castro
Rosa Ruiz

REDACTORES INVITADOS

Melisa Mercado Ruiz
Ausberto Moreno Arocho

CONSEJERA ACADÉMICA

Yanira Reyes Gil

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

TOMO 5

2010

NÚM. 1

TABLA DE CONTENIDO

RAZA

Behind the imaginary nation: multiplicity, diversity and self-determination for Puerto Rico

Ponencia sobre la complejidad cultural del puertorriqueño dictada en el año 2007 en la convención *Lat Crit South-North Exchange* en Río de Janeiro.

Lcda. Yanira Reyes Giliii

Raza vs. Género

Encuentros, desencuentros y la lucha por el poder

Flor Selenita Rodríguez González 1

Inmigrantes: Antítesis de su Democracia

Rosa Ruiz Sánchez..... 37

REDACTORES INVITADOS

El movimiento pendular del derecho al voto de los afroamericanos en Estados Unidos

Melisa Mercado Ruiz 63

El rol del Tribunal Supremo en el discrimen racial

Ausberto Moreno Arocho..... 79

DERECHOS DE GRUPOS MINORITARIOS

El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico

Tamara Mizel Ramos Ramos..... 93

El deambulante como sujeto de derecho

Michelle Barada Castro..... 121

EUTANASIA

La fe ante la muerte: Perspectivas sobre la eutanasia desde el Catolicismo, Islamismo, Hinduismo y Judaísmo

Patricia Silva Musalem..... 151

La pena de muerte, la eutanasia y la inyección letal

Marisara Quiñones Ortiz..... 181

Behind the imaginary nation: multiplicity, diversity and self-determination for Puerto Rico¹

Por: Lcda. Yanira Reyes Gil²

Good morning! I am Yanira Reyes and I'm a puertorriqueña. And if you have met any Puerto Ricans, you know we are obsessed with Puerto Rico. Not with the beautiful beaches and gentle people, but with the colonial situation, some of us would say, or the political status, others would say, or with our identity, I think all of us would say.

This general obsession comes perhaps as a way of compensation for some common complex of inferiority, some kind of self-esteem problem caused by our lack of sovereignty and history of colonial domination or dependence (other would call it). But since I am not a psychologist, and do not think those kind of generalizations will take us anywhere, I am not going to even try to get to the roots or ultimate causes of this obsession.

The identity issue has transformed in Puerto Rico on reliance upon the concept of nation as an identity linkage. National identity then becomes that thing that unites us, which define us, a tool and a goal. That thing nobody can define but everybody knows, as would be love, sincerity or obscenity (like the Supreme Court of the US would have us believe). A feeling that gets materialized in our "national" flag, and appears after a couple of *Medallas* (our national beer), a

¹ Ponencia dictada en Convención de Lat Crit en Río de Janeiro.

² Doctorado en Sociología de la Universidad de Purdue. Profesora de los cursos de *Derecho Constitucional*, *Introducción al Derecho*, *Investigación, análisis y redacción* y *Raza y Género* en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana, Puerto Rico.

basketball game between Puerto Rico and the US or after listening to folkloric music.

But then, if “Patria son tantas cosas bellas”, (motherland is so many beautiful things) as Rubén Blades defines it in a song, what is the problem with it. Well, behind the imaginary nation many other identity forms become obscured, silenced. The Puerto Rican family becomes everything that defines us and everything that is important. Other forms of oppression and identities are denied within the Big issue –to reaffirm cultural and national identity. In this process, sexual orientation, gender, communities, poverty, ethnic and racial discrimination, are all secondary or even non-existent issues. After all, why talk about ethnic and racial disparities if we are all part of the Puerto Rican Race –*whatever that means!*

As a proud puertorriqueña, I am no exception. This is my fourth SNX and in the previous three I have talked about the colonial situation of Puerto Rico and solutions for that issue. And today, guess what? I once again, am going to talk about the same thing. I hope with a critical perspective, and hoping to get over this and move forward in these discussions.

Puerto Rican Obsessions

Puerto Ricans have lived under colonial domination for more than five hundred years, four hundred years with Spain and more than one hundred with the United States. It is no surprise that there have been many efforts to change that situation. Social movements, national liberation struggles, negotiations with Congress, national elections, referendums, plebiscites, and also claims in international forums. There have been three electoral consults (plebiscites) in which Puerto Ricans have been asked to decide between three formulas of status: statehood (become part of the US), commonwealth (stay as colony or territory of the US), and

independence. Since 1960, there have been at least 19 resolutions of the United Nations, specifically the Decolonization Committee, about Puerto Rico, and almost every year a group of Puerto Ricans would have an audience in that Committee to discuss the issue.

The obsession also manifests itself in other instances. For example, in academia are innumerable studies about the Puerto Rican issue, the colonial situation and Puerto Rican identity. It is no strange, for example, that most of us, Puerto Rican from the island, that go to study in the US end up writing and researching about it. And also, the ones that stay in the island wind up associating almost every social issue to the lack of sovereignty or the colonial status, from poverty to teen pregnancy, everything is related to that.

Nationalism, is one of the ways in which this obsession takes form. The Nationalist Party, was once an important political force. Recently, their influence has diminished, as all other independence alternatives, but the idea of nationalism, national identity and nationhood is increasingly popular. Official political parties, even the ones advocating for statehood or permanent relationship with the US, evoke national sentiments in their campaigns. Marketing is also full with national allegories. Also, scholars associated with critical perspectives have revived nationalism trying to erase its inherent conservative foundations. For example, our dearly loved Angel Oquendo, has proposed to endorse what he calls a “progressive nationalism”. Concept he describes as a model in which:

...the ultimate aim would be to place the national culture in a position of equality and not hegemony *vis-à-vis* other cultures. Moreover, the interpretation of the national culture would be inclusive, rather than exclusionary.

Finally, the cultural autonomy of individuals would carry considerable weight.

At other point I commented on this proposal, saying:

As interesting as it sounds, the concept of a “progressive nationalism” raises many queries. Is it paradigmatically compatible to talk about a national culture that is inclusive? To solve this problem we would have to redefine the concept “nation” to not be exclusionary, in which case raises another query, how can such a concept be harmonized with definitions of the members of the nation, who is part and who is not? If it is not exclusionary, does that mean it could include anyone? If it can include anyone without restrictions, then what is the sense in even talking about a nation? Again, is it possible or even desirable to have nations at this point and age?

Foreword. These are the questions provoking the thoughts I am sharing with you today.

Abandonment of the national concept in other disciplines

Latcrit invites us think about law in interdisciplinary ways. Something, that is urgent, since law is one of those disciplines more resistant to include analysis from other disciplines. Taking on that challenge, I am bringing a current and vibrant discussion within Social Sciences, into the analysis of International Law, because as I mentioned before, international forums are one of the preferred strategies for interested groups to raise the Puerto Rican question. Also, international law is the site to where many marginalized people are looking and targeting in order to get space to place their claims for human rights and self-determination.

Michel Hardt and Antonio Negri in their book Imperio (2002) –I have the Spanish version, so I apologize in advance

for bad translations or misinterpretations—explain the development of the concept nation since its beginnings. Explain that the modern concept of nation comes to stabilize structural relations within a territory through the presentation of an integrated cultural identity based on biological continuity, spatial territorial continuity and linguistic community. Building on Benedict Anderson's notion of imaginary communities, Hardt and Negri argue that discourses of national identity reify sovereignty in a strict and rigid manner, almost natural, and I add emotional, that suppress every residue of social antagonism.

They recognize that for subaltern societies or communities, the idea of a national bond, seems revolutionary. Faced with imperial or foreign intrusions, national identity serves as a spiritual construction against the enemy, as an identity construction. This almost progressive nature of subaltern nationalism—in accordance with Oquendo's proposal—works as a weapon against imperial domination, as a bond that strengthens the struggle against invasion, as a link and reason for community building, identity and empowerment. That progressive force in the external dimension of colonized people, have also an internal dimension. "The other face of the structure that resist against foreign powers is also a dominant power that exercise an internal oppression...repressing difference and internal opposition in the name of identity, unity and national security" (my translation). They expand Anderson's notion of imaginary communities to say that "nation becomes the only way to imagine THE community".

This analysis has become true in the eyes of some Puerto Rican academics. Thinking of our situation, historiographer Carlos Pabón, have sentenced nationalism as an exclusionary discourse that creates an idea of homogenous nationality based on hispanofilia—or Hispanismo, concept to which Frank

Valdés, have cautioned us before when used as a way of linking and identifying Latina and Latino communities. Pabón, argues that even when trying to recognize internal differences, the national identity discourse incorporates those differences in a subordinated manner. It is an essentialist identity that negates and excludes everything that do not get to be defined as national or puertorriqueño, which is even scarier considering that mostly that identity is associated with linguistic background and Spanish heritage. This homogenous concept of identity is exclusionary and blind to the complexities of Puerto Rico, which is in his words are: cellular phones, faxes, modems, CNN, MTV, Pepsi, Mac Donald's, Walmart, Citibank –to which I would add also, pisa y corres, chinchorros, alcapurrias, fondas. He says we are Disney, Orlando, Bronx, but also Barrio Obrero, el Viejo San Juan, Río Piedras, undocumented Dominicans.

These discussions acquire particular significance if we insert ourselves and our struggles within this amorphous era of globalization. Internationally there are movements against national frontiers, coming from capital and also from workers, when people communicate with anyone around the world, and when markets incorporate not only Paris Hilton, but also ethnic products that also find space as eccentric commodities. Again, is it possible or even desirable to talk about national identities in this era? What does it mean for colonized people?

The quest for self-determination: the international battlefield

As I mentioned before, Puerto Ricans have turned since the 60's to international forums in order to find a place for our claim for self-determination. This is not a Puerto Rican phenomenon, many other marginalized people have had the same strategy. For example, SNX 2005 was dedicated to indigenous people. That time we heard and discussed how

international forums were utilized as sites for struggle. That time, Ronald Niezen in his piece, *The indigenous claim for recognition in the International Public Sphere*, discussed the reactions to the results of the International Decade of the World's Indigenous People. He stated his position on the situation of marginalized groups in its relationship with the nation-states in which they exist. Arguing that this relation is problematic as the states bear to recognize marginalized groups but rejects sharing political power, which he presents as a contradictory result since recognition without autonomy is an incomplete agenda.

Although, his premise, as stated before, posed a severe critique to the way in which nation-states have dealt with the margins, he presents a counter-positive angle to the evaluations on the results of the Decade. Niezen presented the reactions to the Decade from indigenous representatives as embedded in a discourse of skepticism, disappointment, disillusionment and frustration. He counters the negative evaluation of the Decade by pointing out important changes gained by indigenous people during this time. The changes are many and of much importance, within which are: recognition in almost every institution of global governance, the creation of the concept "indigenous" as a collective rubric, the introduction of a new "speech genre" to the discourse of human rights, they have become collective subjects, legitimate beneficiaries of distinct rights and distinct forms of political mediation, and have redefined themselves as nations.

Niezen elevates a critique to indigenous movements and questions the claims for self-determination within that context, points to the dangers of ethnic groups mobilizations and nationhood. His questions, "what does indigenous self-determination means?", "Are the peoples that constitute the indigenous peoples movement somehow immune from the pathologies of rediscovered nationhood?" and his possible

answer, given at the conclusion, “No group of people that has been racially categorized and humiliated, excluded, impoverished and then –most ominously – only partially liberated is entirely immune from outward displays of grievance, self-directed cultural romanticism, and political desperation, the primary ingredients of exclusivist hatreds”.

Claims for self-determination have to be carefully discussed and scrutinized in relation to the future of marginalized people, of all sorts. I assume Niezen’s questions and question myself the self-determination movement in Puerto Rico. What does it mean for Puerto Ricans to be granted the right to self-determination? Are we, or do we want to be, a nation or an ethnic group with national characteristics as indigenous peoples are portraying themselves? Even more, does it make any sense whatsoever in this period of globalization and international human rights? Can we (all marginalized people) talk about cultural or political self-determination without entering into the nationalist/nationhood dangers?

I think yes. The debates amongst political scientist, historiographers and social scientists have to be considered seriously within marginalized people’s struggles. Not only, we can entertain a notion of a progressive nationalism, but also we could be entertaining a notion of homogenous, exclusionary groups, negating spaces for the Others within us: blacks, women, impoverished communities, gays, everything that is not puertorriqueño.

Perhaps, another problem is the international arena structure, a structure constructed and designed as a community of nation-states, in which states are the main characters and in that sense not only work to marginalize people, but also set the agenda. Perhaps, for a claim to be

heard at international forums, it has to come from nation-like groups, struggling to become recognize as states.

But if nationhood, national identities are to be discarded as main characters, if other formations have space and voice, then maybe the doors will be open for diverse, multiple, complex forms of social interactions. Carlos D. Esposito (1999) argued that state's protagonisms in international law have prevented new formations of human interactions to enter international discussions. He argues that areas of international regulation are far broader than relations between nation-states and those should leave their privileged roles and open spaces for other groups. In his words, "today there is an array of state subjects (nation states and intergovernmental organizations) and non state subjects (individuals, communities, NGO's) acting on a tangled international scenario; and although the formal capacity to respond or exercise rights and obligations may differ, there is no doubt that all of those agents contribute to the formation of a particular International Law" (my translation)

As a concluding comment

Instead of imagining a nation, homogenous and exclusionary, lets imagine a diverse, multiple, colorful and fun community.

Raza vs. Género

Encuentros, desencuentros y la lucha por el poder

Por: Flor Selenita Rodríguez González¹

Introducción

Históricamente, los grupos minoritarios han mostrado una tendencia a apoyarse en sus luchas, ya que el discrimen que los relega a posiciones inferiores siempre se ha manifestado jerárquicamente desde la misma esfera: hombres, de raza blanca y pertenecientes a una élite intelectual y económica. Así, el discrimen por raza y por género vinculó a los negros² y a las mujeres como grupos oprimidos .

En este trabajo describiremos los momentos históricos en que ambos grupos se “encontraron” y “desencontraron” en su lucha por conseguir derechos políticos, económicos y sociales. Los negros lograron, primero que las mujeres, el derecho al voto, derechos civiles y desempeñarse en posiciones políticas y públicas, lo que les permitió acceder al poder. Las mujeres, por el contrario, han sido doblemente discriminadas: por el sistema legal, económico-político y cultural que privilegia a los hombres blancos, y porque dentro de los grupos negros se reproduce una jerarquía por género que implica desigualdad para las mujeres negras.

Recientemente, las condiciones políticas enfrentaron a estas categorías por el máximo poder político: la presidencia de los Estados Unidos. Esa experiencia se recogió con las

¹ Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² Nos referimos exclusivamente a los hombres, puesto que las primeras formas de organización y de lucha de los negros fueron contra la esclavitud y más adelante a favor de los derechos civiles, en las cuales no se planteaba el asunto de género ni la desigualdad de las mujeres negras.

candidaturas de los entonces senadores Barack H. Obama y Hillary R. Clinton, y que muchos de los votantes tradujeron en escoger, no entre “un negro” o “una blanca” sino entre “un negro” o “una mujer”. Para algunas mujeres negras se trataba de escoger entre abrazar su raza o su género. ¿Cuál escoger? Ya la historia reciente contestó esta pregunta.³ Aunque ni Obama ni Clinton convirtieron en temas centrales de sus campañas las categorías raza y género, examinaremos su significado dentro de la lucha de los movimientos feministas y si evidencia que todavía las luchas de género se encuentran en desventaja frente a los movimientos raciales. ¿Es la selección de Obama como presidente de los Estados Unidos, la prueba de que los negros han avanzado más que las mujeres en la lucha por el poder?

Exploraremos cómo se ha dado esa experiencia en Puerto Rico, país que en el año 2000 seleccionó la primera gobernadora, Sila María Calderón González; quien a su vez nombró la primera presidenta del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Miriam Naveira Merly en el año 2003.⁴ La presencia de negros/as es escasa en el ámbito político, económico y en los medios masivos de comunicación; por lo tanto su acceso al poder ha sido limitado. ¿Mediaron las mismas razones que en los Estados Unidos para su selección? ¿Es un logro de los movimientos de mujeres o revela el discrimen racial que impide a los negros y negras acceder al poder? Dentro de esta

³ Obama ganó las primarias presidenciales por el Partido Demócrata con el apoyo de 2,206 delegados, frente a 1,906 conseguidos por Clinton. (Washingtonpost.com. Primaries and Caucuses. Obtenido en la Red Mundial el 28 de marzo de 2009: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/interactives/campaign08/primaries/>. En noviembre de 2008 ganó la presidencia de los Estados Unidos al obtener el 52.9% del voto frente a un 47.5% alcanzado por su contrincante John McCain (MSN Latino Elecciones 2008. Obtenido de la Red Mundial el 28 de marzo de 2009: <http://latino.msn.com/especiales/elecciones2008/>

⁴ Ninguna de estas posiciones ha sido ocupada por negros. En Puerto Rico, las mujeres han tenido mayor participación en la vida pública y política que los negros, ya sean hombres o mujeres.

discusión, veremos la importancia de la intersección entre raza, género y clase, articulada por las feministas para analizar y entender sus manifestaciones.

Además, examinaremos la función vital del Derecho en la lucha contra la discriminación hacia las mujeres, sin perder de vista que aunque el Derecho es un instrumento a través del cual pueden corregirse injusticias y alcanzar igualdad, en él “perviven silentes e inadvertidas concepciones discriminatorias y prejuicios hacia la condición femenina”.⁵

I. Definición de conceptos

A. Raza

La categoría raza tiene múltiples significados porque es producto de una “definición social”.⁶ Puede referirse a: (a) diferencias físicas (color de piel, rasgos faciales, textura del cabello, etc.); (b) ascendencia (identidad racial transmitida generacionalmente); (c) territorio geográfico de origen (d) diferencias culturales, entre otras. El concepto también se encuentra asociado con el *racismo*, “término vivo que permite la segregación, el maltrato y la injusticia”.⁷ Es importante destacar la ideología sobre la que se construye la definición de raza. En los Estados Unidos, sobre todo en los estados del sur, “aquellos que en cinco generaciones hubiesen tenido un sólo antepasado negro ya eran oficial y legalmente clasificados como negros”.⁸ Es el parámetro “one drop”, una

⁵ María Luisa Balaguer, *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género* (Madrid: Ediciones Cátedra, 2005) p. 10.

⁶ Richard Gelles & Ann Levine, *Sociología* 6ta Ed. (México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2000) p. 332.

⁷ Roque Martín Saavedra, *Miradas desde el sur, Introducción al Simposio LatCrit Sobre Derecho Internacional y Derecho Comparado*, 38 Rev. Jur. U.I.P.R. 7 (2003).

⁸ John Macionis & Ken Plummer, *Sociología* (Madrid: Prentice Hall, 1999) pp. 316-317. En Estados Unidos también se distingue entre “colored” para referirse

gota de sangre negra es suficiente para ser considerado negro, sin importar el fenotipo. Además, las leyes “Jim Crow”⁹ excluían a los negros y los relegaban a posiciones sociales desventajadas .

Por el contrario, en Puerto Rico, la raza es un concepto que varía; se sustituye y se oculta en el mestizaje.¹⁰ Sólo son considerados negros los de piel bien oscura. Así lo negro se “invisibiliza”, como lo demostró el Censo del 2000, en el que el 80.5% de la población puertorriqueña se identificó como blanca; 8% negra y 11.5% de “otra raza”. Además, en Puerto Rico nunca se desarrolló un sistema de segregación racial legal como en los Estados Unidos.

B. Género

a los *African-American*, y “*people of color*”, que describe a todas las personas “no blancas”. El primer término es el usado por la *National Association for the Advancement of Colored People*, organización que trabaja para eliminar el odio y el discrimen racial. El concepto “afroamericano” (*African American* o *Black American*) se usa para referirse a las personas nacidas en el continente americano que tienen antepasados africanos subsaharianos. Esta categoría es considerada “políticamente correcta”, extendiéndose a otros territorios, como “afrolatinos”, “afrocaribeños” y “afropuertorriqueños”.

⁹ La legislación Jim Crow (“*Jim Crow Laws*”) comprendía leyes estatales y locales que segregaban racialmente todas las facilidades públicas. Prevalcieron, mayormente, en los estados del sur de los Estados Unidos entre los años 1876 y 1965. Véase: Packard, Jerrold M. *American Nightmare: The History of Jim Crow* (New York: St. Martin's Press, 2002); Klarman, Michael J. *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality* (New York: Oxford University Press, Inc, 2004); Levy, Peter B. *THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT*. (Connecticut: Greenwood Press Westport, 1998).

¹⁰ Véase: Idsa Alegría Ortega, *Ejes temáticos del pensamiento racial en Puerto Rico: una aproximación* en Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras, Núm. 17 (2007) pp. 154-187; Idsa Alegría Ortega y Palmira Ríos González (ed) *Contrapunto de género y raza en Puerto Rico* Centro de Investigaciones Sociales Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras (2005); Aixa Merino Falú, *Raza, género y clase social. El discrimen contra las mujeres afropuertorriqueñas* (Colombia: Alvi Impresores Ltda, 2004).

Cuando se discrimina a una persona por razón de su sexo, se le llama sexismo. Como los afroamericanos han sido victimizados por el racismo, las mujeres sufren el sexismo, “the ideology that one sex is superior to the other. The term is generally used to refer to male prejudice and discrimination against women”.¹¹

Sin embargo, para este trabajo utilizaremos la categoría género porque es más amplia e incluye el complejo de significados sociales que están relacionados con el sexo biológico. El género se refiere a la organización social de las relaciones entre sexos basadas en las diferencias que los distinguen.¹² Son “los contenidos sociales de la masculinidad y la feminidad”.¹³ También revela diferencias de poder. La socióloga Nancy Riley distingue entre dos clases de poder: *poder para*, que se refiere a la habilidad de actuar que requiere recursos (educación, dinero, tierra y tiempo); y *poder sobre*, que se refiere a la habilidad de afirmar la voluntad propia aun contra la oposición de otros.¹⁴ Ese poder se le ha limitado a las mujeres en la medida en que fueron relegadas a ser, actuar y vivir como grupo minoritario.

C. Clase social

La clase social es una forma de estratificación social en la cual un grupo de personas comparte una característica común que los vincula social y económicamente, sea por su función productiva o social, poder adquisitivo o económico, o por la posición dentro de la organización social. Implica una “clasificación o jerarquización de los individuos según la

¹¹ Richard T. Schaefer, *Sociology* Tenth Ed. (New York: McGraw-Hill, 2007) p. 263.

¹² Joan W. Scott, “Gender: A Useful Category of Historical Analysis” en 91 American Historical Review 1053 (1986).

¹³ Macionis, supra, p. 344.

¹⁴ Nancy Riley, *Gender, Power, and Population Change* Population Bulletin 52, 1 (1997) en Gelles, supra, p. 377.

categoría a la que pertenecen (o se les asigna)".¹⁵ En el caso de las mujeres, su género es añadido a los efectos de su raza y clase social. "A woman's race and social class may improve her social position slightly, or they may further subordinate her".¹⁶

D. Minorías

El concepto minoría se refiere a los grupos asignados a posiciones de subordinación social, que son aislados o segregados socialmente por las mayorías. En ellas coincide la clase social, raza, etnia y género, no como categorías sociales excluyentes sino que se refuerzan unas a otras.

Las mujeres que experimentan formas múltiples de subordinación comprenden las minorías nacionales más oprimidas. Estas minorías quedan situadas al fondo de las escalas sociales y económicas y padecen niveles más altos de pobreza que las mujeres de otros grupos. Ellas confrontan mayores riesgos de salud, quedan más afectadas por la ausencia de políticas sobre derecho reproductivo y quedan severamente aisladas por la violencia.¹⁷

E. Discriminación

Para referirnos a la discriminación contra las mujeres, utilizaremos la definición desarrollada por la *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*.¹⁸

¹⁵ Macionis, supra, p. 238.

¹⁶ Schaefer, supra, p. 268.

¹⁷ Celina Romany, *Raza, etnicidad, género y derechos humanos en Las Américas: Un nuevo paradigma para el activismo*. Proyecto de Justicia REG, Facultades de Derecho American University Washington College of Law y Universidad Interamericana, Centro de Derechos Humanos (2004) p. 46.

¹⁸ "La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer" fue adoptada por las Naciones Unidas en el 1979. En el

Shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.¹⁹

Esta es una definición amplia que abarca todos los órdenes en los que las mujeres participan. Los negros han sufrido el racismo individual y la discriminación institucional mientras las mujeres sufren sexismo individual e institucional, pero además sufren múltiples subordinaciones por su raza y su clase, lo que las mantiene mucho más aisladas.

II. Encuentros y Desencuentros

Las categorías raza y género han convergido como sistemas de pensamiento que legitiman el dominio social de una categoría de personas sobre otra. Compartieron formas de organizarse y estrategias de lucha. Sus denuncias eran similares; su sistema opresor era el mismo. Pero en los mismos “encuentros” se “desencontraron”.

A. Abolición de la esclavitud

Mucho antes de que el presidente Abraham Lincoln diera a conocer la Proclama de Emancipación que otorgaba la libertad a los esclavos (1863), ya las mujeres se habían expresado en contra de la esclavitud en la “Declaración de

1997 fue ratificada por 155 países. Estados Unidos firmó pero no ratificó. Incluye una Carta Internacional sobre los Derechos de las Mujeres, que consiste de un preámbulo de 30 artículos y define lo que constituye el discrimen contra la mujer. Además, fija una agenda de trabajo para erradicar el discrimen.

¹⁹ Catherine MacKinnon, “Equality “ in *Sex Equality* (Foundation Press, 2001) p. 48.

Sentimientos” de Seneca Falls, en New York, en 1848.²⁰ Allí reclamaron “immediate admission to all the rights and privileges which belong to (women) as citizens of the United States”;²¹ el derecho al voto, acceso a la educación y participación en el gobierno civil. Se solidarizaron con la abolición porque, como grupo, compartían con los negros la misma opresión y desigualdad que permitía la discriminación en cualquier forma: civil, pública, económica y política. En los movimientos abolicionistas se destacaron mujeres como: Elizabeth Cady Stanton, Lucretia Mott, Sojourner Truth y Harriet Tubman, entre otras.

Cuando comenzó la Guerra Civil (1861), los abolicionistas que apoyaban el sufragio de las mujeres dirigieron sus esfuerzos a la Guerra y a los derechos de los negros; los derechos de las mujeres quedaron olvidados.²²

The discussion of gender roles among African Americans has always provoked controversy. Advocates of Black nationalism contend that feminism only distracts women from full participation in the Black struggle. The existence of feminist groups among Blacks, in their view, simply divides the Black community, and thus serves the dominant White society. In contrast, Black feminists such as Florynce Kennedy argue that little is to be gained by adopting or maintaining the gender-role divisions of the dominant society.²³

²⁰ Véase: Mary Becker, Cynthia Grant Bowman & Morrison Torrey, *The Historical Background of Feminist Legal Theory* in FEMINIST JURISPRUDENCE TAKING WOMEN SERIOUSLEY. Cases and Materials, 2d, (West Group, 2001) pp.1-16; Balaguer, supra, p. 29; Schaefer, supra, p. 267; Claire Sherman Thomas, *Sex discrimination in the nutshell*, Second Edition (United States: West Group, 1991) p. 2.

²¹ Véase Sherman, supra, p. 2; Alexander Keyssar, *The right to vote. The contested history of democracy in the United States* (United States: Basic Group, 2000) p. 173.

²² Keyssar, supra, p. 176.

²³ Schaefer, supra, p. 269.

Luego que los estados esclavistas fueran derrotados (1865) se dio un proceso de “reconstrucción” que incluyó cambios en las leyes federales y estatales con la aprobación de las “Civil War Amendments”: la Decimotercera Enmienda, que prohibía la esclavitud; la Decimocuarta Enmienda, que extendía las protecciones legales federales a todos los ciudadanos, independientemente de su raza; y la Decimoquinta Enmienda, que abolió las restricciones raciales para votar.²⁴

El apoyo de las mujeres a los grupos abolicionistas fue “recompensado” con la inclusión, por primera vez, de la palabra “male” en la Constitución a través de la Decimocuarta Enmienda, que prohíbe la restricción del derecho al voto a los ciudadanos varones (*male citizens*).²⁵ Este fue el primer “encuentro y desencuentro” entre los negros y las mujeres. Se

²⁴“Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”. (*U.S. Constitution, Amendment XIII, Section 1*)

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. (*U.S. Constitution, Amendment XIV, Section 1*)

“...But when the right to vote at any election for the United States...is denied to any of the male inhabitants of such state, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridge, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such state. (*U.S. Constitution, Amendment XIV, Section 2*)

“The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of race, color, or previous condition of servitude”. (*U.S. Constitution, Amendment XV, Section 1*)

²⁵ *U.S. Constitution, Amendment XIV, Section 2* (Id. p. 55; Becker et al, supra. p. 9).

les negó a las mujeres el derecho al sufragio, a pesar de que sufrían restricciones abarcadoras, como ser electas a cargos públicos, asistir a la universidad o practicar una profesión. Tampoco podían demandar ni ser demandadas, obtener crédito, poseer propiedades, comprar o contratar.²⁶ Las mujeres buscaron en la Decimocuarta Enmienda, “all person are citizens”,²⁷ su protección constitucional. Sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió lo contrario.²⁸ Así, las mujeres no pudieron participar de los logros obtenidos por los negros, porque éstos reprodujeron la misma jerarquía social de género que habían usado los blancos, lo que las condenó como seres humanos sin derechos ni oportunidades.

B. El derecho al voto

Obtener el sufragio era la medida que las feministas consideraban más importante y necesaria para la igualdad social y política,²⁹ pero no recibieron apoyo de los negros. Además, las mujeres constituían el grupo más grande entre los excluidos del derecho al voto: “African Americans, aliens or the propertyless”; y en estas categorías estaban doblemente representadas.

²⁶ Sherman Thomas, *supra*, p. 54; Becker et al, *supra*.

²⁷ U.S. Constitution, Amendment XIV, Section 1.

²⁸ En *Bradwell v State of Illinois*, 83 U.S. 130 (1872) el Tribunal expresó que practicar el Derecho es un privilegio de los estados, “in no sense depends on citizenship of the United States”. En opinión concurrente, el juez Bradley añadió: “The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life... Because a married woman had no legal existence separate from her husband and could not make binding contracts without his consent, she was incompetent to perform the duties of an attorney”. En *Minor v Happersett*, 88 U.S. 162 (1874), la Corte decidió que la Decimocuarta Enmienda no le garantiza a las mujeres el derecho al voto.

²⁹ Balaguer, *supra*, p. 31.

Black suffrage and women's suffrage were closely linked issues everywhere in the 1860s and in the South well into the twentieth century; similarly, the voting rights of immigrants and the poor pressed repeatedly against the claims of women in the North and West. To some degree, this interlacing was inherent and structural. Women, after all, were not a socially segregated group; they were black and white, rich and poor, foreign-born and native.³⁰

La lucha por el voto se desarrolló con estrategias variadas: registrarse o presentarse a votar,³¹ marchas, protestas frente a Casa Blanca y cabildos en el Congreso, pero también arrestos, huelgas de hambre y tolerar el desprestigio social. Ante el Congreso sometieron una enmienda constitucional para garantizar el sufragio. Esto no ocurrió hasta el 18 de agosto de 1920, cuando por un margen de un (1) voto, treinta y seis estados favorecieron la Decimonovena Enmienda que prohibía que los Estados Unidos y los estados denegaran el derecho al voto de los ciudadanos por razón de su sexo.³² A pesar de que las reivindicaciones feministas descansaban sobre el sufragio, el haber obtenido el voto no se tradujo en un cambio social y político, porque las estructuras de género las seguían discriminando de otras formas y la situación de las mujeres no mejoró en lo absoluto.³³ “This is the only place the word ‘sex’ occurs in the Constitution. But equal political representation or appointment to public office did not automatically follow. Nor did an equal right to vote”.³⁴

³⁰ Keyssar, *supra* p. 173.

³¹ En 1872, en Missouri, Virginia Minor se registró para votar; reclamó su derecho al amparo en la Decimocuarta Enmienda, la Corte Suprema lo rechazó. (*Minor v Happersett*, *supra*.) Ese mismo año, Susan B. Anthony fue arrestada por intentar votar en la elección presidencial. (Schaefer, *supra*, p. 268; Becker et al, *supra*, pp. 10-11).

³² “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex”. (*U.S. Constitution, Amendment XIX*)

³³ Becker et al, *supra*, p. 14.

³⁴ Sherman Thomas, *supra*, p. 61.

C. El Movimiento por los derechos civiles

Otra experiencia de convergencia o “encuentro” fue el Movimiento por los derechos civiles, cuyo detonante fue el caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó la doctrina “*separate but equal*” y declaró inconstitucionales todas las formas de segregación. La decisión provocó una ola de violencia contra los negros que llegó a su punto culminante con el arresto de Rosa Parks en Alabama (1955), por negarse a ceder su asiento en un autobús público a un hombre blanco. La movilización generada culminó con la aprobación del “*Civil Rights Act of 1964*”, 42 U.S.C. § 2000e-2³⁵, que proscribió, entre otras modalidades, la discriminación por raza y sexo en lugares públicos y en el empleo. Así ambos grupos comenzaron a rechazar el tratamiento de segunda clase que se les daba en muchas industrias y servicios. Pero el efecto del “*Civil Right Act*” no fue igual para los negros y para las mujeres.

A finales de la década de los sesenta, miles de negros habían sido elegidos en los estados del sur de los Estados Unidos -otrota esclavista- como alcaldes, “*sheriffs*” o legisladores. Las mujeres seguían encontrando impedimentos sociales, culturales e ideológicos a pesar de la ley que prohibía el discrimen por sexo. El “encuentro” de luchas por las libertades civiles también se convirtió en un “desencuentro” por sus distintos efectos; como consecuencia, se desarrollaron movimientos de mujeres, de distintas escuelas teóricas de pensamiento feminista, para reclamar sus derechos y reivindicar a la mujer.

III. Escuelas Feministas

³⁵ *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241, July 2, 1964.

El Feminismo se vincula con teorías generales de pensamiento, como el liberalismo, el socialismo, el marxismo, el feminismo radical y cultural; y otros relacionados a la identidad, igualdad y diferencia. En estos feminismos, las mujeres negras no se veían representadas porque ignoraban las categorías raza y clase social, que para ellas eran tan opresivas como su género.

A. Desarrollo del feminismo en los Estados Unidos

El movimiento feminista de los Estados Unidos se clasifica en dos oleadas. La primera tuvo su origen en New York (1848),³⁶ donde se desarrolló el primer feminismo abolicionista y sufragista. La segunda oleada emergió en las décadas de 1960 y 1970, impulsada por la clase media educada,³⁷ desde donde las mujeres identificaron otras formas de lucha, independiente de los reclamos de los derechos de los negros, de los cuales habían sido separadas.

Las primeras manifestaciones de feminismo (abolicionista y sufragista) significaron una profunda limitación para las mujeres de color, quienes lo denunciaron como un feminismo “producido por mujeres blancas, heterosexuales de clase media e intelectualizadas”.³⁸ Que proponía una identidad esencializante y no tomaba en cuenta las diferencias raciales y culturales, por lo que quedaban excluidas las mujeres negras, pobres, obreras y analfabetas.

B. Feminismo Negro (Black Feminism)

³⁶ Véase: Becker et al., supra; Schaefer, supra, p. 267.

³⁷ Becker et al., p. 16.

³⁸ Lenise Santana y Rosineide de L.M Cordeiro, *Psicología Social, construccionismo y abordajes feministas: diálogos desconcertantes*. FERMENTUM septiembre- diciembre, año 17 Núm. 50 (2007) p. 606. Véase también: Weiler, Kathlee. “*Pedagogía feminista de la diferencia*”, en Martínez Ramos, L. y Tamargo López, M. Ed. *Género, Sociedad y Cultura* (Colombia: Publicaciones Gaviota, 2003) p. 247; Becker et al. supra; Alegría Ortega, supra.

A principios de los años setenta y bajo el concepto “mujeres de color” nació el Feminismo negro en los Estados Unidos, con dos propósitos: reconstruir el feminismo, dominado por una visión etnocentrista y racista; y denunciar el sexismo del movimiento de los derechos civiles.³⁹ “Mujeres de color”, más que una categoría biológica, fue asumida como una categoría política que cuestionaba el predominio de una supremacía blanca y patriarcal que se daba tanto en la sociedad norteamericana como en estos movimientos sociales”.⁴⁰

Algunas feministas apuntan a que la primera expresión de discriminación racial fue el célebre discurso de Sojourner Truth,⁴¹ en el que denunció el sexismo, el racismo y el clasismo que sufrían las mujeres negras. Otras identifican a Maria Stewart como punto de partida.⁴² También se reconocen los trabajos de Angela Davis como uno de los primeros análisis para articular la clase con el racismo y el sexismo.⁴³ Este movimiento tomó forma con la creación, en 1973, de la

³⁹ Ochy Curiel, “*Los aportes de las afrodescendientes a la teoría y la práctica feminista: Desuniversalizando el sujeto “mujeres”*”, Perfiles del Feminismo Iberoamericano, Vol. III Catálogos, Buenos Aires, 2007 ¶ 14.

⁴⁰ Id.

⁴¹ “...*Nobody ever helps me into carriages, or over mud-puddles, or gives me any place! And ain't I a woman? Look at me! Look at my arm! I have ploughed and planted, and gathered into barns, and no man could head me! And ain't I a woman?...*” en discurso *Ain't I a woman*” pronunciado en la convención de mujeres de Ohio en 1851. (Véase: Miriam Schneir (ed.), *In Feminism: The Essential Historical Writing* 94-95 (1972), citado en Becker et al. Supra, p. 9; Angela Davis, *Mujeres, raza y clase*. Traducido por Ana Varela Mateos (Madrid: Ed. Akal, 2004) p. 70.

⁴² Stewart fue abolicionista y feminista; en 1831 denunció el racismo y sexismo en el ensayo “*Religion and the pure principles of mortality, the sure foundation on which we build*”. (Curiel, Ochy, *Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracistas*, NOMADAS 92 No. 26 abril 2007 Universidad Central –Colombia.

⁴³ Angela Davis es icono de la lucha por los derechos civiles, visibilizó el racismo y el clasismo del movimiento sufragista. (Curiel, 2007, supra).

Organización Nacional Feminista Negra, en Nueva York.⁴⁴ En 1975, se publicó una Declaración del llamado *Combahee River Collective*,⁴⁵ documento clave para el Feminismo negro y para desarrollar el concepto “identidad”. Estableció que las mujeres negras están llamadas a luchar contra la opresión racial, sexual, heterosexual y de clase; y que en el análisis y la práctica, estos sistemas de opresión deben entenderse interrelacionados. Otras teóricas, como Benita Roth, ubican el Feminismo negro en la segunda ola del feminismo blanco de clase media (con el movimiento chicano, el de los derechos civiles/negros y el de izquierda blanca). En 1990, Patricia Hill Collins publicó *Black Feminist Thought*, en el que definió el Feminismo negro como un conjunto de experiencias compartidas por las mujeres afroamericanas que les provee un punto de vista particular del yo, la comunidad y la sociedad.⁴⁶ Su aportación más importante fue que estableció que la opresión de raza, clase, género, sexualidad y nación están interconectadas. De otro lado, Elizabeth Spelman propuso establecer un diálogo sin jerarquías entre las mujeres de diferentes procedencias raciales o étnicas para borrar el contorno del término ‘mujer’. Ambas estudiosas cuestionan las teorías universalistas que explican la situación de las mujeres como si todas fueran idénticas.

Desde el Feminismo negro se formuló un análisis basado en las necesidades vitales de las mujeres excluidas tanto del feminismo blanco, heterosexual y burgués como del movimiento negro, marcadamente heterosexista y patriarcal.

⁴⁴ Asunción Oliva Portolés, *Feminismo postcolonial: la crítica al eurocentrismo del feminismo occidental*. Cuaderno de Trabajo nº 6 (abril 2004) p. 1. Obtenido en la Red Mundial el 20 de abril de 2009: http://cv.uoc.edu/~04_999_01_u07/oliva.html

⁴⁵ Organización de lesbianas negras feministas. “A Black Feminist Statement”, The Combahee River Collective, recogido en Nicholson, L. J., *The Second Wave* (New York-London: Routledge, 1997).

⁴⁶ Patricia Hill Collins, *Black Feminists Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment* (Boston: Unwin Hyman, 2000).

Lejos de plantear un movimiento propio proponen un replanteamiento de las bases del feminismo e introducen el concepto “interseccionalidad” de los ejes de la opresión. Esa interseccionalidad se ve reflejada en lo que Kimberle Crenshaw llama la marginación de las mujeres negras en las teorías, leyes y doctrinas que definen la discriminación de acuerdo a la experiencia de los negros y de las mujeres blancas.⁴⁷

...Black women can experience discrimination in ways that are both similar to and different from those experienced by white women and Black men. Black women sometimes experience discrimination in ways similar to white women's experiences, sometimes they share very similar experiences with Black men. Yet often they experience double discrimination – the combined effects of practices which discriminate on the basis of race, and on the basis of sex. And sometimes, they experience discrimination as Black women – not the sum of race and sex discrimination, but as Black women.⁴⁸

Por lo tanto, en la medida en que se interceptan la raza y el género, las mujeres negras experimentan doble discriminación y la ley nos las protege en esa “interseccionalidad”.

El Feminismo negro ha sido criticado porque su enfoque racial describe las experiencias de la tipología desarrollada en los Estados Unidos: varones blancos, mujeres blancas, varones negros y mujeres negras. La propuesta es sustituirlo por el “feminismo postcolonial” o el feminismo de las

⁴⁷ En *DeGraffenreid v. General Motors*, 558 F.2d 480 la corte rechazó el discrimin por ser “mujer y negra” y dijo que el Congreso no lo contempló o no intentó proteger esa discriminación. (Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, en D. Kelly Weisberg, ed. FEMINIST LEGAL THEORY: FOUNDATION (Philadelphia: Temple University Press, 1993) pp. 393-397.

⁴⁸ Id. p. 385.

mujeres del Tercer Mundo, que da cabida tanto a las mujeres oprimidas por la raza en el Primer Mundo como las de países descolonizados o neocolonizados. Este Feminismo no busca suprimir las diferencias entre mujeres, ni unificarlas en un sólo movimiento que borre las diferencia, ya que esto perpetuaría el racismo al no ponerlo de manifiesto.

C. Feminismo postmodernista

El Postmodernismo critica los principios universales de las metanarrativas del modernismo como base para fundamentar el desarrollo teórico del feminismo. Desde esta escuela se cuestiona la idea de una identidad denominada “mujer”.

Las feministas postmodernistas consideran los conceptos “igualdad” y “mujer” como constructos teóricos que ameritan deconstrucciones o desmontaje. A la vez cuestionan si la estrategia adecuada es cambiar los constructos patriarcales por nuevos conceptos esencialistas feministas.⁴⁹

Como no existe un modo esencial de ser, ni una categoría que recoja la diversidad, habría que examinar las múltiples identidades de la mujer. Estas ideas se fueron incorporando a través de diferentes trabajos. En *This Bridge called my Back: Writings by Radical Women of Color* (1981) se expresaron diferentes experiencias de las mujeres de color (chicanas, negras, asiáticas, etc.)⁵⁰ para denunciar que el denominador común entre las mujeres de color y las mujeres blancas no existe. El nuevo sujeto del feminismo se constituye tras un

⁴⁹ Esther Vicente, “Los Feminismos y el Derecho: Contradicción o Interconexión?” en *Perspectivas Feministas en la Teoría del Derecho*, 36 *Rer. Jur. U.I.P.R.* 361 (2002).

⁵⁰ Gloria Anzaldúa y Cherrie Moraga, *This Bridge called my Back: Writings by Radical Women of Color* (New York: Kitchen Tabe, Women of Color Press, 1981)

conjunto de conflictos raciales y culturales desatado no sólo por la violencia de los varones en general, sino también por la violencia de las feministas blancas.

Anzaldúa introduce el concepto “mestiza” (que vive varias culturas) para identificar a la persona con cualidades y vivencias necesarias para desarrollar un feminismo que responda a las mujeres del Tercer Mundo. “La ‘conciencia mestiza’ nace del entrellejo fronterizo de ser y no ser ‘la otra’; cuestiona la intolerancia de la cultura ‘huésped’ y la negación de las diferencias al interior de la comunidad feminista angloamericana”.⁵¹

En el 1982, en *All the Women are White, All the Blacks are Men, but Some of Us are Brave*, se definió el feminismo como “la teoría y la práctica política que lucha por la liberación de *todas* las mujeres: mujeres de color, obreras, mujeres pobres, mujeres discapacitadas, lesbianas, ancianas, así como mujeres blancas, económicamente privilegiadas y heterosexuales”.⁵² El postmodernismo abrió las puertas a la pluralidad y con ello provocó que los tradicionales patrones culturales, patriarcales y raciales hayan sido puestos en tela de juicio.

Sobre las identidades, la teórica Ochy Curiel identifica dos líneas. Por un lado, las que consideran todas las identidades como ficciones represivas y por otro lado, las que las consideran dignas de reconocimiento.⁵³ Las del primer grupo aseguran que la identidad racial trae consigo esencialismo, etnocentrismo y encasilla a grupos sociales en generalidades y estereotipos. Las segundas consideran que las

⁵¹ Alegría Ortega y Ríos González, *supra*.

⁵² Gloria T. Hull, Patricia Bell Scott and Barbara Smith (Ed). *All the Women are White, All the Blacks are Men, but Some of Us are Brave* (New York: The Feminist Press, Old Westbury, 1982).

⁵³ Curiel (2003), *supra*.

identidades son estrategias de sobrevivencia humana y política; que es necesario una reafirmación subjetiva radical para poder hacer transformaciones sociales. Para las negras, la identidad es algo complejo porque incluye dimensiones individuales y sociales.

Otras teóricas, como Modleski, han cuestionado la influencia del posmodernismo y la deconstrucción de la teoría feminista, al argumentar que el ataque al sujeto femenino socava el feminismo y la crítica al patriarcado.⁵⁴ Modleski señala que “el juego posfeminista de género, en el cual las diferencias no son marcadas, puede fácilmente conducirnos al pasado ‘pre género’, donde sólo existía un sujeto universal, el hombre”.⁵⁵

IV. Raza y Género en Puerto Rico

La experiencia del Feminismo negro de los Estados Unidos tuvo muy poca repercusión en Puerto Rico, según la profesora Aixia Merino Falú.⁵⁶ Son pocos los escritos que destacan las aportaciones de las mujeres negras y escasean los estudios relacionados a este sector. En ese sentido, los movimientos feministas no han estado vinculados a las luchas de los negros, sino a otras causas.

A. Desarrollo del Feminismo en Puerto Rico

El feminismo en Puerto Rico está vinculado al movimiento obrero y al sufragista, desde donde se enfilaron las luchas a favor de los derechos de las mujeres, en lo se conoce como la primera oleada del feminismo. Durante las

⁵⁴ Weiler, *supra*, p. 255.

⁵⁵ T. Modleski, *Feminism without women* (New York: Routledge, 1993) p. 163, citado en Weiler, *supra*, 256.

⁵⁶ Miembra fundadora del grupo “Unión de Mujeres Puertorriqueñas Negras” (UMPN).

primeras tres décadas del siglo XX, la participación de las mujeres se concentró en reclamar mejores condiciones de trabajo, en la medida en que se incorporaron a labores de manufactura, como despalilladoras de tabaco y trabajadoras en la industria de la aguja.⁵⁷ Al margen quedaban las mujeres negras que desde mediados del siglo XIX trabajaban como vendedoras, mondongueras, lavanderas y en la servidumbre.⁵⁸

Aunque algunas estudiosas rechazan que las mujeres fueran acogidas por los movimientos obreros,⁵⁹ lo cierto es que hubo un número considerable de mujeres relacionadas al sector sindical en las primeras tres décadas del siglo veinte. La explotación identificada por estas feministas estaba relacionada con la producción material, por lo tanto su participación en la experiencia sindical cambiaría sus condiciones de subordinación.

El movimiento sufragista, por su parte, estuvo influenciado por la postura a favor del sufragio de destacados intelectuales puertorriqueños,⁶⁰ la ausencia de oportunidades educativas y sociales, la obtención del derecho al voto de las mujeres norteamericanas, y el interés de los partidos en lo que parecía ser una nueva fuerza laboral.⁶¹ Pero mientras las campañas para reivindicar a la mujer encontraron apoyo en los hombres del movimiento obrero, el movimiento sufragista enfrentó la oposición de los sectores masculinos influyentes.

⁵⁷ María del Carmen Baerga, *Género y trabajo: La industria de la aguja en Puerto Rico y el Caribe hispánico* (Río Piedras: Editorial Universidad de Puerto Rico, 1993).

⁵⁸ Merino Falú, *supra*.

⁵⁹ Véase Isabel Picó, *Apuntes preliminares para el estudio de la mujer puertorriqueña y su participación en las luchas sociales de principios del siglo XX*, 1980, en Edna Acosta Belén, *La mujer en la sociedad puertorriqueña* (San Juan: Ediciones Huracán) pp. 23- 40.

⁶⁰ Como Eugenio María de Hostos, Salvador Brau, Alejandro Tapia y Rivera, y Manuel Fernández Juncos, entre otros.

⁶¹ Torres Martínez, *supra*, p. 142.

Igual que en los Estados Unidos, el movimiento feminista decayó luego de obtener el sufragio universal.⁶²

A partir de la década de los setenta se desarrolló la segunda ola del feminismo con nuevas postulas contestatarias, denominadas “organizaciones feministas autónomas, creadas fuera de partidos políticos o instituciones gubernamentales”.⁶³

El cuestionamiento al patriarcado y al paternalismo, las luchas por los derechos reproductivos, el derecho al aborto, el rechazo a la violencia contra las mujeres, la participación de las mujeres en la política y la preferencia u orientación sexual son algunos de los espacios desde donde se interpela con una perspectiva feminista a la sociedad.⁶⁴

Se crearon organizaciones como: “Mujer Intégrate Ahora” (MIA) (1972), que abogó por la igualdad de derechos y el reconocimiento de la discriminación por sexo;⁶⁵ la “Federación de Mujeres Puertorriqueñas” (FMP) (1975), que asumió una postura política de izquierda anticolonialista;⁶⁶ y “La Alianza Feminista por la Liberación Humana” (1977), que al igual que la FMP, asumió un discurso feminista obrerista.

B. Convergencia de raza y género

Según Merino Falú, las intersecciones de raza y género se empezaron a desarrollar en los años ochenta, mayormente relacionadas a las mujeres negras en la literatura y sobre los

⁶² Emmallind García García, *La mujer en el Trabajo en el Nuevo Siglo*, 36 Rev. Jur. U.I.P.R. 35.

⁶³ Ana Irma Rivera Lassén y Elizabeth Crespo Kebler, *Documentos del Feminismo en Puerto Rico: Facsímiles de la Historia. Vol. 1, 1970-1979* (Estados Unidos: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 2001) p. 27.

⁶⁴ Idsa Alegría Ortega, *Ideología y política pública: la representación de las mujeres*, en Martínez Ramos, supra, p. 170.

⁶⁵ Torres Martínez, supra, p. 148.

⁶⁶ Id. 149.

discursos de sexualidad y raza.⁶⁷ Todos los estudiosos de este tema coinciden en que en Puerto Rico hay una negación sistemática del racismo; se niega, se encubre, se ignora, se blanquea; no existe, por lo tanto no hay que combatirlo, no representa ningún problema.⁶⁸

La característica básica de la ideología racial en Puerto Rico es el factor de la negación... (sic) Los puertorriqueños parten del hecho que somos una sociedad racialmente mixta para fundamentar su fuerte negación al hecho del racismo. La concepción que subyace bajo este argumento es que el mestizaje por definición contrarresta cualquier posibilidad de racismo. Sin embargo, sabemos que éste no es el caso, el mestizaje coexiste con los prejuicios raciales en nuestro país.⁶⁹

A partir de los años noventa, se desarrolló interés en el tema y se crearon organizaciones de mujeres negras en la periferia. En 1992, con la celebración de la Semana de la Mujer, se dedicaron actividades a “La aportación de la mujer negra en la sociedad puertorriqueña”. El mismo año se celebró el “Primer Encuentro Latinoamericano y del Caribe de Mujeres Negras”, en la República Dominicana, donde por primera vez se analizó la problemática que afecta a la mujer negra desde una perspectiva de género, clase y etnia. Como resultado de ese encuentro, se constituyó la “Comisión Puertorriqueña de Mujeres Negras”, encargada de representar

⁶⁷ Entre los primeros textos que abordaron el tema se encuentran: Eduardo Seda Bonilla, *Réquiem por una cultura* (1972); e Isabelo Zenón Cruz, *Narciso descubre su trasero: El negro en la cultura puertorriqueña* (1974) y José Luis González, *El país de los cuatro pisos* (1980). Sobre las negras, véase: Marie Ramos Rosado, *La mujer negra en la literatura puertorriqueña* (1999); Eileen Finday, *Imposing Decency: The Politics of Sexuality and Race in Puerto Rico, 1870-1920* (1999); *La raza y lo respetable: Las políticas de las prostitución y la ciudadanía en Ponce en la última década del siglo XX* (2005).

⁶⁸ Gladys Jiménez Muñoz, Carmen María Colón Pellot, *Mujer y raza en Puerto Rico*; Palmira Ríos, *¿MAJESTAD NEGRA? Raza, género y desigualdad social en Puerto Rico* en Alegría y Ríos, supra; Merino Falú, supra.

⁶⁹ Ríos supra, p. 158.

a la mujer afro puertorriqueña en el ámbito internacional. En 1993, se fundó la “Unión de Mujeres Puertorriqueñas Negras” (UMUPUEN) para educar a la comunidad sobre las participación de las mujeres negras en el quehacer político, económico, social y cultural.

V. El Género desde el Derecho

Desde el punto de vista jurídico, la mujer se integró como sujeto de derechos y obligaciones, pero lo hace a un sistema legal predeterminado para un individuo varón de raza blanca y propietario, como lo eran los fundadores de la Constitución de los Estados Unidos.⁷⁰ La intención original de la Constitución, según Catharine A. MacKinnon, no era garantizar la igualdad. Por eso, “(t)he lack of an explicit guarantee of sex equality limited the U.S. Constitution as a vehicle for securing women’s rights and social advancement”.⁷¹ La mujer reclamó su espacio de igual en un sistema jurídico masculino, donde “el parámetro de la igualdad lo constituyen los derechos del hombre...”.⁷² Esto tuvo como resultado:

...una falta de identidad con ese sistema y una necesaria inadecuación de las instituciones y técnicas de ese sistema para responder a las exigencias de ese género, diferente de los sujetos para los que ha sido establecido.⁷³

¿Por qué es importante el derecho en el empoderamiento de las mujeres? Según la profesora de Derecho, Esther Vicente:

El Derecho participa en el proceso que da lugar a la construcción de la realidad, de los significados y de las

⁷⁰ MacKinnon, *supra*, p. 12.

⁷¹ *Id.* 16.

⁷² Balaguer, *supra*, p. 45.

⁷³ *Id.* p. 44.

subjetividades... es un sistema a través de cual se originan prácticas sociales y a través del cual las personas entienden su mundo, esto es, el Derecho como un sistema constitutivo de significados, el discurso legal es particularmente autoritario y poderoso, establece normas obligatorias y ofrece descripciones, interpretaciones y justificaciones para dichas normas.⁷⁴

Por lo tanto, para luchar contra un andamiaje histórico, social, económico y cultural es necesario reformular el Derecho. Si bien es cierto que desde el Derecho se ha sostenido y reproducido la desigualdad y se ha mantenido el “status quo”, también es cierto que es el lugar desde donde se da poder y libertad. Por eso, ha sido fundamental la denuncia de la invisibilidad de la mujer en la historia, pero también lo es, su participación como sujeto de derechos y como reformadora del Derecho.

A. La raza y el Derecho

Desde finales del siglo XIX, la Constitución de Estados Unidos comenzó a sufrir algunas modificaciones que le permitieron al Derecho responder a las necesidades de género y de raza. Ejemplo de esto son las “Civil War Amendments”, la Decimonovena Enmienda y leyes estatutarias, como el “Civil Rights Act”, que prohíben el discrimen y fomentan la igualdad. Incluso, “(t)he operative concept of ‘civil rights’ that was specifically pioneered by the Black movement, beginning in the middle of the twentieth century, profoundly altered the theory and practice of law as an instrument of social change”.⁷⁵

⁷⁴ Esther Vicente, *Las reformas jurídicas y el rejuego del poder: mujer, desigualdad y derecho* 40 Rev. Jur. U.I.P.R. 497 (508-9) (2006).

⁷⁵ MacKinnon, *supra*, p. 19.

Dentro de la teoría del Derecho surgieron escuelas, como la *Critical Legal Studies* (CLS), que denunciaron que el Derecho reproduce la desigualdad, legitima el orden social existente y lo mantiene como un sistema justo. Luego surgieron los *Critical Race Theory* (CRT), que plantean que el Derecho mantuvo una desigualdad racial en la medida en que mantenía la discriminación racial contra los negros. Más recientemente, los estudios *LatCrit* (*Latino/Latina Critical Theory*),⁷⁶ fundados en la intersección de la raza, la clase y la sexualidad han desarrollado multiplicidad de teorías que analizan el derecho desde diferentes perspectivas “muchas de ellas conexas y complementarias en sí”.⁷⁷ Critican que el discurso de raza de los *CRT* excluyó a otros grupos étnicos que sufren por las mismas condiciones. Si seguimos este enfoque crítico para comprender la intersección de raza, género y clase, valdría la pena mirarnos en constituciones modernas, como la de Sudáfrica (1996), que establece en su carta de Derechos la prohibición a la discriminación directa o indirecta por situaciones variadas.

The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. (*The Constitution of the Republic of South Africa, Chapter 2 Bill of Rights, sec. 9 (3)*).

En esta Constitución, el aspecto cultural está integrado en la cláusula de prohibición por discrimen, lo que manifiesta la importancia de la conexión entre el discrimen y la cultura. Se protege el derecho a disfrutar la cultura, la religión y el

⁷⁶ Movimiento discursivo e intelectual que procura el entendimiento de las y los excluidos dentro del derecho. La teorización *LatCrit* representa un acercamiento interdisciplinario y focalmente crítico hacia la comprensión de las comunidades de excluidas y excluidos. (Martín Saavedra, *supra*, p. 6)

⁷⁷ *Id.* p. 4.

lenguaje... pero ¿cómo entender un derecho cultural que a su vez discrimina contra las mujeres, en la medida en que las prácticas culturales y religiosas son discriminatorias hacia las mujeres? En las mayoría de los países, la interacción entre raza y género responde a un sistema patriarcal enraizado en las costumbres de las comunidades. El desafío al sistema patriarcal no sólo se ve como un atentado a los privilegios masculinos sino a los valores tradicionales, y ese es un importante obstáculo que hay que vencer porque priva a las mujeres de participar en iguales condiciones que los hombres, en la vida política, social y económica de sus países. Debemos entender que el Derecho en sí mismo no produce resultados sino se entrelaza en la red de complejidades culturales, ideológicas que nos hagan ver la raza y el género, no como lo que nos separa sino como lo que nos acerca.

B. Raza v Género en el Derecho en Puerto Rico

El tema racial en Puerto Rico ha estado más relacionado con el discrimen en el empleo, desde donde se han aplicado leyes federales y estatales de discriminación racial, y otras leyes protectoras del trabajo.⁷⁸ Aunque se han llevado casos de discrimen racial, no hay una visión de atender el problema de la “invisibilidad racial”. Por eso, las mujeres blancas tienen mayores probabilidades de ocupar cargos públicos que los negros. Eso explica por qué tuvimos una mujer gobernadora, pero no hemos tenido un negro gobernador. Mucho menos una negra gobernadora. Por otro lado, las mujeres han conseguido legislaciones de avanzada que les garantizan derechos, mayormente en el área laboral.⁷⁹

⁷⁸ Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y la Ley 100 de 30 de junio de 1959, Ley Contra el Discrimen en el Empleo (Charles Zeno Santiago, *Teorías del discrimen en el empleo*, 66 Rev. Colegio de Abogados P.R. 125 (2005))

⁷⁹ Para un listado de las leyes laborales contra la discriminación por género, véase García García, *supra*.

VI. Barack Obama v. Hillary Clinton: la lucha entre la raza y el género por el poder

La lucha entre la raza y el género quedó representada en las pasadas elecciones presidenciales de los Estados Unidos con las candidaturas de Barack H. Obama y Hillary R. Clinton como nominados a la primaria del Partido Demócrata y por consiguiente, candidatos a la Presidencia. Después de años de discrimen, de una guerra civil, de enmiendas a la Constitución, de la promulgación de leyes en contra del discrimen institucional, civil, político y económico, representantes de dos grupos minoritarios tenían posibilidades reales de ganar la posición de mayor poder en los Estados Unidos y el mundo. ¿Para quién era el turno? Si seguimos la trayectoria en el acceso a los derechos y a la vida pública, la contestación resulta evidente.

A. Trasfondos y trayectorias

1. Barack Hussein Obama II

Barack H. Obama es símbolo de la multiracialidad; hijo de una americana blanca, un keniano negro y de un padrastro indonesio.⁸⁰ Graduado de *Harvard Law School*, fue el primer afroamericano en dirigir la revista *Harvard Law Review*. Se desempeñó como organizador comunitario en Chicago, como abogado en derechos civiles y profesor de derecho constitucional en *University of Chicago Law School* (1992-2004). Fue congresista por Illinois (1997-2008). Lanzó su candidatura a la presidencia por el Partido Demócrata en febrero de 2007. Después de una cerrada contienda, ganó la nominación contra Hillary R. Clinton, convirtiéndose en el primer candidato afroamericano a presidente por un partido

⁸⁰ Véase Bio.True Story. Biografía de Barack Obama. Obtenida de la Red Mundial, el 25 de abril de 2009: <http://www.biography.com/featured-biography/barack-obama/index.jsp>

mayoritario. En el 2008 venció al republicano John McCain e inició su mandato el 20 de enero de 2009, como el primer afroamericano en ocupar ese puesto.

2. Hillary Rodham Clinton

Hillary R. Clinton, hija de norteamericanos blancos de clase media de Illinois,⁸¹ se destaca por su vida de activismo social y político. Graduada de *Yale Law School* (1973), fue cofundadora de *Arkansas Advocates for Children and Families* y se convirtió en la primera mujer en dirigir la Corporación de Servicios Legales (1978). Fue la primera mujer socia en la firma de abogados *Rose Law Firm*. Dos veces enlistada como una de los 100 abogados más influyentes en los Estados Unidos. Como Primera Dama de Arkansas (1979-1981 y 1983-1992) dirigió una reforma educativa. Activista de organizaciones dedicadas al cuidado y bienestar de la niñez. Primera Dama de los Estados Unidos (1993-2001), desde donde intentó impulsar infructuosamente el Plan de Salud "*Clinton Health Care Plan*". Participó activamente en el establecimiento del *State Children's Health Insurance Program*, el *Adoption and Safe Families Act*, y el *Foster Care Independence Act*. Es la primera "Primera Dama" en ocupar puestos públicos: senadora por New York (2001-2009),⁸² nominada a la presidencia por el Partido Demócrata; y miembro del gabinete del Presidente, como secretaria de Estado (2009).⁸³

B. Raza vs. Género

⁸¹ Hillary Clinton, *Historia Viva: Hillary Rodham Clinton*. Traducción de *Living History* de Claudia Casanova (New York: Simon & Schuster, 2003).

⁸² Además, de primera mujer en ocupar este cargo.

⁸³ Para una biografía completa, véase Clinton, supra. En Internet: Portal de Casa Blanca: *White House Washington*: http://www.whitehouse.gov/about/first_ladies/hillaryclinton/; Biografías en bio.True Story:

<http://www.biography.com/search/article.do?id=9251306&part=0>

Esta no es la primera vez que las mujeres aspiran a la presidencia de los Estados Unidos. En 1872, la sufragista Victoria Chafin Woodhull se lanzó como candidata presidencial. En 1884 y 1888, Belva Ann, del *National Equal Rights Party* hizo lo propio. Después de ellas, decenas de mujeres han oficializado su aspiración a la presidencia y la vicepresidencia de los Estados Unidos.⁸⁴ Tampoco Obama es el primer candidato negro a la presidencia.⁸⁵ Sin embargo, mientras las mujeres anunciaron sus candidaturas desde finales del siglo XIX, el primer negro en aspirar a la Presidencia fue Clennon King, en 1960, por el *Independent Afro-American Party*. En el caso de las mujeres negras, el proceso siempre ha sido más retrasado; Shirley Chisholm, la primera afroamericana que ganó un escaño en el Congreso, aspiró en el 1972 a la nominación por el Partido Demócrata.

En el caso de “Obama vs. Clinton”, las diferencias de experiencias de trabajo y de aportaciones en política pública son abismales. La experiencia de Clinton la llevó a conocer el funcionamiento de los estados (Arkansas), el gobierno federal (Casa Blanca) y el Congreso. Sin embargo, eso no pareció tener importancia frente al carisma del líder negro. Sobre esta situación, la feminista norteamericana Gloria Steinem expresó al *New York Times*, que el género sigue siendo el factor que más restringe la vida en los Estados Unidos.

Gender is probably the most restricting force in American life, whether the question is who must be in the kitchen or who could be in the White House. This country is way

⁸⁴ Véase: *List of female United States presidential and vice-presidential candidates*. Obtenido de la Red Mundial el 15 de abril de 2009: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_female_United_States_presidential_and_vice-presidential_candidates

⁸⁵ Véase: *List of African American United States presidential and vice-presidential candidates*. Obtenido de la Red Mundial el 15 de abril de 2009: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_African_American_United_States_presidential_and_vice-presidential_candidates

down the list of countries electing women and, according to one study, it polarizes gender roles more than the average democracy.⁸⁶

Steinem también explica esta conducta, por el acceso que han tenido los negros a derechos y posiciones de poder: “Black men were given the vote a half-century before women of any race were allowed to mark a ballot, and generally have ascended to positions of power, from the military to the boardroom, before any women”.

Por lo tanto, la lucha ha tenido que ser más organizativa, sistemática y duradera para las mujeres porque el discrimen se sustenta en la cultura, en las tradiciones, en la religión y en el lenguaje. Los negros lucharon contra la esclavitud y como resultado les concedieron el voto. Lucharon por sus derechos civiles y les dieron una ley. Las mujeres, por el contrario, enfrentaron la Constitución, las leyes, la raza, el patriarcado, la cultura, la religión, la clase social y sus propias ideologías; pero aún en todas estas manifestaciones perviven formas de discrimen.

VII. Acceso al poder

Como fenómeno de la Segunda Guerra Mundial, las mujeres entraron a la fuerza laboral asalariada, para ser cada vez más las que trabajan fuera de sus casas, sin que esto representara una forma de igualdad en los salarios al compararlo con los hombres en las mismas ocupaciones. “[W]hether a woman is single or married, her average paycheck is less than two-thirds that of a man who is doing work of comparable by women, the less it pays”.⁸⁷

⁸⁶ Gloria Steinem, *Women Are Never Front-Runners*, Opinion, New York Times, January 8, 2009. Obtenido de la Red Mundial, el 25 de abril de 2009: http://www.nytimes.com/2008/01/08/opinion/08steinem.html?_r=1

⁸⁷ Sherman Thomas, *supra*, p.193.

Según la feminista Esther Vicente, el que las mujeres se encuentren entre las personas más pobres se debe a la interconexión de varios factores:

...las oportunidades educativas y de empleo, el acceso a derechos y a servicios de salud sexual y reproductiva, el acceso a la propiedad, la vulnerabilidad que genera el fenómeno de la violencia contra las mujeres, la dimensión de lo cultural y lo jurídico.⁸⁸

Esta diferencia también es notable cuando se compara a las mujeres en categorías raciales. Según estadísticas del *U.S. Current Population Survey and the National Committee on Pay Equity*, la jerarquía es la siguiente: hombres blancos, hombres negros, hombres hispanos; mujeres blancas, mujeres negras y mujeres hispanas.⁸⁹ Los hombres en cualquier categoría ganan más que las mujeres. Por eso, cuarenta y cinco años después del *Civil Right Act* (2009) se firmó una ley para garantizar que a igual trabajo debe haber igual paga, al margen del género, la raza, la religión o la edad: la "*Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009*"⁹⁰ y que en Puerto Rico se implementó a través de la Ley Núm. 11 del 11 de marzo de 2009.⁹¹ De manera que participar en la fuerza laboral no significó, ni siquiera, el pago justo.

De acuerdo con la visión de dominación masculina, los puestos o cargos identificados como pertenecientes al ámbito

⁸⁸ Vicente (2006) p. 50.

⁸⁹ Véase: "*The Wage Gap, by Gender and Race*", Infoplease. Obtenido de la Red Mundial el 19 de febrero de 2009: The%20Wage%20Gap,%20by%20Gender%20and%20Race%20—%20Infoplease.com.html;

⁹⁰ *Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009*, PL 111-2; 123 Stat. 5 (2009).

⁹¹ Ley Núm. 11 del 11 de marzo de 2009, Para adoptar como política pública del Gobierno de Puerto Rico que todos los departamentos, agencias y dependencias estatales y municipios prepararán programas de adiestramiento y educación encaminados a garantizar igual paga por igual trabajo... (P. de la C. 998).

de las mujeres son, sobre todo, puestos de rango inferior en cuanto al poder, autoridad e ingresos. En muchos casos tienden a asociarse con atributos y trabajos ya estereotipados como femeninos, tales como las ocupaciones de servicio, aquellas definidas por las relaciones interpersonales y las relacionadas con la belleza o con destrezas manuales finas. Dichas características y tareas se naturalizan o se ignoran en la evaluación y remuneración de las ocupaciones en el mercado de empleo. La segmentación mantiene, a su vez, el empleo preferente de los hombres, particularmente en los cargos de mayor poder, paga y responsabilidad, y atribuye mayor valor a las destrezas y funciones consideradas masculinas. Las ocupaciones en las que se concentran las mujeres conllevan, por lo tanto, ingresos inferiores a las que se definen como masculinas, aun cuando éstas representan un trabajo comparable –aunque no necesariamente igual– en cuanto a responsabilidad, escolaridad y riesgos.⁹²

Otra de las formas en las que se cristaliza el progreso de los grupos minoritarios ha sido con el acceso de sus miembros al poder. Entiéndase, a las posiciones desde donde se toman decisiones que afectan a los demás; desde donde se hace política pública; desde donde se emiten opiniones influyentes; y desde donde se obtiene ventaja económica.

Este poder, sin embargo, ha sido desigual para los negros y para las mujeres. Los negros obtuvieron el derecho al voto en 1868; cincuenta y dos años después lo obtienen las mujeres (1920). El primer negro en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Thurgood Marshall) fue nombrado en 1967; catorce años después (1981) se juramentó a una mujer (Sandra Day O'Connor). En 1870 se eligió el primer congresista negro (Hiram Rhoder Revels); cuarenta y siete años después (1917), se escogió la primera mujer congresista (Rep.

⁹² Colón Warren, Alice. “*Empleo y reserva laboral entre las mujeres en Puerto Rico*”, en Martínez Ramos, *supra*, p. 225.

Jeannette Rankin). La primera congresista negra fue elegida en 1969 (Rep. Shirley Chisholm); en 1996 se eligió la primera mujer negra senadora (Carol Mosley Braun). Todavía ninguna mujer ha fungido como presidenta de los Estados Unidos, ni ha sido electa vicepresidenta, ni presidenta del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ha sido un proceso lento para la mujeres blancas; difícil para la negras. No hay duda de que a las mujeres les ha tomado mucho más tiempo conseguir sus derechos y en la medida en que esos derechos se obtienen a “cuenta-gotas”, la discriminación hacia las mujeres se mantiene extendida y difusa, a veces invisible, porque se asume el trato diferente como histórico y natural, no socialmente construido.

VIII. Conclusión

La eliminación de la esclavitud y el desmantelamiento del sistema legal de segregación les abrió oportunidades sin precedentes a los negros. En los años setenta, aquellos con un nivel de educación más alto habían progresado en forma significativa en sus ingresos y ocupaciones,⁹³ tanto que “ahora las oportunidades de vida de individuos negros tienen más que ver con su posición de clase económica que con sus encuentros día a día con blancos”.⁹⁴

En el caso de las mujeres, la historia y la realidad han ido moviéndose con pies de plomo. Todavía las mujeres y los hombres viven en mundos diferentes en términos de acceso a la educación, oportunidades de trabajo, así como la salud, seguridad personal y los derechos humanos. Aunque se ha dicho que el siglo XXI es el siglo de las mujeres, el avance no puede medirse por la participación laboral, sino en acceder a

⁹³ Gelles, *supra*, p. 356.

⁹⁴ William Wilson, *The Declining Significance of Race: Blacks and Changing American Institutions*, 2a ed. (Chicago: University of Chicago Press, 1980) p. 1, en Gelles, *supra*, pp. 355-356.

las posiciones de poder, que para las mujeres antes estuvo denegado y ahora limitado; eso las pondría en la dirección correcta. “La participación de las mujeres en los espacios y procesos de toma de decisiones políticas permite incorporar la perspectiva de las mujeres y la visión femenina sobre los problemas, a la vez que mejora la calidad del proceso gubernamental.”⁹⁵

Se trata de poder eliminar y superar las discriminaciones que niegan la autonomía y libertad de los excluidos del espacio público. Por eso, la lucha contra la discriminación debe ser integral y proyectarse sobre todos los sectores y ámbitos sociales. La propuesta de la CEDAW para eliminar la discriminación contra las mujeres, nos habla de eliminar costumbres y prácticas discriminatorias, nociones estereotipadas que le atribuyen roles a los hombres y a las mujeres, o la superioridad de cada sexo, promover la igualdad en la política y en la vida pública, eliminar la discriminación contra las mujeres en la educación, empleo, los cuidados de salud, en la vida social y económica y las actividades recreativas, deportes y el arte.⁹⁶

La raza y el género todavía importan en la sociedad y en la política, tal como lo demostró la contienda eleccionaria en los Estados Unidos. Todavía falta recorrer un gran trecho para dejar atrás el legado racista y los prejuicios contra el feminismo y las luchas políticas y sociales de las mujeres y de otros grupos oprimidos. ¿Pero, por qué las barreras entre géneros no han sido tomadas tan seriamente como las raciales? La feminista Gloria Steinem expresó una respuesta:

The reasons are as pervasive as the air we breathe: because sexism is still confused with nature as racism once was; because anything that affects males is seen as more serious

⁹⁵ Vicente, *supra*, pp. 503-4.

⁹⁶ MacKinnon, *supra*, p. 48.

than anything that affects “only” the female half of the human race; because children are still raised mostly by women (to put it mildly) so men especially tend to feel they are regressing to childhood when dealing with a powerful woman; because racism stereotyped black men as more “masculine” for so long that some white men find their presence to be masculinity-affirming (as long as there aren’t too many of them); and because there is still no “right” way to be a woman in public power without being considered a you-know-what.⁹⁷

La pregunta no es si las mujeres están listas, sino cuándo la nación norteamericana crecerá y le mostrará al mundo que está lista. Definitivamente, ¡faltan muchos días por escribirse para completar esta historia!

⁹⁷ Steinem, *supra*.

Inmigrantes: Antítesis de su Democracia

Por: Rosa Ruiz Sánchez¹

“Las fronteras del espacio nacional son el lugar en que la democracia se detiene.”²

E. Balibar

Introducción

En un mundo anciano, dónde se han batallado grandes luchas, (incluso dos guerras mundiales), no es posible hablar de raza pura. Más allá de esto, en nuestra coexistencia humana en este planeta, no hay lugar para hablar de nacionalidad en el sentido de clasificación de seres humanos.

Según las creencias científicas de hoy en día, los primeros habitantes del Nuevo Mundo vinieron cuando en la última gran Era de Hielo bajó nivel del Océano Pacífico lo suficiente como para exponer un puente de tierra entre Asia y Norteamérica, permitiendo así a las personas cruzar el océano desde Asia. Evidencia reciente sugiere que los ancestros de los nativos americanos del presente se establecieron en Norteamérica hace más de 30,000 años y cerca de 10,00 años A.C., se expandieron tan lejos como hasta la punta de Suramérica.³

¹ Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² E. Balibar, *Les frontières de la démocratie*. (Paris, 1992)

³ Thomas Alexander Aleinikoff, et als., *Immigration and Citizenship: Process and Policy*, en la pág. 158 (6th Ed. Thomson West, 2008). [Traducción nuestra].

Pasados cerca de ciento dieciséis siglos de estos eventos, la migración hacia América ocurrió nuevamente, esta vez proveniente de la dirección opuesta, es decir de Europa. Monarcas europeos y comerciantes propiciaron la exploración y luego el establecimiento de la recién “descubierta” tierra de las Américas.

En el primer censo, realizado en 1790, Norteamérica tenía una población de aproximadamente 3.2 millones de personas, todos inmigrantes o descendientes de las personas que arribaron al país en las oleadas de inmigrantes del siglo diecisiete y dieciocho. Más del 75 % de la población era de origen británico, el otro 8% eran de origen germano y el resto eran mayormente de Holanda, Francia o España.⁴ Estas cifras han ido en aumento hasta llevarnos a un pasado tan reciente como en el 2005. Ese censo reflejó que había más de treinta y cinco millones de residentes de Estados Unidos, nacidos en el extranjero. Estos constituían el 12.4 % del total de la población.⁵

Con un panorama de tan vasta diversidad étnica y cultural, que se remonta a la época antes de Cristo (A.C.), en efecto resultaría imposible hablar de “extranjeros.” A pesar de ello, son muchos los que se aventuran hoy en día a legislar, discriminar, excluir y segregar a las personas que denominan – bajo su conceptualización- como no ciudadanos, lo que significa quién no es natural o vecino de una ciudad.⁶ Más allá de este paradigma, existe una realidad política que pasa

⁴ *Id.* en la pág. 159.

⁵ Thomas Alexander Aleinikoff, et als., *supra.*, en la pág. 191.

⁶ En el Diccionario de la lengua española, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura. Madrid, España: Real Academia Española.

desapercibida por aquellos que tienen la honorable labor de velar por el bien común y como consecuencia de ello, ejercer la autoridad. Ello refiriéndome a un gobierno organizado bajo un sistema democrático.

A. Democracia

El concepto democracia significa, una doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno.⁷ Históricamente hablando, el concepto básico de democracia se remonta a la forma de gobierno que utilizaban en Atenas y otras ciudades griegas a partir del siglo V a.C. También tuvo gran importancia en el origen de la democracia, el movimiento pacíficamente revolucionario del cristianismo, que hizo desaparecer las supuestas diferencias naturales entre hombres libres y esclavos. Éstos defendían la igualdad de todos los hombres ante Dios, sin distinción.

Desde el punto de vista filosófico, la democracia es más que poder del pueblo, es un sistema socio político y económico de hombres libres e iguales; no sólo libres e iguales ante la ley, sino en las relaciones sociales en la vida cotidiana.⁸ La democracia asegura al hombre su libertad jurídica e individual. La libertad jurídica, es el derecho que tiene el hombre a obrar por sí mismo sin que nadie pueda forzarlo a obrar en otro sentido, es decir, los límites están dados por las leyes. Por otro lado, la libertad individual es el reconocimiento de que el hombre nace libre y dotado de

⁷ Thomas Alexander Aleinikoff, et als., *supra.*, pág. 159

⁸ Darío Gramajo y Emmanuel Biset, *El Cambio de Conciencia Como Paradigma Necesario Para Alcanzar una Real Democracia* publicado en <http://www.monografias.com/trabajos/democracia/democracia.shtml>.

inteligencia y voluntad. Cuando hablamos de igualdad, se trata de una igualdad jurídica. Todos los hombres tienen las mismas oportunidades ante la ley, es decir, la igualdad de deberes.⁹

Algunos estudiosos de la materia se han referido a la democracia como un estilo de vida, un modo de vivir basado en el respeto a la dignidad humana, la libertad y los derechos de todos y cada uno de los miembros de una comunidad. Un principio vital de la democracia es, pues, no la existencia de un liberalismo económico- porque la democracia puede ser liberal o socialista-, pero sí la garantía de libertades: libertad de pensamiento y de prensa, libertad de cultos y de conciencia; afirmación del principio de tolerancia y, sobre todo, libertad de ciencia, juntamente con la fe en la posibilidad de su objetividad. Todas las constituciones democráticas que están conformadas por ese espíritu han de ser de alcance decisivo para fijar el tipo de ideología que este sujeto desarrollará en su relación con el objeto—del poder o del conocimiento-.¹⁰

Luego de abordado el concepto de democracia, resultaría una conceptualización utópica enmarcar dicho concepto en la vida cotidiana de un inmigrante en la nación norteamericana. Por un lado, el concepto moderno de ciudadanía es indisociable del principio de voluntariedad. Dado que el Estado democrático es una asociación de ciudadanos libres e iguales y en principio es un acuerdo democrático en torno al

⁹ Luis Antonio Roa, *Democracia*,

http://www.elprisma.com/apuntes/ciencias_politicas/democracia/

¹⁰ Hans Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, págs. 113- 114. (Comares, 2002).

orden social y político, debería bastar para garantizar la lealtad al Estado de derecho y los vínculos asociativos. Así mismo, la libre adhesión a ese acuerdo debería ser requisito suficiente para admitir un nuevo "socio".¹¹

II. Migración y éxodo

La mayoría de las sociedades se han construido históricamente a partir de la diversidad de etnias y culturas. Las ciudades se han caracterizado desde su nacimiento por la heterogeneidad y la complejidad cultural y económica. Las migraciones han sido vitales en estos procesos de construcción. Hace algunas décadas, la migración, además de proceso natural, empezó a convertirse en una opción de supervivencia. Las brechas económicas y sociales, propias del capitalismo y la globalización, convirtieron al desplazamiento entre estados en una alternativa de vida para miles de personas.¹²

En este punto, es necesario detenerse y cuestionarse, ¿por qué la gente emigra? La contestación puede ser simple o simplemente no haberla, pero me inclino con la postura del economista George J. Borgas.¹³ Este nos dice que no todas las personas quieren vivir en Estados Unidos. El grupo de inmigrantes que termina en ese país, quiere ser diferente de la

¹¹ J. Habermas, *Ciudadanía Política e Identidad Nacional* (Barcelona, 1993).

¹² Silvia Trujillo, *La Criminalización de la Inmigración: ¿Funciona?*, (publicado en Conexión Colombia, 19 de marzo de 2009). <http://rafaelguarin.blogspot.com/2009/03/la-criminalizacion-de-la-inmigracion.html>

¹³ George J. Borgas, *Heaven's Door: Immigration Policy and the American Economy*, publicado en el libro de Thomas Alexander Aleinikoff, et al., *Immigration and Citizenship: Process and Policy*, pág. 237, (6th Ed. Thomson West, 2008). [Traducción nuestra].

típica persona que decide permanecer en su país de origen. Las personas abandonan sus países de origen por múltiples razones, pero una fácilmente generalizable es la de mejorar sus condiciones de vida. Los emigrantes se trasladan siendo conscientes de que al hacerlo están arriesgando su propia vida, ya sea hacinándose en una “patera,”¹⁴ pasando meses en el mar, o poniéndose en manos de traficantes que vulneran sus derechos.¹⁵

La política oficial estadounidense de inmigración durante los inicios de nuestra historia no estaba bien definida. Los coloniales apenas habían puesto un pie en América cuando trataron de prevenir la admisión de ciertos tipos de inmigrantes adicionales. Las normas variaron entre las colonias respecto a la selección de inmigrantes, basado en sus creencias religiosas y su condición física, mental, moral y económica. En general, a pesar de ello, la inmigración era aceptada. Comunidades le daban la bienvenida a un aumento en población, debido a que ello aumentaba la seguridad de vida y propiedad. Dueños de grandes inversiones y terrenos querían sus pertenencias ocupadas para incrementar su valor y los gobiernos locales regularmente proveían terreno gratis o a bajos precios para aquellos quienes querían establecerse y trabajarlos.¹⁶

En el debate público y político, los inmigrantes cada vez más eran definidos como amenazas a la seguridad de la

¹⁴ Embarcación pequeña, de fondo plano, sin quilla. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura. Madrid, España: Real Academia Española.

¹⁵ Silvy Trujillo, *supra*.

¹⁶ Trelles & Bailey, *Immigration & Nationality Acts: Legislative Histories & Related Documents*, pág. 45 (1979).

nación. La categorización de los inmigrantes como amenazas a la seguridad nacional les brindó una nueva lógica unificadora a las operaciones gubernamentales tambaleantes que hacen cumplir las leyes de inmigración y de control de las fronteras, lo cual ha impulsado hacia adelante la represión de los inmigrantes.¹⁷

En un mensaje al Congreso, el Presidente Tyler se refirió a la inmigración en parte, como sigue:

We hold out to the people of other countries an invitation to come and settle among us as members of our rapidly growing family; and for the blessings which we offer them, we require of them to look upon our country as their country, and unite with us in the great task of preserving our institutions and thereby perpetuating our liberties.¹⁸

Estas palabras hacen parecer que la nación puede tolerar cuántos inmigrantes necesite. Luego de ocupados los espacios que sustentarán la economía y fomentará el desarrollo de la misma, todos los demás quedan excluidos. Una vez sus ejércitos son lo suficientemente numerosos de manera que sirvan a la perpetuación de las libertades, ya no será necesario permitir la entrada de un no-ciudadano.

¹⁷ Tom Barry & Annette Ramos, *La Nueva Economía Política de la Inmigración en Estados Unidos*, (Periódico La Democracia, 6 de marzo de 2009). <http://www.lademocracia.es/La-nueva-economia-politica-de-la-inmigracion-en-Estados>

¹⁸ Trelles & Bailey, *Immigration & Nationality Acts: Legislative Histories & Related Documents*, pág. 47 (1979). “Extendemos una invitación a las personas de otros países para venir y establecerse entre nosotros como miembros de nuestra familia en rápido crecimiento; y para las bendiciones que le ofrecemos, requerimos de ellos mirar a nuestro país como el suyo, y unirse a nosotros en la gran tarea de preservar nuestras instituciones y así preservar nuestras libertades.” [traducción nuestra].

Hasta la última década del siglo 1800, las leyes de inmigración de Estados Unidos eran mayormente materia de los estados. Hoy en día son casi enteramente leyes federales, aunque los estados aún conservan algunas libertades para regular las actividades de los no-ciudadanos en sus fronteras. Son varias las agencias federales que tienen roles en la administración de la ley de inmigración. Desde 1940 hasta el 2003 la responsabilidad descansaba en el Procurador General, cuyas funciones de cargo estaban delegadas a varias agencias del Departamento de Justicia y sus oficiales. Debido a los eventos del 11 de septiembre de 2001, surgió una restructuración radical en las agencias del gobierno federal. De ello surgió el “Department of Homeland Security,” la cual es la agencia encargada de ejecutar las leyes migratorias en Estados Unidos.¹⁹

III. Problemática histórica

Hasta la segunda mitad del siglo XIX, Estados Unidos no tuvo leyes que restringieran la inmigración. No es hasta 1875, que el gobierno estadounidense aprobó una ley que prohibió la inmigración de convictos y prostitutas; en 1882 se promulgó otra que prohibía asimismo la inmigración de retrasados mentales, lunáticos e indigentes²⁰ y que imponía un impuesto por persona de medio dólar.²¹

¹⁹ Stephen H. Legomsky, *Immigration and Refugee Law and Policy*, en la pág. 2 (4th ed. Foundation press, NY, 2005).

²⁰ Vernon M. Briggs, *Immigration Policy and the American Labor Force*, en la pág. 27. (The Johns Hopkins University Press, 1984)

²¹ David M. Heer, *Los Mexicanos Indocumentados en los Estados Unidos*, en la pág. 22 (1era ed. México, 1993).

Los primeros casos de exclusión racista de inmigrantes a Estados Unidos datan de 1886 en los llamados “casos de exclusión de chinos.” Estos fueron los casos de *Chae Chan Ping v. United States*²² y *Fong Yue Ting v. United States*.²³ Estos casos se decidieron en 1869 y 1893 respectivamente. Allí la Corte sostuvo que un residente no ciudadano que intenta inmigrar nuevamente puede ser excluido si el Congreso determina que su raza era indeseable o por cualquier otra razón. En el segundo caso, la corte decidió que esos no ciudadanos podían ser deportados por su raza o por cualquier otra razón.²⁴

Una ley en 1885 prohibió los contratos laborales en los cuales un patrón pagaba los costos de transporte de un inmigrante y más tarde deducía tales costos del salario de éste. La ley de inmigración de 1917 decretó que en adelante los inmigrantes de E.U. debían pagar un impuesto por persona de ocho dólares y que todo inmigrante adulto debía pasar una prueba de lectura y escritura. Sin embargo, la legislación también admitía la contratación de trabajadores temporales, que de otra forma quedarían excluidos, si el secretario del trabajo lo juzgaba necesario.²⁵ En 1925 el Congreso aprobó una legislación adicional que establecía la patrulla fronteriza para impedir la inmigración ilegal a E. U. procedente de México o Canadá.

²² 130 US 581 (1889).

²³ 149 US 698 (1893).

²⁴ David A. Martin & Peter H. Schuck, *Immigration Stories*, en la pág. 7 (1st ed. Thompson West, 2005).

²⁵ David M. Heer, *Los Mexicanos Indocumentados en los Estados Unidos*, en las págs. 22- 23 (1era ed. México, 1993).

Mas allá de lo anterior, existe el problema fundamental de la decencia humana. Hay gente que trabaja todos los días y cuyo trabajo beneficia al mercado entero, facilitando la persistente expansión de la economía estadounidense. Pero como esta gente carece de los derechos más básicos, y teme, con razón, hasta presentarse en el hospital en momentos de urgencia, se puede decir que el mercado consume un rango de servicios que no compensa.²⁶

Lo que no podemos perder de perspectiva es que todos han nacido de inmigrantes, o de los hijos o nietos de inmigrantes. La mayoría de aquellos inmigrantes no necesitaban ni tenían visados ni permisos previos para entrar en el país. Llegaban buscando protección contra hostilidades racistas y contra el hambre, la escasez, la depresión y la detención de miembros de sus comunidades. Vivían muchas veces en comunidades aparte porque no tenían otra opción y porque creían profundamente en su derecho de no perder los valores y las costumbres de sus raíces.

Hoy en día, esos hijos de inmigrantes, que han tenido todos los beneficios que puede ofrecer la sociedad democrática y abierta de Estados Unidos, proponen cerrar comprensivamente la frontera de ese país de inmigrantes. Quieren castigar a los que vienen ahora, sólo porque nacieron después o llegaron tarde, sólo porque vienen de otras comunidades étnicas.²⁷

²⁶ José A. Zamora, *Los inmigrantes: Frontera de la Democracia*, http://www.foroellacuria.org/otra_mirada/inmigrantes3.htm

²⁷ *Id.*

La condición de impotencia se deriva de una asimetría de poder frente a otros que es sancionada por el Estado. Tal es el caso de los extranjeros-inmigrantes ante los nacionales, cuando el Estado establece una diferencia de la que se derivan privilegios para los últimos. En la medida en que tal diferencia se deriva o está apoyada en un ejercicio de soberanía del Estado, que se plasma en la ley constitucional, se genera una distancia que es transferida del ámbito jurídico al ámbito de las relaciones sociales, mediante una construcción social de esa distancia que llega a definir la estructura de las relaciones sociales entre nacionales y extranjeros.²⁸

La “vulnerabilidad cultural” básicamente implica un producto del ejercicio de poder. Es decir, el poder implicado en cada justificación ideológica de la condición de subordinación a la que es sometido el inmigrante-extranjero como resultado de su relación social con los nacionales en el país huésped.²⁹

Hoy en día, la nación norteamericana ha asumido una postura agresiva en contra de los inmigrantes. Ello queda evidenciado en las recientes propuestas legislativas resumidas a continuación:³⁰

H.R. 5124- Para enmendar la Reforma de Inmigración Ilegal y la ley de Responsabilidad de Inmigrantes a los efectos

²⁸ Jorge A. Bustamante, *Migración Internacional y Derechos Humanos*, pág.176, (2002).

²⁹ Jorge A. Bustamante, *supra.*, en la pág.177.

³⁰ Austin T. Fragomen, et als, *Immigration Legislation Notebook*, en las págs. 19-21 (West, 2009).

de construir un muro de doble capas, 14 pies de alto y reforzado a lo largo de la frontera sureste.

H.R. 4987- Para requerir la construcción de muros y mejoras de seguridad en el área de la frontera desde el Océano Pacífico hasta el Golfo de México.

H.R. 5515- Para hacer mandatorio el sistema electrónico de verificación de empleo que reemplace el método actual de verificación de elegibilidad para empleo.

H.R. 588- Para enmendar la Ley de Inmigración y Nacionalidad para incrementar las penalidades por emplear a un extranjero ilegal.

H.R. 373- Para enmendar la Ley de Inmigración y Nacionalidad a los efectos de hacer inadmisibles y deportables ciertos extranjeros convictos por guiar en estado de embriaguez.

H.R. 138- Para requerirles a los contratistas federales participaren el programa piloto básico para la verificación de elegibilidad de empleo.

H.R. 128- Para enmendar la Ley de Inmigración y Nacionalidad para fortalecer las consecuencias criminales por ciertas violaciones.

H.R. 126- Para enmendar la Ley de Inmigración y Nacionalidad para limitar la ciudadanía al nacer, solo por virtud de nacimiento en Estados Unidos, a personas con ciudadanía o con madre residente legal.

Dentro de la clase denominada no-ciudadanos, la distinción fundamental elaborada por la Ley de Inmigración estadounidense es entre inmigrantes y no-inmigrantes. Dicha ley define a los no-inmigrantes como aquellos quienes caen dentro de las severas categorías enumeradas de entradas temporales como por ejemplo, turistas, estudiantes y visitantes por negocios. Cualquier otro ciudadano es un “inmigrante.” El término incluye ambos, aquellos quienes han sido legalmente admitidos como inmigrantes y quiénes no, “inmigrantes indocumentados.” Un inmigrante legalmente admitido debe residir en Estados Unidos permanentemente y trabajar.³¹

IV. Problemática Constitucional

El gobierno federal de los Estados Unidos generalmente posee sólo aquellos poderes que están enumerados en la Constitución o aquellos “necesarios y adecuados” para ejecutar dichos poderes. En este contexto debemos destacar que en la Constitución no autoriza expresamente al gobierno federal a regular la inmigración. ¿Significa ello que todo su elaborado sistema de control de inmigración es inconstitucional? La mayoría de las personas hoy en día se resistirían a llegar a esa conclusión, para aceptarla, sería necesario creer que los fundadores de la Constitución intentaron, por un lado, (a) exigir fronteras abiertas o; (b) investir a los estados individualmente con el poder exclusivo de regular la inmigración.³²

³¹ Stephen H. Legomsky, *supra.*, en la pág. 9 (4th ed. Foundation press, NY, 2005).

³² *Id.* en la pág. 104.

Desde 1950, el derecho al debido proceso de ley de los extranjeros en la frontera puede ser resumido en una famosa sentencia emitida por el Juez Minton³³: “Cualquier procedimiento autorizado por el Congreso, es el debido proceso en los extremos de cuando se le deniega la entrada a un extranjero”³⁴ Esta decisión no ha sido aún revocada, lo que ha suscitado grandes críticas.

Debemos recordar que una vez que un país ha ejercido su soberanía para comprometerse ante la comunidad internacional, a respetar, promover y defender los derechos de todos los seres humanos definidos como tales por la declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, ha aceptado implícitamente, autolimitar su derecho soberano para establecer una diferencia jurídica entre nacionales y extranjeros como sujetos de derechos humanos.³⁵

Es en este momento donde surge la interrogante entonces; ¿Cuál es la fuente de autoridad que le otorga el poder al gobierno federal para regular la inmigración? La Corte Suprema ha estado debatiendo este asunto desde el siglo diecinueve y ninguna de sus disposiciones nos ha dado la respuesta. Aunque existen varias opiniones argumentables en cuanto a parecer una respuesta de la Corte Suprema a lo largo de la jurisprudencia norteamericana. Algunas de dichas respuestas jurisprudenciales apuntan hacia las cláusulas de

³³ *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 544; 70 S. Ct. 309,313; 94 L.Ed. 317 (1950).

³⁴ Thomas Alexander Aleinikoff, et als., *supra.*, en la pág. 590.

³⁵ Jorge A. Bustamante, *supra.*, en la pág. 187.

comercio, inmigración e importación, naturalización, y finalmente la cláusula de guerra.

A. Inmigrantes en los tribunales estadounidenses

Uno de los casos más importantes de la jurisprudencia norteamericana sobre el tema lo es sin duda, *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB*,³⁶ allí la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos decidió que un trabajador indocumentado no tiene derecho a reclamar por sus salarios no pagados ni por su despido, ni por cualquier otro derecho laboral, porque éstos son sólo para los ciudadanos de Estados Unidos y para sus residentes legales. Esta decisión hace totalmente legal que un patrón que haya contratado trabajadores indocumentados reaccione despidiendo al trabajador que se queje sin tener que pagarle ni siquiera los salarios ya devengados. La Corte Suprema admitió en su decisión que la empresa cometió violaciones a la ley laboral por lo que la condenó a que se pusiera un letrero en la puerta de esa empresa que dijera que cometió violaciones laborales, sin ninguna otra sanción adicional.³⁷

El juez Stephen Breyer, en su opinión disidente, expresó que esa decisión mayoritaria estimulará la contratación de migrantes indocumentados en los Estados Unidos ante la nueva posibilidad legal, abierta por la Corte Suprema de explotarlos sin ninguna consecuencia legal. Es preciso destacar que en el sistema judicial de Estados Unidos una decisión de la Corte Suprema de Justicia es de seguimiento

³⁶ 535 U.S. 137; 122 S. Ct. 1275; 152 L. Ed. 2d 271,

³⁷ Mileno Diario, 1 de abril de 2002. Citado en Jorge A. Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos*, en la pág.173 (2002).

obligatorio para todos los casos sobre la materia que sean objeto de sentencias del poder judicial en general en ese país.³⁸

Según sostuvo el Tribunal Supremo Estadounidense para el año 1892 en *Nishimura Ekiu v. U.S.*,³⁹ Cada nación soberana tiene el poder, como soberanía inherente y esencial para la propia preservación, de prohibir la entrada de extranjero a sus dominios, o de admitirlo sólo en aquellos casos y bajo aquellas condiciones que estimen. Es decir, el Congreso podía excluir extranjeros totalmente o establecer términos condiciones con las cuales deberían cumplir para entrar o permanecer en este país.⁴⁰

En 1917 la Corte Suprema decidió que aunque un extranjero, quien adquirió su residencia, tenía derecho a la misma protección de vida, libertad y propiedad que un ciudadano y, su adquisición no está revestida del derecho de permanecer y el gobierno tiene el poder de deportarlo si, a juicio del Congreso, el interés público lo requiere y tal poder no depende de la existencia de condiciones estatutarias como su derecho de permanecer cuando se haga residente.⁴¹ Más adelante, en 1922 la Corte Suprema de Estados Unidos se pronunció aclarando que un extranjero residente de Estados Unidos puede ser deportado por cualquier razón que el congreso determine que haría su residencia dañina a los mejores intereses del gobierno.⁴²

³⁸ Mileno Diario, 1 de abril de 2002. Citado en Jorge A. Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos*, en la pág.173 (2002).

³⁹ 142 U.S. 651, 659 (1892).

⁴⁰ *Fox Young Yo v. U.S.*, 185 U.S. 296 (1902).

⁴¹ *U.S. v. Sui Joy*, 240 F. 392 (1917).

⁴² *Skeffington v. Katzeff*, 277 F. 129 (1922).

De esta misma forma siguió limitando cualquier tipo de derecho a un extranjero. Dicho Foro llegó a determinar que, la expulsión de extranjeros es un poder soberano necesario para la seguridad del país, a ser regulado por el departamento legislativo⁴³ y que Estados Unidos puede excluir cualquier extranjero por cualquier razón, tal como el disgusto del gobierno sobre los ideales políticos o sociales del extranjero, o porque pertenezca a un grupo propenso a obtener cargos públicos u otras razones similares.⁴⁴

A. ¿Por qué no ha funcionado la política migratoria estadounidense?

Lo que empezó como una guerra en contra del terrorismo se ha convertido en una guerra en contra de los inmigrantes. El acercamiento de “sólo hacer cumplir la ley” de la política de inmigración actual ha creado nuevos problemas, incluyendo una serie de asuntos de derechos humanos y cuestiones financieras asociadas con la detención y expulsión anual de los inmigrantes. La represión de inmigrantes ha dado lugar a la creación de un complejo de cárceles, centros de detención y prisiones que no están regulados y que generan grandes beneficios financieros.⁴⁵

La economía política de la inmigración es decididamente anti-inmigrante. Factores políticos y económicos se han combinado para crear un entorno hostil para los inmigrantes indocumentados, tanto en el presente como en el futuro. Es

⁴³ *U.S. v. District Director of immigration and Naturalization*, 120 F. 2d 762 (1941).

⁴⁴ *U.S. v. Parson*, 22 F. Supp.149 (1938).

⁴⁵ Tom Barry & Annette Ramos, *supra*.

posible que la reforma de la política de inmigración no sea de la más alta prioridad, pero un buen paso sería empezando a abordar el reto de transformar la economía política de ésta.⁴⁶

Un estudio realizado en el 2007 por el Centro de Acceso a Documentos Transnacionales (TRAC por sus siglas en inglés) de la Universidad de Syracuse encontró que no ha ocurrido ningún aumento en el terrorismo o en los cargos relacionados a la seguridad nacional en contra de los inmigrantes desde el 2001. De hecho, a pesar del aumento en las operaciones policiacas de Seguridad Nacional, más inmigrantes fueron acusados anualmente en los tribunales de inmigración de delitos relacionados con la seguridad nacional o el terrorismo en un período de tres años a mediados de la década del 1990 (1994-96) que en un período comparable (2004-2006) desde el 11 de septiembre. Según el estudio del TRAC, "[u]na década más tarde, se entablaron cargos de seguridad nacional en contra de 114 personas, una disminución de alrededor de un tercio. Mientras tanto, para el mismo período, los cargos de terrorismo han disminuido por más de tres cuartos, con sólo 12".⁴⁷

i. Derechos Humanos de los Inmigrantes: ¿Son diferentes?

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Bajo este supuesto, el ser humano adquiere estos derechos por

⁴⁶ Tom Barry & Annette Ramos, *supra*.

⁴⁷ *Id.*

el simple hecho de ser un ser humano, lo que conlleva racionalmente a concluir que están fuera de todo alcance político, religioso, económico y cultural.

Existen varias posiciones de los estudiosos de la materia en cuanto a la creación del concepto de los derechos humanos. Me inclino hacia el lado de aquellos que le reconocen vida a estos derechos mucho antes que aquella noche en París de 1948, donde quedó constituida la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estos derechos no nacen con la formulación jurídica de normas positivas del orden nacional o internacional o de un período histórico concreto, aunque no es menos cierto que tal período histórico es fundamental para su desarrollo y para darle legalidad a los mismos.

Tan reciente como el mes de mayo de 2008, en una operación realizada, la policía estadounidense en Iowa invadió un poblado y arrestó a 383 trabajadores inmigrantes. De acuerdo al Comité Ejecutivo de la Red por la Paz y el Desarrollo de Guatemala (RPDG), los detenidos fueron tratados como criminales, sometidos a tratos crueles y degradantes, equivalentes a la tortura. Además, se violó el derecho internacionalmente reconocido de que tuviesen comunicación con sus respectivos consulados. En una nota, el Comité agrega que las autoridades de gobierno de los Estados Unidos anuncian que acciones como ésta se seguirán produciendo con frecuencia en el resto del país.⁴⁸

⁴⁸ *Más de 380 trabajadores inmigrantes son detenidos en EEUU*: Publicado el 9 de octubre de 2009 en el periódico La Democracia. <http://www.lademocracia.es/Mas-de-380-trabajadores-inmigrantes-son-detenidos-en-EEUU>

Como nos dice el Profesor José A. Zamora, existe una contradicción entre considerar el derecho a emigrar como uno de los Derechos Humanos y, convertir la inmigración en una cuestión de soberanía de los Estados y por tanto sometida a su arbitrio. Esta contradicción se agudiza en contraste con la creciente libertad de circulación de mercancías, dinero y servicios frente a los controles estatales. Las declaraciones de los derechos del ser humano, en la medida en que éstos se configuran como derechos de los ciudadanos de un estado, establecen un vínculo entre nacimiento o vida natural y comunidad política que problematiza automáticamente la identificación entre ser humano y ciudadano.⁴⁹

VI. Solución Justa

La verdadera amenaza para el régimen de la ley de inmigración estadounidense no es la cantidad de personas que atraviesan sus fronteras, sino, el hecho de no tener una política de inmigración que proporcione una vía legal hacia la integración de los once millones de inmigrantes que ya están dentro de los Estados Unidos.⁵⁰

Como bien nos menciona la socióloga Silvia Trujillo en su obra, “[l]as migraciones no van a desaparecer, y el cierre de fronteras y la criminalización de los inmigrantes no han dado resultados positivos. Seguir generando políticas con el fin de que cesen los movimientos es utópico y ha demostrado ser inefectivo. Hay que reconocer que las personas seguirán en continuo movimiento y, ni las amenazas de sanción o delación, lograrán imponerse sobre factores de atracción

⁴⁹ José A. Zamora, *supra*.

⁵⁰ Tom Barry & Annette Ramos, *supra*.

como la ilusión de tener una mejor calidad de vida para sí mismos y para sus familias.”⁵¹

Me uno a las expresiones de la socióloga en que en lugar de seguir imponiendo medidas sancionatorias, que por demás han demostrado ser inefectivas, debería empezar a analizarse la problemática migratoria desde una nueva perspectiva. Si bien es cierto que la migración y la heterogeneidad generan conflictos y problemas, también lo es que suponen ventajas considerables. Los inmigrantes son agentes de cambio social. Pero si no existen posibilidades de integración en y con la sociedad receptora, los costos serán siempre mayores que los posibles beneficios.⁵²

Estados Unidos de Norteamérica es un país que se ha construido a base de la obra manual y poco apreciada de los inmigrantes. Parece que ya en inicios del siglo XXI, es hora de reconocerlo y de formular una política sostenible, justa, democrática y humana hacia los inmigrantes. Aún más, hacia esa población que ha vivido con los temores y las injusticias de un sistema paralelo que menosvalora sus derechos y su humanidad, pero que ha permanecido, trabajando, obedeciendo las leyes civiles, contribuyendo día tras día, año tras año, a la sociedad que acepta sus hijos pero ellos no.⁵³

VII. Conclusión

El individualismo que cobra fuerzas aligeradamente en nuestras sociedades nos mueve a una mentalidad de rechazo

⁵¹ Silvia Trujillo, *supra*.

⁵² Silvia Trujillo, *supra*.

⁵³ Jose A. Zamora, *supra*.

hacia lo diferente. Sin embargo una persona extranjera, con un lugar de nacimiento diferente al nuestro y por consecuencia de ello, un estado legal distinto, sigue siendo un ciudadano en dicha sociedad en la que se encuentra. Ha llegado el momento de presenciar y adoptar nuevos paradigmas sobre la conceptualización de seres humanos. Nuestras sociedades han avanzado grandemente desde aquellos tiempos en que el país denominaba la calidad de ser humano a ser esperada y su consecuente comportamiento. Hoy en día, no hay espacio justificable ni sustentado en lógica alguna para volver a los inicios de nuestra formación como mundo civilizado y clasificar seres humanos según su estado legal y nacimiento, sin mencionar todas aquellas prohibiciones constitucionales por las que no es permitido discrimen.

A manera de humilde recomendación, las grandes naciones deben comenzar por adoptar leyes, medidas y regulaciones que no disfracen la discriminación incluyendo en las mismas el término “seguridad pública” o “seguridad nacional.” Estos términos responden a sus propios intereses, que claro está son de índole económica y a la vez con ello infunden en la sociedad la mentalidad de que para tener seguridad no se debe aceptar extranjeros. Igualmente darle vida al sistema democrático, aquellas que se rijan por el mismo, integrando en sus leyes, regulaciones y medidas de inmigración la visión democrática de una nación, donde sí hay espacio para que todos aquellos ciudadanos que vienen a sus fronteras y sean parte de la sociedad, una sociedad que conjuntamente busca el desarrollo de una nación próspera, puedan integrarse homogéneamente.

El desarrollo económico de una nación no puede desplazar la humanidad de un grupo de individuos al sopesar

intereses. Las personas que se desplazan alrededor del mundo no pierden derecho por el sólo hecho de haberse relocalizado. Dentro del alto volumen de propuestas migratorias que se presentan, se debería proteger en vez de atacar o criminalizar al inmigrante. No haber llenado un formulario federal y esperar una tarjeta por correo, es un crimen. La gran paradoja del tema es que en aquellos años cuando la nación se levantaba, eran las manos extranjeras las que construían los cimientos. Dichas manos a su vez eran estimuladas para establecerse y formar familias en esa nueva nación que se levantaba y necesitaba población. Hoy, sus descendientes, los norteamericanos, hijos de inmigrantes, cazan mediante restricciones, barreras legales, muros de contención de catorce pies de alto, prisiones inadecuadas y discriminación social a los mismos que hicieron posible que hoy en día exista su Estatua de la Libertad.

No fueron norteamericanos los que sudaron, ubicando cemento para rellenar esa escultura, ni siquiera eran norteamericanos los que estaban en Elli's Island, ni en los puertos. Ni siquiera había norteamericanos. ¿De donde vinieron los norteamericanos? Los norteamericanos no vinieron de ningún lugar, se conformaron allí, del escape de gobiernos repulsivos, de pobre calidad de vida, de la búsqueda de una vida mejor, de un futuro que asegurara el pan en la mesa, en fin, de inmigrantes.

MISSING PAGE 61

MISSING PAGE 62

El movimiento pendular del derecho al voto de los afroamericanos en Estados Unidos

Por: Melisa Mercado Ruiz¹

Introducción

Estados Unidos nació a través de una revolución democrática contra una monarquía. La magnitud del experimento democrático que realizó el naciente país no tuvo precedentes históricos: en efecto, el constitucionalista Akhil Reed Amar comenta que la fundación de Estados Unidos le dio al mundo más democracia de la que jamás se había visto².

Desde el presente, y con cierto anacronismo, podemos objetar que se trataba de una democracia engañosa. En ella sólo una minoría del país gozaba del derecho al voto, que es un elemento esencial para que exista una verdadera democracia. Una respuesta a esa objeción es que en aquel momento, y durante muchas décadas más, el sufragio fue restringido aun en las democracias más radicales e inclusivas del planeta. La respuesta a la objeción podría continuar señalando que, a través de batallas jurídicas y políticas libradas durante dos largos siglos, otros grupos de personas se han unido a la minoría original de votantes, hasta alcanzar el sufragio universal que existe hoy. Después de todo, los afroamericanos obtuvieron el derecho al voto en 1870 con la Enmienda XV y las mujeres hicieron lo mismo en 1920 con la Enmienda XIX. Pareciera trazarse, pues, una expansión progresiva del derecho al voto.

El problema con esta visión, que propone un aumento lineal en el número de posibles votantes, es que no es cierta. La experiencia

¹ Estudiante de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography* 14 (Random House 2006).

que tuvieron los afroamericanos con el sufragio desmiente el concepto de un incremento progresivo. Como lo señala Robert Goldman, los afroamericanos son el único grupo en Estados Unidos que ha gozado del derecho a votar y luego lo ha perdido³. Esto no sucedió a través de nuevas reformas constitucionales que deshicieran la Enmienda XV. El proceso de anular el derecho al voto de los afroamericanos, ocurrido más que todo en el Sur de Estados Unidos, involucró una variedad de estrategias políticas, al igual que todo tipo de violencia.

Es importante reconstruir esta historia, que sirve como un llamado a la moderación cuando existe tanto optimismo, quizás excesivo, sobre la situación del racismo en Estados Unidos. En este artículo me concentraré en el período de la Reconstrucción (1865-1877) que le siguió a la guerra civil. Empezaré con unos comentarios breves acerca de la situación de los afroamericanos en Estados Unidos, continuaré con una discusión de la Reconstrucción y sus efectos jurídicos, me referiré a la forma en la cual la Enmienda fue desarticulada en la práctica y terminaré con unas palabras sobre la situación actual.

I. Una sociedad esclavista

La esclavitud ha existido en casi todas las sociedades humanas y en casi todos los períodos históricos. Los primeros textos jurídicos que conoce la humanidad, provenientes de Mesopotamia, hablan ampliamente sobre la existencia de esclavos. El historiador J. M.

³ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 2 (University Press of Kansas 2001). La magnitud de la democracia norteamericana se ha estudiado desde diferentes perspectivas disciplinares; ver, por ejemplo, Greg M. Nielsen, *For and Against John Rawls: Reflections on South-North Citizenship*, 17 *Fla. J. Int'l L.* 479 (2005). El concepto mismo de la democracia también ha sido objeto de abundante reflexión. Ver, por ejemplo, Max J. Castro, *Democracy in Anti-Subordination Perspective: Local/Global Intersections: An Introduction*, 53 *U. Miami L. Rev.* 863 (1999).

Roberts comenta sobre lo difundido que ha sido el fenómeno y sobre las asociaciones de la esclavitud con la guerra:

Babylon, like every other ancient civilization and many of modern times, rested on slavery. Very possibly the origin of slavery is conquest; certainly slavery was the fate which probably awaited the loser of any of the wars of early history and his women and children, too⁴.

Encontramos esclavos tanto entre los antiguos mayas como entre los antiguos romanos, para nombrar sólo dos sociedades muy diferentes. Más allá de la presencia de los esclavos en una sociedad, nos debemos enfocar en el grado de integración de los esclavos. Una “sociedad con esclavos” es muy diferente a una “sociedad esclavista”, donde todos los aspectos de la vida social pasan a estar asociados con los esclavos. Mark Weiner señala esta distinción en el caso de Estados Unidos⁵, pero la podemos presenciar en otros momentos históricos.

En el período arcaico de la Roma antigua, por ejemplo, existían relaciones relativamente fluidas entre los amos romanos y los esclavos; cuando los esclavos se masificaron a través de la expansión de la República romana, y pasaron a ser el sustento de enormes latifundios, el trato de los esclavos fue tortuoso y ellos respondieron con revueltas sangrientas⁶. Este fue también el cambio que ocurrió en Estados Unidos, y Weiner lo ubica entre 1619 y 1773. En ese momento, dice Weiner, la esclavitud pasó a ser la base de la economía estadounidense, por lo cual la sociedad desarrolló una racionalización compleja sobre el lugar que debían

⁴ J. M. Roberts, *The New Penguin History of the World* 62 (Penguin 2004).

⁵ Mark S. Weiner, *Black Trials: Citizenship from the Beginnings of Slavery to the End of Caste* pt. 1 (Vintage Books 2004).

⁶ Ver, por ejemplo, Elizabeth Rawson, *The Expansion of Rome*, en *The Oxford Illustrated History of the Roman World* 39, 46-47 (John Boardman, Jasper Griffin & Oswyn Murray eds., Oxford University Press 1988).

ocupar los afroamericanos. Estados Unidos se convirtió en una sociedad esclavista.

En el libro *Black Trials*, Weiner describe la trayectoria que debieron seguir los afroamericanos para entrar a formar parte de la comunidad cívica de Estados Unidos. Weiner se concentra en decisiones judiciales que fueron de especial relevancia simbólica, como el caso de la revuelta de Nueva York en 1741, el de James Somerset en Londres en 1771 y el del abolicionista James van Zandt en 1842. A estos casos Weiner los llama *black trials*, y entre ellos cuenta los juicios de los miembros del Ku Klux Klan en Carolina del Sur. Estos juicios dan fe de las vicisitudes experimentadas durante la era de la Reconstrucción.

Antes de pasar a ese momento histórico, detengámonos brevemente en un análisis tripartito del desarrollo jurídico norteamericano que plantea Weiner y que es pertinente para el tema de este artículo. Weiner identifica tres visiones populares del derecho en Estados Unidos y describe su funcionamiento en todos los *black trials* del libro: son las visiones del liberalismo, de la casta y del cristianismo. Las permutaciones de estas tres visiones han determinado tanto la suerte de las partes de los *black trials* como el impacto simbólico de esos juicios en la historia afroamericana. Algunas visiones tienden a dominar sobre otras en ciertos periodos, pero las tres han sido fundamentales en la historia del derecho norteamericano.

La situación jurídica de los afroamericanos antes de la guerra de secesión estuvo controlada por la visión de la casta o, como también la llama Weiner, de la supremacía blanca. Los pronunciamientos jurídicos previos a la guerra reflejan el protagonismo de esa visión. En el caso *Prigg. v. Pennsylvania*⁷, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una norma de Pensilvania que imponía ciertas restricciones a la captura de esclavos fugitivos. La norma formaba

⁷ 41 U.S. 539 (1842)

parte de las leyes que en el Norte eran llamadas “*personal liberty laws*” y que buscaban defender los derechos de los afroamericanos de una interpretación sureña demasiado expansiva sobre la condición de los esclavos. En vista de la decisión del Tribunal Supremo, las garantías otorgadas por los Estados del Norte tuvieron que ceder ante la posición del Sur sobre el trato de los esclavos. En el caso *Dred Scott v. Sandford*⁸, el Tribunal Supremo se refirió a la situación de los afroamericanos al momento de redactarse la Constitución, y lo hizo a través de una frase que ha sido muy citada por la visión peyorativa, que expresa:

They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that *they had no rights which the white man was bound to respect*; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit⁹. [Énfasis suplido]

II. La Reconstrucción

Con la Guerra Civil, la sociedad norteamericana se reorganizó. La participación afroamericana en la guerra fue importante y las declaraciones del presidente, encabezadas por la Proclamación de la Emancipación de 1862, fueron muy significativas para los afroamericanos esclavizados. Victoriosos, los veintitrés Estados de la Unión pudieron imponerles condiciones a los once Estados de la Confederación. Estas condiciones se usaron para reintegrar a los Estados Confederados al país, en un período que se llamó la Reconstrucción.

Los blancos del Sur lucharon para mantener su forma de vida y en particular para conservar la subordinación de los afroamericanos. Tan pronto se callaron los fusiles, y aprovechando una posición extremadamente conciliadora del presidente Johnson, los Estados

⁸ 60 U.S. 393 (1856)

⁹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 407 (1856).

sureños dictaron unas normas que se conocieron como los “*black codes*”¹⁰. Estas normas hablaban sobre algunos derechos nominales para los esclavos liberados, pero buscaron perpetuar una situación de sometimiento político y económico. Por ejemplo, una persona que abandonara su trabajo sin “justa causa” podría ser arrestada y traída a la fuerza a su sitio de empleo. Esta facultad fue usada para mantener a los afroamericanos bajo un estricto control social.

El Congreso federal respondió ante los *black codes* con el *Civil Rights Act* de 1866, cuya ejecución en el Sur fue un fracaso. El Congreso se vio en la necesidad de promulgar normas de mayor alcance. El resultado fue la creación de las Enmiendas XIII, XIV y XV, conocidas colectivamente como las Enmiendas de la Reconstrucción. Ellas fueron complementadas por unas leyes abarcadoras, dictadas entre 1870 y 1872, y llamadas “*Enforcement Acts*”. Muchos de los litigios más famosos sobre temas raciales de la Reconstrucción giraron en torno a estos *Enforcement Acts*, que se convirtieron en el primero código penal que existió a nivel nacional¹¹.

A. Enmienda XV

La Enmienda XV fue de particular importancia. Su texto expresa lo siguiente:

Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.

Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

El texto de la Enmienda pareciera concederle a los afroamericanos el derecho al voto. No lo dice de manera positiva

¹⁰ Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* 382 (3d ed., Touchstone 2005).

¹¹ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 23 (University Press of Kansas 2001).

(“*shall have the right to vote*”, por ejemplo), sino que lo hace de manera negativa (“*shall not be denied*”).¹² En todo caso, el efecto que tuvo la Enmienda XV fue inmediato. Las comunidades afroamericanas recibieron la Enmienda con gran regocijo y, de hecho, esta norma afectó notablemente las elecciones siguientes las cuales reflejaron rápidamente el impacto. En Carolina del Sur, la cámara baja de la Asamblea Legislativa fue casi toda afroamericana y aproximadamente la mitad de la cámara alta fue afroamericana¹³.

El Partido Republicano —un ente que era muy distinto, ideológicamente, a su sucesor contemporáneo— fue el encargado de promover la promulgación y la ejecución de estas enmiendas. No lo hizo de manera totalmente desinteresada, porque también esperaba el rédito político que le ofrecía contar con un grupo de votantes abundante y agradecido¹⁴. En efecto, fue el Partido Republicano el principal beneficiado en las elecciones posteriores a la ratificación de la Enmienda.

Weiner resume los planteamientos anteriores y da una idea de los problemas que se acercaban, al expresar:

The Fifteenth Amendment, ratified in 1870, was aimed at black enfranchisement. ... In theory, the measure provided black men with the most basic privilege of citizenship in a republic: the right to participate in the election of political leaders. It was by no means an act of pure idealism, free of partisan calculation (it was assumed that black voters would constitute an essential base for keeping the Republican Party in power in the South), yet its civic vision could have scarcely been more radical. In 1860, most

¹² Esto no es inusual en el lenguaje constitucional norteamericano, como lo encontramos, por ejemplo, en la Enmienda I (“*abridging the freedom of speech*”).

¹³ Mark S. Weiner, *Black Trials: Citizenship from the Beginnings of Slavery to the End of Caste* 191 (Vintage Books 2004). La *Library of Congress* guarda en sus archivos una imagen muy dicente de esta elección en Carolina del Sur: <http://www.loc.gov/exhibits/odyssey/archive/05/0511001r.jpg>.

¹⁴ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 61 (University Press of Kansas 2001).

blacks lived in a world of absolute political disability. The notion that a largely illiterate servant class, presumably vulnerable to bribery and coercion, would be given a say in determining the composition of their state and national political leadership seemed absurd, indeed dangerous. But by 1870, black men who had been slaves only a few years earlier were placing tickets in ballot boxes¹⁵.

B. *U.S. v. Cruikshank et al.*¹⁶

Una de las primeras respuestas de los blancos del Sur ante esta radical emancipación política de los afroamericanos fue la violencia. En efecto, continuando con una tradición local de tomarse la justicia por sus propias manos¹⁷, surgieron numerosos grupos paramilitares por el Sur del país. El más sonado de ellos fue el Ku Klux Klan, tanto así que mereció una respuesta enérgica del Gobierno Federal que terminó por vencer al Klan en Carolina del Sur¹⁸. No obstante, los blancos del Sur, unidos por un llamado a defender su forma de vida de lo que consideraban una agresión de los Estados victoriosos, perpetuaron todo tipo de actos de barbarie contra los afroamericanos y sus colaboradores. La violencia incluyó torturas, golpizas, amenazas, linchamientos y asesinatos.

En un caso ocurrido en el condado de Grant en Louisiana en 1873, la violencia racial se manifestó a través del asesinato de más de cien afroamericanos, cincuenta de ellos ejecutados a sangre fría mientras eran conducidos por un camino por sus captores blancos¹⁹.

¹⁵ Mark S. Weiner, *Black Trials: Citizenship from the Beginnings of Slavery to the End of Caste* 188-189 (Vintage Books 2004).

¹⁶ 92 U.S. 542 (1876)

¹⁷ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 24-25 (University Press of Kansas 2001).

¹⁸ Estos casos del Ku Klux Klan en Carolina del Sur los describe Mark S. Weiner, *Black Trials: Citizenship from the Beginnings of Slavery to the End of Caste* ch. 8 (Vintage Books 2004).

¹⁹ Este brutal episodio lo describe Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 42-50 (University Press of Kansas 2001).

Nueve de los asesinos fueron llevados a juicio sobre la base de los *Enforcement Acts*. El juicio enfrentó algunas de las dificultades estructurales de ese tipo de casos en la época: por ejemplo, experimentó los grandes problemas administrativos del recién creado Departamento de Justicia, encargado de velar por el cumplimiento de esas normas y también se sometió a la oposición abierta de la gente de la región, que no sólo apoyaba a los agresores sino que intimidaba a los testigos y además llevaba visiones altamente parcializadas a los puestos de los jurados.

El caso finalmente llegó al Tribunal Supremo, bajo el nombre *U.S. v. Cruikshank et al.*²⁰ El Tribunal Supremo aceptó los argumentos de la defensa sobre las limitaciones del ámbito federal en casos electorales, concediéndole un margen amplio a la autoridad de los Estados. También restringió el alcance de las nuevas enmiendas a aquellas actuaciones que fueran hechas por el Estado mismo y no por ciudadanos privados. Declaró, finalmente, que las formulaciones de los cargos habían sido mal hechas, por lo cual declaró absueltos de cargos a los acusados.

C. U.S. v. Reese et al.²¹

Otra táctica usada abundantemente por los blancos del Sur para suprimir el voto afroamericano fue el fraude. El fraude ocurría en muchas formas, como el hurto, la falsificación y el “extravío” de votos. Una maniobra sofisticada era la llamada “*tissue-ballot*”, que consistía en hacer papeletas de votación compuestas de varias papeletas extremadamente delgadas que se separaban al sacudirlas. De esa manera, alguien marcaba una papeleta por el Partido que representaba a los blancos y depositaba el voto en la urna; el individuo que contaba los votos sacudía la caja; el resultado era que

²⁰ *supra*.

²¹ 92 U.S. 214 (1876)

cada voto original se multiplicaba según el número de papeletas que se desprendieron de la papeleta del voto real²².

Otra táctica fraudulenta se enfocaba en los votantes afroamericanos mismos. Como vimos en la cita de Weiner sobre la Enmienda XV, debemos recordar que la gran mayoría de los afroamericanos libres habían sido esclavos hacía muy pocos años, por lo cual su nivel de educación formal era muy bajo. En consecuencia, el porcentaje de afroamericanos analfabetas y pobres era muy alto. Algunos Estados aprovecharon eso y crearon requisitos de votación como el alfabetismo o el pago de un impuesto. En la práctica, estos requisitos, que podrían parecer neutrales, mostraban el sesgo derivado del racismo.

El caso del afroamericano William Garner es un buen ejemplo. Garner quiso participar con su voto en las elecciones de Lexington, Kentucky, en 1873. Cuando intentó pagar el impuesto exigido en la ciudad, el funcionario se negó a recibir el dinero, pero se lo recibió a otros hombres blancos. Garner hizo una declaración jurada en la que dejó constancia de ese hecho. El día de la votación, presentó la declaración jurada cuando los jurados le pidieron constancia de haber pagado el impuesto. Alegando que Garner no había cumplido con el pago del impuesto, los jurados no le permitieron votar. Garner los demandó penalmente, con base en los *Enforcement Acts*.

Este caso llegó al Tribunal Supremo como *U.S. v. Reese et al.*²³ La decisión del Tribunal Supremo fue sustancialmente igual a la del caso *Cruikshank*²⁴: una amplia concesión de autoridad a los Estados en materia electoral, acompañada de una exoneración de los acusados.

²² Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 122 (University Press of Kansas 2001).

²³ *supra.*

²⁴ *supra.*

Dentro del texto de la sentencia, el juez presidente expresó una frase lapidaria: “The Fifteenth Amendment does not confer the right of suffrage upon anyone”²⁵. Recordemos que, en lugar de hacer una afirmación positiva del derecho al voto, el texto de la Enmienda era negativo, limitándose a prohibir su restricción. Con base en ese aspecto, el juez presidente pronunció la frase citada. Dijo que el derecho al voto emanaba de los Estados, no del Gobierno Federal, por lo cual era permitido restringirlo. Lo que había quedado vetado con la Enmienda XV era la posibilidad de restringirlo usando criterios raciales.

D. La década de 1880

Las decisiones del Tribunal Supremo le quitaron mucho ímpetu al esfuerzo por asegurar el voto afroamericano en el Sur. En la década siguiente, algunos pronunciamientos de ese tribunal fueron más alentadores. Por ejemplo, en *Ex parte Yarbrough*²⁶, el Tribunal Supremo retomó la afirmación del caso *Reese*²⁷ según la cual la Enmienda XV no le concedió a nadie el derecho al voto. Ahora la corte concluyó que, si una constitución estatal antes limitaba el sufragio a los blancos, entonces con la Enmienda XV esa limitación se anula y los afroamericanos reciben el derecho al voto por obra de la enmienda. En ese caso, la Enmienda XV “does, *proprio vigore*, substantially confer on the negro the right to vote, and Congress has the power to protect and enforce that right”²⁸.

Sin embargo, esto no fue suficiente para revertir la tendencia. El Congreso promulgó nuevas normas, pero el Partido Demócrata — en ese momento el partido de los conservadores sureños— se afianzó en el poder en los Estados del Sur. El Partido Republicano perdió mucho de su interés en la causa del voto de los afroamericanos. Como lo expresó Goldman:

²⁵ *United States v. Reese et al.*, 92 U.S. 214, 218 (1876).

²⁶ 110 U.S. 651 (1884).

²⁷ *supra*.

²⁸ *Ex parte Yarbrough*, 110 U.S. 651, 665 (1884).

By the 1880s Americans generally were becoming less interested in the ‘Southern question’ and more concerned with economic issues arising out of industrialization²⁹.

Lo que siguió fue una combinación de un marchitamiento de la causa de los derechos de los negros en el Partido Republicano y del surgimiento de un sistema cada vez más organizado para eliminar el sufragio afroamericano. El tipo de sociedad que resultó de esta ingeniería jurídica del Sur estuvo dominada por lo que se conoció como Jim Crow.

III. El fin del voto

Todas las bases ya estaban sentadas para que el voto afroamericano sobreviviera sólo en la tinta de la Enmienda XV. La pieza faltante fue una estrategia finamente calculada para producir medidas que cumplieran con dos exigencias. Primero, debían ser suficientemente neutrales para evadir el rastreo de los jueces. Segundo, debían ser suficientemente discrecionales para despojar del voto a los afroamericanos sin sacrificar a los votantes pobres y analfabetas blancos. Esa pieza se llamó el “*Mississippi Plan*”.

El plan empezó en Misisipi. Fue tan efectivo que la violencia, si bien se siguió utilizando, ya no era necesaria para acabar con el sufragio afroamericano. El Estado de Misisipi promulgó una nueva Constitución Estatal, en la cual le abrió espacio a una serie de medidas con el supuesto fin de garantizar votaciones más justas. Entre las medidas utilizadas, estaban el pago de un impuesto para poder votar, la exigencia de pruebas de alfabetismo, la exigencia de pruebas para demostrar la edad del votante (cuando muchos esclavos liberados no sabían su fecha de nacimiento), la impresión de papeletas de votación confusas (que se debían completar siguiendo reglas ocultas), las dificultades para el registro (por ejemplo, cambios intempestivos en las fechas y los lugares de

²⁹ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 128 (University Press of Kansas 2001).

registro) y la institución de una “*grandfather clause*”. Esta cláusula exoneraba de la prueba de alfabetismo al hombre cuyo abuelo hubiera combatido en el Ejército de la Confederación o, en otra forma de la cláusula, cuyo abuelo hubiera votado en el Sur; era una clara forma de preservar el voto de los blancos analfabetas³⁰.

Goldman comenta sobre el éxito que tuvo este plan, y la rapidez con la que fue asumido por otros estados:

The Mississippi plan became the blueprint for disfranchisement of black voters elsewhere in the South after 1890 because it embodied a ‘cocktail’ approach to removing African Americans from the polling lists. Almost all the southern states would adopt two or more complementary methods to accomplish disfranchisement. They did so by following Mississippi’s method of revising their state constitutions. By making these restrictions part of their fundamental state charters, southerners argued that the restrictions represented the true will of the people of the state³¹.

El Tribunal Supremo resolvió una demanda presentada contra este plan, con base en la Enmienda XIV, en *Williams v. Mississippi*³². Su conclusión fue que no se había demostrado que hubiera “*evil*” en el plan, sino sólo que el mal era posible. En consecuencia, no declaró inconstitucional la Constitución de Misisipi que había hecho posible el plan. Goldman dice que esta sentencia fue tan perjudicial para el derecho al voto de los afroamericanos como lo fue *Plessy v. Ferguson*³³, para la segregación racial. El resultado fue luctuoso, eliminando

³⁰ Ver una discusión más detallada sobre el “*Mississippi Plan*” en Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 134-139 (University Press of Kansas 2001). Ver también Derrick Bell, *Race, Racism, and American Law* 350-353 (6th ed., Wolters Kluwer 2008), Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* 384-385 (3d ed., Touchstone 2005).

³¹ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 136 (University Press of Kansas 2001).

³² 170 U.S. 213 (1898).

³³ 163 U.S. 537 (1896).

progresivamente el ejercicio del derecho a votar. Goldman lo describe de la siguiente manera:

One by one southern states adopted their own Mississippi Plans. The cumulative impact of these various state restrictions and stratagems was irresistible. Although exact percentages are subject to interpretation, it is certain that by the early years of the twentieth century the vast majority of African Americans in the South had lost their right to vote. Over the next two decades that percentage increased steadily, and it is fair to say that by the 1930s almost all African Americans in the South (including women after 1919) could not vote³⁴.

En lugar de una sociedad liberada por la Enmienda XIII, igualada socialmente por la Enmienda XIV y facultada para votar por la Enmienda XV, el resultado fue una sociedad de exclusiones sistemáticas, permitidas por ley. A este sistema se le llamó Jim Crow, y creó universos separados y profundamente desiguales para los afroamericanos y los blancos. Weiner lo resume así: “Intimidation and violence helped whites monopolize political power, and new laws were passed that effectively quashed black voting and established racial segregation, separate and unequal, as the rule in southern society”³⁵.

Esta situación se mantuvo durante buena parte del siglo XX. Los esfuerzos de importantes organizaciones afroamericanas, como la NAACP³⁶, y de individuos con una visión clara y carismática, como Martin Luther King, Jr., fueron determinantes para recuperar el derecho al voto del que alguna vez gozaron los afroamericanos y que les fue negado ante la virulencia de la reacción conservadora.

³⁴ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 141 (University Press of Kansas 2001).

³⁵ Mark S. Weiner, *Black Trials: Citizenship from the Beginnings of Slavery to the End of Caste* 243 (Vintage Books 2004).

³⁶ *National Association for the Advancement of Colored People*, por sus siglas en inglés.

Con el *Voting Rights Act* de 1965 y gracias al compromiso con los derechos civiles tanto de presidentes sucesivos como del Tribunal Supremo, los afroamericanos pudieron recuperar un lugar en las urnas.

IV. ¿El fin de la lucha por el voto?

La sección anterior termina con una nota optimista, que se justifica ante los logros de las últimas décadas. Recordando la tridivisión de la jurisprudencia popular norteamericana propuesta por Weiner, estamos en un momento de ascendencia liberal. El momento de la casta, el de la supremacía blanca, parece haber pasado. La elección de Barack Obama, un presidente de padre africano, debería marcar con fiabilidad el fin del racismo norteamericano.

Sin embargo, las raíces de la jurisprudencia de casta son profundas en la historia de Estados Unidos. Tres elementos, cuando menos, recomiendan la prudencia. En primer lugar, la radicalización de ciertos sectores políticos ante la elección de Obama da señales inequívocas de que muchos de los sentimientos de la sociedad de casta no se han perdido, aunque el desprestigio los había sacado de la luz pública.

En segundo lugar, la problemática racial frente al derecho al voto no ha terminado. Uno de los nuevos objetos del debate es la política de zonificación en las ciudades, pues mediante ella se puede afectar el impacto de los votos afroamericanos en una elección. Este atentado contra el voto es de vieja data en Estados Unidos, donde se conoce como *gerrymandering*, y no es usado solamente contra las minorías étnicas. El Tribunal Supremo se opuso a un uso racista del *gerrymandering* en Alabama en el caso *Gomillion v.*

*Lightfoot*³⁷. Este tipo de litigios continúa en la actualidad, y la posición del Tribunal no ha sido del todo clara³⁸.

Por último, otro nuevo objeto del debate en torno a la raza y el sufragio son las privaciones del derecho a votar que resultan de la comisión de delitos graves. La cantidad de hombres negros en prisión es considerablemente desproporcionada frente a la población total de las correccionales del país. Weiner la describe como un éxodo masivo de los afroamericanos de la comunidad cívica³⁹. Las cifras que trae Goldman a colación son preocupantes y, como él lo subraya, hacen de este tema un problema de rango constitucional:

What makes this a Fifteenth Amendment issue is the fact that a significant percentage of convicted felons in some states are young African-American men. Inmates' rights advocates estimate that almost 13 percent of African-American males can't vote because of felony convictions. In at least one state, Delaware, that figure rises to 20 percent⁴⁰.

Tenemos que guardar cautela, entonces, para evitar que el igualitarismo del presente no se convierta en una parada más de un derecho al voto que se haya tornado pendular.

³⁷ 364 U.S. 339 (1960).

³⁸ Derrick Bell, *Race, Racism, and American Law* 398-409 (6th ed., Wolters Kluwer 2008).

³⁹ Mark S. Weiner, *Black Trials: Citizenship from the Beginnings of Slavery to the End of Caste* 351 (Vintage Books 2004). Ver también Loïc Wacquant, *From Slavery to Mass Incarceration: Rethinking the 'Race Question' in the US*, 13 *New Left Review* 41 (Jan.-Feb. 2002).

⁴⁰ Robert M. Goldman, *Reconstruction and Black Suffrage: Losing the Vote in Reese and Cruikshank* 156 (University Press of Kansas 2001).

El rol del Tribunal Supremo en el discrimen racial

Por: Ausberto Moreno Arocho¹

Introducción

El tema del discrimen racial en los Estados Unidos ha generado grandes debates dentro y fuera del Tribunal Supremo federal. Una de las primeras formas en que se manifestó el discrimen fue con la esclavitud. En los inicios de la Constitución no hubo consenso entre los constituyentes con respecto al tema de la esclavitud. Incluso, se aprobó una cláusula en la Constitución para prohibir al Congreso aprobar legislación relacionada al tema de la esclavitud. Los estados del Sur, con una economía agrícola-esclavista, se vieron pronto confrontados por los estados del norte, ante el eventual desarrollo de la revolución industrial. Luego de la guerra civil, la abolición de la esclavitud y la reconstrucción del Sur, los estados del Sur comenzaron a aprobar legislación que sustituía la esclavitud por la segregación.²

Desde ese entonces, y aún en la actualidad, las clasificaciones raciales y el discrimen racial han confrontado al Tribunal Supremo con un doble rol: por un lado, como ente promovente de la justicia social hacia grupos minoritarios; y por otro lado, al perpetuar el predominio o hegemonía de un grupo sobre otro. Entre estos dos extremos coexisten y convergen diversas interpretaciones y posturas del poder judicial. De igual manera, los grupos minoritarios son muchos y el discrimen contra estos últimos también es muy variado.

Sin embargo, las diversas posiciones del Tribunal Supremo ante estos asuntos, así como las diferencias o similitudes del discrimen racial, étnico o nacional, no forman parte del alcance de este artículo.

¹ Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² Schnapper, *Eric. Perpetuation of Past Discrimination*, 96 Harv. L. Rev. 828 (1983).

La pregunta crítica será, si el Tribunal Supremo, con sus interpretaciones, ha operado en favor de la justicia hacia los grupos minoritarios al interpretar la constitución como una ley viva y cambiante en función de la sociedad y sus necesidades; o si por el contrario, sus interpretaciones han sido una vía para perpetuar un esquema de operación de un grupo de gente sobre otro mediante decisiones técnicamente correctas.

Al hablar de discrimen racial, hay examinar varios aspectos. Primero, el propósito principal de la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, desde su origen, y sus interpretaciones posteriores a favor o en contra de la justicia social hacia distintos grupos minoritarios. En segundo lugar, el tema de la segregación racial: ¿fue complementado con las doctrinas de separados pero iguales (*Separate but equal*) y el ‘escrutinio racional’? ¿Se corrigió con las clasificaciones de *jure v. de facto* y la llamada doctrina de discrimen intencional?³ En tercer lugar; las clasificaciones sospechosas, el análisis de escrutinio estricto para la resolución de controversias constitucionales y la doctrina de necesidad pública urgente “*pressing public necessity*”, ¿habrán respondido siempre a los criterios valorativos de la juridicidad del sistema republicano de poderes consagrado en la Constitución o han servido por el contrario como máscaras para la proliferación de injusticias raciales, étnicas o incluso de grupos nacionales?

Como sabemos, la Constitución Federal de 1787 no contenía una Carta de Derechos. Las primeras diez enmiendas se aprobaron en 1791. Casi ocho décadas mas tarde, en 1868 se aprobó la Enmienda XIV.⁴ La Sección 1 de dicha enmienda reza:

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the

³ Serrano Geyls, Raúl. *Derecho Constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, Vol. 2, 1109-1127, 1ra Edición. (Colegio de Abogados de PR, 1988).

⁴ *Id.* Pág. 20-21.

State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (U.S. Const. amend. XIV § 1).

Aunque dicha enmienda posee varios componentes, incluyendo la cláusula de privilegios e inmunidades y la cláusula del debido proceso de ley, enfocaremos la discusión a la cláusula de igual protección de las leyes.

Luego de aprobada la Enmienda XIV y resueltos los *Slaughter House Cases*, 83 U.S. 36, 120-121, (1872), el Tribunal Supremo comenzó a reevaluar el verdadero significado de la enmienda.⁵ Varias decisiones del Alto Foro reflejaron el propósito común de garantizar a la raza que durante años había sido sometida a la esclavitud, todos los derechos civiles que la raza superior, es decir la no esclava, había disfrutado.⁶

Más tarde, la cláusula de la igual protección de las leyes se utilizó para justificar tratos distintos, basados en el argumento de que el alcance de la cláusula no era abolir las distinciones y las diferencias entre grupos sino más bien garantizar la igualdad preservando las distinciones, dualidad vigente hoy día y bajo el análisis de las teorías actuales de crítica racial.⁷

⁵ *Id.* Caps.10 & 3.

⁶ *Id.* 1110-1111, *Struder v. West Virginia*, 100 US 303, 1980; *Yick Wo v. Hopkins*, 118 US 356, 1886; *Oyama v. California*, 68 S.Ct. 269; *Torao Takahashi v. Fish and Game Commission*, 68 S.Ct. 1138; *Shelley v. Kraemer*, 68 S.Ct. 836; *Fullilove v. Klutznick*, 100 S.Ct. 2758.

⁷ Harris, Angela P. *The Critical Race Theory: Jurisprudence of Reconstruction*, 82 Cal. L. Rev. 741, 760 (1994).

Bajo este análisis se discutió *Plessy v. Ferguson*⁸. En este caso se impugnó la constitucionalidad de un estatuto del estado de Louisiana que ordenaba a los dueños de ferrocarriles ofrecer instalaciones (*acomodations*) iguales pero separadas para los pasajeros de las razas blanca y negra. El Tribunal sostuvo la validez de la ley. Utilizando el análisis de escrutinio racional, la controversia se redujo a si el estatuto de Luisiana era una regulación razonable. El mandato constitucional de “ningún estado puede hacer leyes que infrinjan la igual protección de las leyes”, lo que significaba realmente es si la ley era o no razonable.

Considerando las diferencias marcadas entre los grupos de raza blanca y raza negra, era muy razonable pensar que la separación física evitaría encuentros entre ambos grupos y ayudaría a preservar la paz y el orden público. En su opinión, el juez Brown concluyó que el argumento de los peticionarios de que la separación forzosa de las dos razas colocaba una insignia de inferioridad en la raza negra, era una falacia. La susodicha marginación, según Brown, era producto de un sello autoimpuesto por la propia raza negra y no por la prohibición de ningún estatuto.

We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it.⁹

La pregunta en cuestión es si el propósito del estatuto fue establecer reglamentación de igual aplicación para ambas razas (blanca y negra) o si la intención real fue excluir la gente negra de los asientos asignados para los blancos. El juez Harlan en su opinión disidente aseguró que se trataba de una exclusión para compeler a los

⁸ 163 U.S. 537 (1896)

⁹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896).

negros y no a los blancos. Harlan también planteó la objeción a la invasión a la libertad personal:

If a white man and a black man choose to occupy the same public conveyance on a public highway, it is their right to do so; and no government, proceeding alone on grounds of race, can prevent it without infringing the personal liberty of each.¹⁰

El análisis Harlan plantea, precisamente, que se perpetúa un esquema de operación de un grupo sobre otro mediante decisiones técnicamente correctas. Si bien es cierto que no todo trato desigual es discriminatorio, ya que reconocer diferencias en alguna persona no implica excluirla por sus diferencias, también es cierto que la enmienda XIV se convirtió en una puerta para que los estados pudiesen aprobar desigualdades razonables que de facto discriminaban contra grupos. Durante años, la doctrina de “separados pero iguales” fue utilizada por el Tribunal Supremo en numerosos casos.¹¹ El llamado escrutinio racional no era suficiente. El Derecho vigente debía ser cambiado.

Años mas tarde, en 1944, se utilizó por primera vez la fórmula de escrutinio estricto de una clasificación sospechosa ante ciertas controversias de segregaciones a grupos étnicos. Sin embargo, antes de entrar en la discusión de la temática de segregación a grupos nacionales o a grupos étnicos resulta imperativo hacer un poco de trasfondo histórico.

En el plan de expandir sus influencias políticas y económicas, el gobierno de los Estados Unidos adquirió Hawaïi, Guam y Filipinas. El plan comprendía extenderse también hacia Asia, por lo que el Gobierno estadounidense movió toda su flota del Pacífico de San Diego a Pearl Harbor e impuso un embargo comercial que no permitía la entrada de acero al país. Ante esta situación, el imperio japonés,

¹⁰ *Id.* Mr. Justice Harlan, dissenting.

¹¹ Klarman, Michael J., *The Plessy Era*, 96 Harv. L. Rev. 828 (1983).

que deseaba también conquistar a Asia, decidió atacar la flota de los Estados Unidos en el centro de Pearl Harbor. Así las cosas, se desató la Segunda Guerra Mundial y con ésta, ciertas medidas por parte de los Estados Unidos en aras de mantener la seguridad nacional.

En ese contexto se desarrolló *Korematsu v. U.S.*¹² En este caso se impugnó la validez constitucional de órdenes militares en Estados Unidos, que autorizaron confinar personas de ascendencia japonesa en campamentos bajo vigilancia militar, independientemente que fueran ciudadanos estadounidenses o no. El Tribunal Supremo justificó el uso del escrutinio estricto para clasificar la actividad de privar a un grupo racial de sus derechos civiles como una clasificación sospechosa. Sin embargo, validó las órdenes argumentando que los requisitos del escrutinio estricto se cumplieron porque existía un interés de necesidad de parte del estado (*pressing public necessity*). El Tribunal concluyó que *Korematsu* no fue excluido del área militar por hostilidad hacia él o su raza sino por medidas preventivas de seguridad nacional. El juez Black concluyó:

Korematsu was not excluded from the Military Area because of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures...¹³

La doctrina de clasificaciones sospechosas, dentro de las cuales se ubicó en este caso la clasificación racial, añadió un filtro mayor al antiguo análisis de presunción de constitucionalidad del escrutinio racional. Sin embargo, hay que resaltar dos puntos relacionados al análisis del Tribunal Supremo: (1) ¿Se cumplió en este caso con los requisitos del análisis de escrutinio estricto? (2) ¿Cuál era el estado de situación real del país en términos fácticos?

¹² 323 U.S. 214, (1944)

¹³ *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, (1944).

Las ordenes de exclusión incluían a todo japonés (coreano) sin importar si era o no ciudadano de los Estados Unidos. Lo cierto es que en este caso, el interés real del Estado podía ser al mismo tiempo sobre abarcador (todo coreano) y sub abarcador, ya que las órdenes dejaban a otros grupos afuera, como por ejemplo a los alemanes. No se hizo tampoco una distinción entre la relación de la clasificación con el interés del estado en la seguridad nacional. La decisión se basó principalmente en la llamada necesidad apremiante del estado (*presing public necessity*) fundamentada por el estado de guerra. El juez Murphy en su opinión disidente concluyó que la exclusión de todos los japoneses del territorio no guardaba una relación razonable con el interés del estado de remover el aparente peligro de la invasión:

[H]owever, no reliable evidence is cited to show that such individuals were generally disloyal, or had generally so conducted themselves in this area as to constitute a special menace to defense installations or war industries, or had otherwise by their behavior furnished reasonable ground for their exclusion as a group.¹⁴

Por otra parte, la llamada necesidad pública apremiante se fundamentó en el estado de guerra con la nación japonesa. Sin embargo, el avance de los japoneses se había detenido desde 1942, dos años antes de la publicación de esta opinión. El juez Murphy, desmintiendo la necesidad bonafide de seguridad, citó el reporte final del comandante general a cargo de la operación. “That this forced exclusion was the result in good measure of this erroneous assumption of racial guilt rather than bona fide military necessity is evidenced by the Commanding General's Final Report on the evacuation from the Pacific Coast area”.¹⁵

¹⁴ *Id.* Pág. 236

¹⁵ De Witt, Lt. Gen. J. L. *Final Report, Japanese Evacuation from the West Coast*, 1942. El informe tenía fecha del 5 de junio de 1943, pero no se hizo público hasta enero de 1944. *Id.*

El tema de la segregación racial se discutió luego en el contexto de la educación pública, en los famosos casos consolidados bajo *Brown v. Board of Education*¹⁶. La opinión consolidó cuatro casos de diferentes estados (Kansas, Carolina del Sur, Virginia y Delaware) con una premisa común: minorías de la raza negra fueron privadas de la admisión a escuelas públicas a las que asistían niños blancos. Se impugnó la validez constitucional de las leyes que prohibían la admisión de los niños negros a las escuelas blancas fundamentado en que se violaba la cláusula de la igual protección de las leyes bajo la enmienda XIV. En tres de los estados se denegó el remedio a los peticionarios negros a base de la doctrina “*Separate but equal*” desarrollada en *Plessy v. Ferguson*, *supra*. En Delaware se ratificó también la doctrina, pero se ordenó la admisión de los negros a las escuelas blancas porque se reconoció que las escuelas eran superiores a las de los negros. En casos posteriores, el Tribunal Supremo revocó la doctrina de “*Separate but equal*” y la metodología de análisis del escrutinio tradicional de la mera racionalidad. En *Brown v. Board of Education*, el Tribunal resolvió que el escrutinio tradicional no era suficiente para sostener una clasificación racial; que por el mero hecho de ser racial la hacía sospechosa y que los niños negros debían ser aceptados en las escuelas. Los casos fueron devueltos a las cortes federales para que se supervisase la implementación conforme a la decisión del Supremo. En cuanto a la doctrina de “*Separate but equal*”, el Tribunal señaló que “in the field of public education the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal”.

En el segundo de los casos, *Brown v. Board of Education* II, 349 U.S. 294, se desarrolló el concepto de “*with all deliberate speed*”. El Tribunal reconoció que la implementación total de los principios constitucionales requería solucionar varios problemas locales en cada estado, tales como cambios en la planta física y cambios en leyes. Por esto último, ordenó que se corrigiera la inconstitucionalidad

¹⁶ 347 U.S. 483, (1954)

señalada lo más pronto posible aunque no fuese de inmediato. Las acciones de los estados están definidas en función de la Constitución que le concede los poderes al Estado y al mismo tiempo lo limita con ciertos derechos garantizados a la gente. El Estado posee un interés en la educación, que ocupa la más alta jerarquía, además de ser su función primordial. El poder judicial no podía imponer a los estados la segregación racial en las escuelas porque con eso impediría al estado ejercer su función más importante. Por esta razón, el cambio no podía ser de inmediato. El Tribunal Supremo concluyó que se iba a tolerar solamente la segregación racial absolutamente necesaria para que el Estado lograra su interés gubernamental apremiante en torno a la educación. Esto último añadió un eslabón a la metodología de escrutinio empleada hasta el momento en los casos de igual protección de las leyes. El requisito de interés gubernamental para permitir legislación con clasificaciones raciales sospechosas debía ser ahora el interés de la más alta jerarquía. Por otra parte, la relación entre la clasificación en controversia y el interés del gobierno, ausente como vimos en el caso de *Korematsu*, necesaria para permitir legislación con clasificaciones sospechosas, sería ahora una relación de necesidad.

Ciertamente, la contribución del Tribunal Supremo con la justicia para evitar el discrimen y la segregación racial significó un paso de avance en la lucha de los grupos minoritarios hacia la tan buscada igualdad. Sin embargo, la lucha contra la segregación aún no había concluido. Un caso tal vez meritorio en esa lucha fue *Cooper v. Aron*,. En este caso, se suscitó una situación violenta porque las autoridades de Arkansas obstruyeron un plan de integración racial en las escuelas. El estado arguyó que no estaban obligados por la decisión del Tribunal Supremo en el caso de *Brown, supra*. El Tribunal reiteró la antigua norma de *Marbury v. Madison*¹⁷, de que la ley suprema es la interpretación que hace el Tribunal Supremo de la

¹⁷ 5 U.S. 137, 1803

Constitución y que lo establecido en la Constitución o en las leyes estatales tiene que ser compatible con esa interpretación.

Hoy día, la doctrina vigente para determinar si ocurre discrimen es la llamada doctrina de discrimen intencional. La clasificación discriminatoria puede ser de jure, cuando está expresamente incluida en la ley, o de facto. La clasificación de facto se refiere a las clasificaciones que no están expresas en la ley ni surgen de su aplicación o propósito, pero tienen el efecto de discriminar contra un grupo por razón de las condiciones sociales circundantes. En ambas clasificaciones hay que demostrar que la legislación tiene un propósito discriminatorio, es decir, que es intencional.¹⁸

En *Washington v. Davis*¹⁹, se impugnó la validez constitucional de un examen que se le daba a todos los aspirantes a policía en el Distrito de Colombia para comprobar sus destrezas lingüísticas. El Tribunal Supremo concluyó que la ley establecía una cualificación para empleo racialmente neutral y no podía ser invalidada bajo la cláusula de la igual protección de las leyes por el mero hecho que afectara en proporción a una raza más que a otra. Esta doctrina sigue vigente hoy día con algunas aclaraciones importantes, como por ejemplo que el mero hecho de que el gobierno sepa que su legislación ha de tener un efecto discriminatorio no es suficiente para invalidarla. Para invalidar la ley bajo esta doctrina se requiere demostrar que el gobierno lo hizo por razón de sus efectos discriminatorios y no a pesar de sus efectos discriminatorios. *Rogers v. Lodge*.²⁰ El elemento de la intención discriminatoria, especialmente en las leyes donde la clasificación discriminatoria ocurre de facto y no esta expresa en la ley, crea un impedimento evidenciario considerable para las reclamaciones bajo la cláusula de la igual protección de las leyes.²¹

¹⁸ Serrano Geysls, *supra*. Pág. 1123.

¹⁹ 426 U.S. 229 (1976)

²⁰ *Id.* Pág. 1125

²¹ Johnson, Kevin R., *Race Law Stories: The Story of Whren v. US, Rachel F. Moran and Devon Wayne Carbado's*, (Thomson West 2008).

En *Whren v. U.S.*²², se alegó discrimen racial por discriminar intencionalmente en el arresto selectivo de un par de negros. El Tribunal Supremo criticó que la causa de acción escogida por los peticionarios para reclamar el discrimen no fue la cláusula de la igual protección de las leyes. Sin embargo, según Kevin R. Johnson en *The Story of Whren*, el arresto tal vez no fue legal ni razonable bajo el estatuto del estado, ya que no existía una situación tan grave como para que los oficiales no uniformados detuvieran a los acusados como lo exigía la norma del estado. El argumento de discrimen racial era muy difícil de probar ya que requería probar el estado de ánimo racial en los perseguidores. Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó la convicción. Más allá del problema evidenciario del examen de la intención, autores contemporáneos, como Angela P. Harris, plantean la necesidad de comprender el racismo en el que se basa ese examen.²³

El desarrollo de la jurisprudencia federal bajo el tema de la igual protección de las leyes y el discrimen racial ha ido cambiando a través de los años. En sus principios, luego de la enmienda XIV, las clasificaciones de “*separate but equal*” y la doctrina de “*pressing public necessity*”, tal vez algo aguada en su aplicación, ubicaban al Tribunal Supremo en una posición muy deferente hacia el sistema legislativo y despreocupada por el discrimen racial que pudiera existir hacia los distintos grupos minoritarios. Esa posición deferente del Tribunal, indudablemente dio un giro, aunque muy lento, hacia la protección de los grupos minoritarios en muchas decisiones durante el tiempo de *Brown v. Board of Education*, *supra*.²⁴

Finalmente, la doctrina del discrimen intencional parece hacer regresar al poder judicial hacia la deferencia inicial al sistema legislativo. La doctrina vigente del discrimen intencional, evaluando

²² 517 US 806

²³ Véase Harris, *supra*.

²⁴ Serrano Geyls, *supra*, Pág. 1122.

la totalidad de las circunstancias y los diferentes elementos señalados por Serrano Geyls (discrímenes anteriores, las condiciones socioeconómicas, los hechos pertinentes, la prueba estadística sobre el efecto del discrimen, que como norma general es pertinente pero no concluyente a menos que sea abrumadora) parecen añadir una carga muy difícil al peso de la prueba de los posibles discriminados.²⁵ Tal vez, la doctrina de discrimen intencional asumida es sólo un subterfugio de parte del poder judicial para evitar invadir las fronteras de la separación de poderes y sumergirse en las esferas de gobierno fuera de su competencia, en el intento de remediar años de discrimen racial.²⁶

La raza, el racismo y el discrimen no son factores marginales o colaterales que se resuelvan mediante interpretación de las leyes, sino temas centrales y endémicos en cada sociedad.²⁷ Aunque reconozco que existen muchas excepciones que justifican la doctrina de la intención, coincido en que la doctrina muestra un defecto constitucional existente que tal vez no pueda solucionarse judicialmente.²⁸ Las interpretaciones del poder judicial, que en ocasiones fungieron como remedios a la injusticia social, pululan ahora por el margen de las posiciones deferentes no comprometedoras y alejadas de la frontera prohibida que el sistema republicano de poderes procura conservar. La búsqueda del discrimen intencional por parte del poder judicial podría llevar a los estados a utilizar la doctrina para esconder la intención de discrimen detrás de leyes, que de facto y no de jure redundan en efectos discriminatorios muy difíciles de probar. Por otra parte, el desplazamiento del Tribunal Supremo hacia el lado opuesto de sus interpretaciones, en el afán de hacer justicia social, podría desembocar en un choque con delicado

²⁵ *Id.* Págs. 1125-1126

²⁶ Véase las críticas sugeridas por el Prof. Tribe, reseñadas en Serrano Geyls.

²⁷ Solorzano, Daniel G. & Yosso, Tara J. *Maintaining Social Justice Hopes Within Academic Realities: A Freirean Approach To Critical Race/LatCrit Pedagogy* 78 *Denv. U. L. Rev.* 595, 596 -597 (2001).

²⁸ *Serrano, supra.* Pág. 1126.

balance de poderes del sistema republicano en cuyas bases se construyó la Constitución federal. El remedio parece no ser tan sencillo y la respuesta no tan cercana. Resulta evidente pensar que los constituyentes no podían prever todos los posibles escenarios bajo los cuales se evaluaría la Ley Suprema al momento en que la redactaron. La Constitución es un documento vivo y cambiante, por lo pronto nos corresponde a nosotros, es decir a la comunidad jurídica, desarrollar alternativas para viabilizar el camino hacia la convergencia entre el Derecho y la justicia social.

El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico

Por: Tamara Mizel Ramos Ramos

Mi sueño es conseguir mis metas... recorriendo el camino sin oír lo que la gente habla y con mi mente, tratando de investigar lo que me quiere[n] decir....
... aunque seamos sordos vivimos de igual modo la vida con igual capacidad para lograrlo[...]

Valentina Soto, Poetiza sorda de Argentina –

Introducción

La discapacidad¹ auditiva, comúnmente conocida como sordera, es del conglomerado de las discapacidades que puede sufrir un ser humano, la más incomprendida. Siendo una condición física, es imperceptible a la vista, lo que despoja al individuo que la padece de la típica empatía que los seres circundantes desarrollan hacia las personas que sufren otras discapacidades sí apreciables a simple vista. La sordera es, de las discapacidades, aquella que más empuja al ser humano a la soledad.²

¹ El término "discapacidad" fue aceptado por la Real Academia Española de la Lengua hace diez años. En reconocimiento del gran poder del lenguaje para influir y crear impresiones, National Information Center for Children and Youth with Disabilities, con sede en Washington, D.C., utiliza el término "discapacidad" en todas sus publicaciones. Otros términos quizás más comunes--como, por ejemplo, "incapacidad," "minusválido," e "invalido"--pueden dar a entender que las personas con discapacidades son personas "sin habilidad," de "menor valor," o "sin valor." En comparación, discapacidad quiere decir una falta de habilidad en algún ramo específico. El uso del término reconoce que todos los individuos con discapacidades tienen mucho que contribuir a nuestra sociedad y al mismo tiempo está de acuerdo con cambios similares en el lenguaje de la ley estadounidense. (Véase www.sitiodesordos.com.ar/sordera.htm)

² Véase al respecto Matos,A.L. *Aprende Señas Conmigo, Lenguaje de señas en Español-Inglés*, Segunda Edición, Editorial Raíces, Inc., 1990.

La sordera está definida como “aquella pérdida de audición lo suficientemente severa como para no poder entender una conversación hablada, con o sin el uso de prótesis auditivas”³. Afecta el desarrollo integral del ser humano, pues debido a la limitación en la comunicación, las experiencias que desde la infancia van moldeando y caracterizando al individuo, muy a menudo no le alcanzan, y de hacerlo, en la mayoría de las circunstancias, lo hacen a medias.

De acuerdo a las más recientes estadísticas⁴, uno (1) de cada diez (10) norteamericanos padece de pérdida de audición, lo que significa un total de cerca de 31,000,000 de personas. Del mismo modo, 3 de cada 1,000 niños en los Estados Unidos de América nace con pérdida de audición, lo que significa un total de cerca de 1.4 millones de niños.⁵ Las estadísticas en Puerto Rico deben guardar estrecha similitud a las tendencias mostradas en los Estados Unidos, pero, lamentablemente, es un dato que desconocemos, puesto que desde 1974 no se realiza un censo que nos permita conocer dicha información.

Pese a la numerosa cantidad de personas sordas en Puerto Rico, tanto de niños como de adultos, no existen oportunidades educativas que provean el intercambio adecuado para llenar sus necesidades intelectuales, pues la Isla no cuenta con escuelas especializadas que les permitan alcanzar niveles educativos superiores. Este hecho nos lleva a plantearnos la siguiente interrogante: siendo el derecho a la educación uno de la más alta jerarquía al ostentar rango constitucional, ¿dónde queda el derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico?

³ Id.

⁴ Better Hearing Institute: www.betterhearing.org

⁵ Id.

I. ¿Qué es la sordera?

Para entender la sordera es necesario poseer ciertas nociones básicas de cómo funciona nuestro sistema auditivo. El oído, desde la oreja hasta la corteza del cerebro, está compuesto de tres partes⁶: oído externo⁷, oído medio⁸ y oído interno⁹. El oído convierte las ondas sonoras en vibraciones mecánicas que se transforman en impulsos eléctricos que son registrados por el cerebro. Mediante la audición se aprenden y desarrollan principalmente las destrezas del lenguaje oral y la comunicación.

El sonido es medido en unidades llamadas decibelios (dB) de acuerdo a sus características de volumen o intensidad y su frecuencia (medida en unidades llamadas hertzios, Hz).¹⁰ Las discapacidades auditivas pueden ocurrir por la dificultad o imposibilidad de percibir cualquiera de éstas o ambas.

⁶ ¿Qué es la sordera?

catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lda/espinosa_1_m/capitulo1.pdf

⁷ Id. Aparato de recepción de sonido medio integrado por la oreja (pabellón auricular) y el conducto auditivo externo. La oreja recoge el sonido (vibraciones sonoras) y las transmite a través del conducto auditivo hasta el tímpano (membrana interna).

⁸ Id. Aparato de transmisión y amplificación de las ondas sonoras, formado por la membrana timpánica y una caja llena de aire que contiene a los tres más pequeños huesos articulados: martillo, yunque y estribo. Con el movimiento de estos huesos, las vibraciones sonoras se convierten en vibraciones mecánicas, las cuales son captadas por el oído interno. otra parte importante del oído medio es la trompa de Eustaquio, una válvula que tiene como función equilibrar la presión externa e interna del oído.

⁹ Id. Aparato de percepción y traducción formado por la cóclea (o caracol), en donde las vibraciones mecánicas se transforman en impulsos eléctricos que viajan a través del nervio auditivo hasta el cerebro. La segunda parte del oído interno se llama vestíbulo e incluye los canales semicirculares (sáculo y utrículo) que controlan el equilibrio.

¹⁰ Con el propósito de ilustrar al lector: una gotera - 20 dB; conversación - 50 dB; buldócer - 80 dB; taladro - 100dB; audífonos 110 dB (en volumen 5); rayo - 120 dB (causa daño inmediato); disparo - 140 dB (puede causar dolor en el oído).

A. La sordera y sus causas

“La sordera o hipoacusia es un déficit sensorial que dificulta la adquisición y desarrollo del lenguaje...”¹¹, por lo que es definida como “un impedimento del oído que es tan severo que el niño resulta impedido en procesar información lingüística a través del oído, con o sin amplificación.”¹² La sordera puede ser percibida como una condición que evita que un individuo reciba el sonido.

La pérdida auditiva puede ocurrir en cualquier fase de la vida, afectando a personas de diversas edades, puesto que es causada por diferentes factores en las distintas etapas del desarrollo del individuo¹³, a saber: prenatal¹⁴, perinatal¹⁵ y posnatal¹⁶. La pérdida de la capacidad auditiva es descrita en niveles como leve, moderada, severa o profunda, dependiendo de las intensidades o frecuencias asociadas con el lenguaje que una persona pueda escuchar.¹⁷

¹¹ proyectosfapas.blogspot.com/2008/07/qu-es-la-sordera.html

¹² www.sitiodesordos.com.ar/sordera.htm

¹³ www.geocities.com/asocciegos/sordera1.html

¹⁴ Id. Durante este periodo la sordera se produce por problemas que ocurren en el vientre de la madre. Ejemplos de éstos son infecciones ocurridas durante la gestación (varicela, sarampión, influenza, mononucleosis; se agudiza el riesgo en los primeros dos trimestres del embarazo, momento en el cual el oído está en formación), la ingesta de medicamentos (antibióticos), alcohol, cigarrillo y drogas estimulantes por la madre y predisposición genética (“hijos sordos de padres sordos” ocurre sólo en el 3% de los casos).

¹⁵ Id. Al momento del parto por la ocurrencia de partos anormales. Ejemplo de éstos son la utilización de fórceps, anoxia (falta de oxígeno) durante el parto o partos prematuros.

¹⁶ Id. Incidentes acaecidos después del parto. Ejemplos de éstos son infecciones sufridas durante la niñez (meningitis viral y bacteriana, paperas), medicamentos ototóxicos (uso excesivo de aspirina), caídas o accidentes, exposición excesiva a ruidos, otitis media (inflamación del oído medio si ocurre de manera recurrente, infecciones, rinitis alérgica), enfermedad de Meniere.

¹⁷ Niveles de pérdida auditiva: leve- 26 a 40dB; moderada- 41 a 70dB; severa- 71 a 90dB y profunda- 91dB en adelante.

B. Tipos de sordera

La clasificación de los tipos de pérdida de la capacidad auditiva está basada en la causa de dicha pérdida y la parte del oído afectada. Son cuatro los tipos de pérdida de la capacidad auditiva¹⁸, a saber: conductiva¹⁹ (transmisión de la vibración), sensorineural²⁰ (lesión en el oído interno, medio o cerebro), mixta²¹ (incluye componentes de los dos tipos previamente mencionados) y central²² (el sistema auditivo está intacto pero el cerebro no entiende la señal del sonido).

II. Trasfondo Histórico

A. Historia de la Educación de los Sordos²³

¹⁸ www.sitiodesordos.com.ar/sordera.htm

¹⁹ Id. Son causadas por enfermedades u obstrucciones en el oído exterior o medio (las vías de conducción a través de las cuales el sonido llega al oído interior). Las pérdidas de la capacidad auditiva conductivas usualmente afectan todas las frecuencias del oído uniformemente y no resultan en pérdidas severas. Una persona con una pérdida de la capacidad auditiva conductiva bien puede usar dispositivos acústicos (o aparatos para sordos) o puede ser ayudada por médicos o intervenciones quirúrgicas.

²⁰ Id. Resultan de daño a las delicadas células capilares sensoriales del oído interno o a los nervios que lo abastecen. Estas pérdidas de la capacidad auditiva pueden abarcar desde pérdidas leves a profundas. A menudo afectan la habilidad de la persona para escuchar ciertas frecuencias más que otras. Por lo tanto, aun con amplificación para aumentar el nivel del sonido, una persona con pérdida de la capacidad auditiva de tipo sensorineural puede percibir los sonidos distorsionados, que a veces hacen imposible el uso de dispositivos acústicos.

²¹ Id. Las pérdidas de la capacidad auditiva mixtas se refieren a una combinación de pérdidas conductivas y sensorineurales y significa que ocurre un problema tanto en el oído externo, o medio y el oído interno.

²² Id. Una pérdida de la capacidad auditiva central resulta de daño o impedimento a los nervios o núcleo del sistema nervioso central, ya sea en las vías al cerebro o en el cerebro mismo.

²³ Véase Matos, A.L. *Aprende Señas Conmigo, Lenguaje de señas en Español-Inglés*, Segunda Edición, Editorial Raíces, Inc., 1990.

Cultura de los Sordos: www.cultura-sordos.eu

Previo a profundizarse en el conocimiento de los aspectos relacionados a la discapacidad auditiva se pensaba que los sordos eran personas ineducables. Como consecuencia de la dificultad de comunicarse, eran considerados incapaces de poseer ideas propias, de aprender o de pensar, lo que les convertía en objeto de burla y temor.

Los inicios de la educación de los sordos surgen en España, donde el fraile Pedro de León²⁴, discípulo de Juan de Pablo Bonet²⁵ comenzó a educar a los hijos sordos de familias nobles, enseñándoles a leer, escribir y hablar, de manera que pudieran heredar sus correspondientes fortunas. Se presume que el método de enseñanza utilizado por este fraile era la labiolectura, aunque se conoce que también utilizaba lenguaje de señas en español, latín y hebreo. Para esta etapa el desarrollo de la educación de los sordos se mantiene en secreto. Para el siglo XVI la educación de los sordos se limitaba a un grupo selecto de personas adineradas cuya situación económica les permitía pagar tutores. Es entonces cuando Juan de Pablo Bonet desarrolla el alfabeto manual utilizando sólo una mano, escribiendo luego un libro sobre la educación del sordo.

La educación pública de los sordos dio inicio en Francia y Alemania. En Francia, para el año 1775, Abbe L'Epée fundó la primera escuela pública para sordos. Previo a este momento la educación de los sordos era privada por lo que sólo los sordos de familias adineradas podían educarse. En esta

Franco, D., Jiménez, R., *Representaciones históricas sobre la sordera; entre la deficiencia y la diferencia y el reconocimiento cultural*. (www.scribd.com/doc/13580966/REPRESENTACIONES-HISTORICAS-SOBRE-LA-SORDERA)

²⁴ (1510-1584)

²⁵ Juan Pablo Bonet (1573-1633) era un educador de sordos quien es recordado hoy por la publicación, en 1620, del libro *Reductio de las letras y Arte para enseñar á ablar los Mudos*.

escuela inventó el lenguaje manual, basado en pantomimas naturales, educando a niños sordos para que al crecer fueran maestros de otros sordos. Por esto Abbe L'Epée es considerado el padre del lenguaje de señas moderno. Simultáneamente, en Alemania Samuel Heinicke representaba el oralismo, utilizando la labiolectura, enseñando a niños sordos a leer y a hablar utilizando los labios.

En el siglo XIX, Thomas Hopkins Gallaudet, educador norteamericano, viajó a Francia en busca de mejores técnicas de enseñanza para sus estudiantes sordos. Fue allí donde se nutrió del método desarrollado por L'Epée. A su regreso a los Estados Unidos llevó consigo a Laurent Clerc uno de los discípulos de ese método de enseñanza, convirtiéndose este en el primer educador sordo en América. Posteriormente, en el año 1817, Clerc ayudó a Gallaudet a fundar la American School for the Deaf, primera escuela para sordos en los Estados Unidos de América. Para el año de 1830 ya existían cuatro escuelas de sordos en el país.

Thomas H. Gallaudet falleció en el año 1857. Poco tiempo después, en ese mismo año se fundó el Gallaudet College, primer colegio universitario para sordos y precursor de la Universidad de Gallaudet²⁶, hoy día la única institución en el mundo que ofrece estudios superiores para las personas sordas.

B. Historia de la Educación de los Sordos en Puerto Rico²⁷

En el año 1902, en el pueblo de Aguadilla, Puerto Rico, un grupo de Hermanas del Sagrado Corazón procedente de los

²⁶ La Universidad de Gallaudet se fundó mediante un acta del Congreso de los Estados Unidos firmada por el Presidente Abraham Lincoln.

²⁷ Id.

Estados Unidos, fundó la primera escuela para sordos, con educación predominantemente de señas. Pasados dos años, fundaron el Colegio San Gabriel en el referido pueblo de Aguadilla. En 1910 este fue mudado para el Barrio Cangrejos en Santurce, persiguiendo el propósito de ubicar sus facilidades en el lugar más accesible para toda la población sorda de la Isla.

Basados en que el apostolado de las Hermanas del Sagrado Corazón no era la educación, y las grandes dificultades que el idioma representaba, para el año 1956 el Colegio sufrió un cambio administrativo. Fue para ese entonces cuando las Hermanas Franciscanas de la Inmaculada Concepción, quienes provenían de España, arribaron a la Isla para hacerse cargo de la educación de los sordos, transformando esta en una educación predominantemente oralista.

En el año 1959, misioneros evangélicos provenientes de Canadá fundaron, en el Municipio de Luquillo, la Escuela Evangélica para sordos, la cual hace uso total de la comunicación en el idioma inglés.

III. ¿Quién es el Sordo?

A. El sordo y su cultura

Las personas con discapacidad auditiva no ven su condición como un impedimento, puesto que se ven a sí mismos como un grupo minoritario dentro del contexto de su propio país. Ésta es una característica que les brinda sentido de unidad en su comunidad. La Comunidad Sorda es un grupo cultural el cual comparte experiencias, inquietudes y

lenguaje.²⁸ La fuerza vinculante común de este grupo cultural lo es su lenguaje, siendo este el lenguaje de señas.

La Comunidad Sorda es un grupo cultural-lingüístico distintivo que posee sus propias costumbres, hábitos, modos de pensar y valores que le identifican como grupo cultural único.²⁹ Los integrantes de la Comunidad Sorda muy a menudo identifican a los compañeros de clase como “familia” y en ocasiones éstos son para ellos mucho más cercanos que los familiares biológicos oyentes.

Por razón del lenguaje, la cultura y la comunicación que comparten entre sí valoran mucho el pasar tiempo con otros sordos y en múltiples instancias el pasar tiempo con oyentes les parece aburrido, frustrante o una pérdida de tiempo. Del mismo modo valoran la oportunidad de aprender en un contexto de sordos, con maestros sordos y rodeados de otros estudiantes sordos puesto que nadie entiende a un sordo como otro sordo.

B. El sordo y su lenguaje³⁰

La Comunidad sorda de cada país posee un sistema de comunicación completo: el Lenguaje de Señas. Este es un lenguaje visual que emplea signos realizados con las manos así como posturas, movimientos corporales y expresiones faciales. Al ser un lenguaje visual el cerebro procesa la información recibida a través de los ojos en lugar de los oídos. Por tal razón las expresiones faciales y los movimientos corporales representan un rol fundamental en la transmisión de información puesto que, aunque puede expresarse sin éstos, el mensaje recibido puede ser confuso.

²⁸ www.culturediversity.org/deaf.htm

²⁹ www.doorinternational.com/hearing/deaf-culture

³⁰ Id.

El Lenguaje de Señas por sí solo no es un lenguaje universal puesto que cada región posee sus señas típicas y características. No sigue el orden o proceso de pensamiento del lenguaje hablado o escrito y tal como ocurre con cualquier lenguaje hablado, es uno en constante evolución con sus propias reglas gramaticales que se acomodan a las necesidades de sus usuarios. Los integrantes de la Comunidad Sorda aprenden el Lenguaje de Señas de otros países con gran rapidez debido a que éstos comparten la base gramática y visual. A menudo el lenguaje escrito y hablado es mantenido como un segundo idioma.

IV. El ordenamiento jurídico referente al derecho a la educación de todo individuo en Puerto Rico

A. Disposición Constitucional

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en la Sección 1 del Artículo II de la Carta de Derechos establece:

La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la Ley. No podrá establecerse discriminación alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas y religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana.³¹

Igualmente, la Sección 5, *supra*, establece:

Toda persona tiene derecho a una educación que propenda al pleno desarrollo de su personalidad y al fortalecimiento

³¹ CONST. P.R., ART. II § 1 CARTA DE DERECHOS.

del respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.³²

Previo a la aprobación de las antes transcritas disposiciones se desarrolló un serio debate en las sesiones de la Asamblea Constituyente³³. En esos debates se argumentaron razones de índole económica, vacilándose en consignar constitucionalmente como un deber del Estado el ofrecer a los niños un mínimo de educación. Finalmente prevaleció, en diáfana disposición constitucional, el deber del Estado de proveer a todo individuo de una educación plena que propenda al máximo desarrollo integral de su persona y capacidad así como el que dicha educación encarne el principio esencial de la dignidad humana. Igualmente prevaleció el derecho que tiene todo individuo de recibir dicha educación.

B. Disposiciones de Ley Federal

En el año 1975 el Congreso de los Estados Unidos aprobó el *Education of the Handicapped Act of 1975*,³⁴ donde se estableció una definición de lo que era un niño con discapacidad. Al respecto, en términos generales, el inciso tres (3) dispuso:

(A) In general. The term "child with a disability" means a child--

(i) with mental retardation, hearing impairments (including deafness), speech or language impairments, visual impairments (including blindness), serious emotional

³² CONST. P.R., ART. II § 5 CARTA DE DERECHOS.

³³ 3 de enero de 1952 Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente, 41 día de sesiones.

³⁴ 20 U.S.C. §1401 *et seq.* En español Acta de 1975 para la Educación de los Impedidos.

disturbance (referred to in this title as "emotional disturbance"), orthopedic impairments, autism, traumatic brain injury, other health impairments, or specific learning disabilities; and

(ii) who, by reason thereof, needs special education and related services.³⁵

A la par, el acta definió el concepto de “*adecuada educación pública libre de costo*” como una educación especial que abarca una serie de servicios relacionados³⁶, tales como:

(A) have been provided at public expense, under public supervision and direction, and without charge,
(B) meet the standards of the State educational agency,
(C) include an appropriate preschool, elementary, or secondary school education in the State involved, and
(D) are provided in conformity with the individualized education program required under section 1414(a)(5) [of this title].³⁷

El espíritu inspirador de esta legislación poseyó como Norte la creencia de que era imperativa la implementación de un vehículo que asegurara la igual protección de las leyes a los menores discapacitados a través de los Estados Unidos, garantizando que éstos tuvieran a su alcance servicios educativos apropiados.

³⁵ 20 U.S.C. §1401 *et seq.*

³⁶ Traducción nuestra. Las palabras textuales de la Ley disponen lo siguiente: “The Act defines a “free appropriate public education” as special education and related services...”

³⁷ 20 U.S.C. §1401(18).

De modo que al aplicar las transcritas disposiciones de la ley federal a la controversia que motiva el presente escrito contemplamos que las personas con discapacidad auditiva (o sordas) están cobijadas dentro del marco de la definición provista en la ley concerniente a los niños con discapacidad. Igualmente, la referida legislación clara e inequívocamente estableció como requisito que la educación de los sordos debe abarcar desde los niveles preescolares hasta los secundarios, ser de conformidad con un programa individualizado y debe ser provista por el Estado a expensas del erario público.

Posteriormente, el 26 de julio de 1990, fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos la ley federal que protege los derechos de los norteamericanos con discapacidades³⁸. La Sección 12102 de esta ley establece:

The term "disability" means, with respect to an individual
(A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual;
(B) a record of such an impairment; or
(C) being regarded as having such impairment.³⁹

De este modo, al establecer como discapacidad cualquier condición física o mental que limite de manera sustancial las actividades cotidianas del individuo se simplificó la definición del término discapacidad. Sin embargo, fue añadida la exigencia de documentación concerniente a dicha discapacidad.

C. Disposiciones de Ley de Puerto Rico

³⁸ (Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §§ 12101-12213, Ley ADA por sus siglas en inglés).

³⁹ 42 U.S.C. § 12102.

a. Ley de Servicios Educativos Integrales para Personas con Impedimentos⁴⁰

En Puerto Rico la legislación análoga al Acta, *supra*, aprobada por el Congreso norteamericano en la década de los setenta es la Ley de Servicios Educativos Integrales para Personas con Impedimentos, *supra*. Esta ley definió “impedimento” como “[c]ualquier condición física, mental o emocional que limite o interfiera con el desarrollo o la capacidad de aprendizaje de la persona.” De la misma manera, caracterizó a la persona con impedimentos del siguiente modo:

Infantes, niños, jóvenes y adultos hasta los veintiún (21) años de edad, inclusive, a quienes se les ha diagnosticado una o varias de las siguientes condiciones: retardación mental, problemas de audición incluyendo sordera, problemas del habla o lenguaje, problemas de visión incluyendo ceguera, disturbios emocionales severos, problemas ortopédicos, autismo, sordo-ciego, daño cerebral por trauma, otras condiciones de salud, problemas específicos de aprendizaje, impedimentos múltiples; quienes por razón de su impedimento, requieran educación especial y servicios relacionados. Incluye también retraso en el desarrollo para los infantes desde el nacimiento hasta los dos (2) años inclusive.⁴¹

Esta legislación igualmente exige la creación de un plan de desarrollo individualizado⁴², basado en las evaluaciones efectuadas por un equipo multidisciplinario de diversos profesionales de la educación. Este plan debe responder a las necesidades educativas particulares de la persona y en su desarrollo se debe incluir la participación de los padres del

⁴⁰ Ley Núm. 51 de 7 de Junio de 1996, 18 L.P.R.A. § 1351 *et seq.*

⁴¹ 18 L.P.R.A. § 1351.

⁴² Llamado Programa Educativo Individualizado (P.E.I.).

individuo y, en aquellos casos en los que sea posible, al individuo mismo. El proceso educativo especial debe estar apoyado de los servicios de salud necesarios para desarrollar al máximo el potencial de las capacidades de la persona con discapacidad.

En la Ley de Servicios Educativos Integrales para Personas con Impedimentos⁴³, el deber de educador del Estado se abona al disponerse que:

El Gobierno de Puerto Rico se reafirma en su compromiso de promover el derecho constitucional de toda persona a una educación gratuita que propenda al "pleno desarrollo de su personalidad y al fortalecimiento del respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales". Para el logro de este propósito se trabajará conjuntamente con la familia, ya que el desarrollo integral de la persona con impedimentos debe estar enmarcado en su contexto familiar.⁴⁴

En síntesis:

Forma parte de esta política pública sobre las personas con impedimentos, hasta donde los recursos del Estado lo permitan, garantizar:

(1) Una educación pública, gratuita y apropiada, en el ambiente menos restrictivo posible, especialmente diseñada de acuerdo a las necesidades individuales de las personas con impedimentos y con todos los servicios relacionados indispensables para su desarrollo, según se establezca en su plan individualizado de servicios, y lo más cerca posible de las demás personas sin impedimentos. Esto aplica tanto a las escuelas públicas del Departamento de Educación como a las Escuelas de la Comunidad bajo la administración del Instituto de Reforma Educativa.

⁴³ *supra*.

⁴⁴ 18 L.P.R.A. §3152.

- (2) Un proceso de identificación, localización, registro y una evaluación por un equipo multidisciplinario debidamente calificado de todas las personas con posibles impedimentos, dentro o fuera de la escuela, desde el nacimiento hasta los veintiún (21) años de edad inclusive.
- (3) El diseño de un Programa Educativo Individualizado (PEI) que establezca las metas a largo y corto plazo, los servicios educativos y los servicios relacionados indispensables según lo determine el equipo multidisciplinario.
- (4) La confidencialidad de toda información personal.
- (5) Un sistema sencillo, rápido y justo de ventilación de querellas.
- (6) La participación de los padres en la toma de decisiones en todo proceso relacionado con sus hijos.
- (7) Una alta prioridad en los esfuerzos de carácter preventivo para reducir la incidencia de impedimentos en las personas.
- (8) Actividades que promuevan la inclusión de las personas con impedimentos y de su familia a la comunidad.⁴⁵

Queda meridianamente establecido que las personas con discapacidades tienen derecho a que se les garantice igualdad de derechos que aquellas sin discapacidades y a recibir por parte del Estado⁴⁶ una apropiada educación especial cónsona con sus necesidades individuales, particulares e idiomáticas.⁴⁷

⁴⁵ Id.

⁴⁶ 18 L.P.R.A. § 1356

(2) Departamento de Educación.

(A) El Secretario de Educación por conducto de la Secretaría Auxiliar de Servicios Educativos Integrales para Personas con Impedimentos será responsable de implantar la política pública enunciada que orientará la gestión programática de la Secretaría en materia de educación especial.

(B) Proveer los servicios de educación adaptados a las personas con impedimentos en el sistema público.

(C) Ser responsable por el adecuado funcionamiento de los programas educativos especializados establecidos bajo la administración de las distintas agencias, departamentos e instrumentalidades del Gobierno de Puerto Rico.

b. Carta de Derechos del Niño⁴⁸

La Carta de los Derechos del Niño, en su capítulo dieciocho, expresa la obligación y responsabilidad del Estado de velar por el desarrollo y bienestar de los menores de nuestro país, estableciendo a su vez los derechos que posee todo niño. Es responsabilidad del Estado lograr que todos los niños del país alcancen su máximo desarrollo, garantizándoles los derechos consagrados constitucionalmente, así como aquellos extendidos por las leyes y los reglamento. Al respecto, la Carta de Derechos del Niño dispone:

(19) Que se [le] provean los servicios necesarios en caso de incapacidad o por necesidades especiales de su condición de salud. [...]

(22) Que el sistema educativo [le] facilite el desarrollo de su personalidad y el desarrollo óptimo de sus habilidades físicas y mentales, que le prepare no solo en los aspectos académicos, sino para su función en la sociedad hasta donde las facilidades del Estado lo permitan.

(D) Constituir el Comité Consultivo que se crea en la sec. 1357 de este título y asegurar que sus funciones se cumplan.

(E) Mantener un programa de capacitación profesional y educación continua de los recursos humanos.

(F) Establecer los requerimientos académicos mínimos de educación especial necesarios para obtener una licencia regular de maestro.

(G) Asegurar la disponibilidad y mantenimiento de las instalaciones físicas necesarias para el ofrecimiento de los servicios educativos y relacionados a la población escolar con impedimentos.

(H) Asegurar que todos los Programas y Servicios bajo el Departamento de Educación estén disponibles para las personas con impedimentos en igualdad de condiciones con todos los demás estudiantes del sistema, según se determine apropiado.

(I) Compartir con la Secretaria Auxiliar aquellos recursos necesarios disponibles en las otras dependencias del Departamento para evitar la [duplicación].

⁴⁷ 18 L.P.R.A. §1353.

⁴⁸ Ley Núm. 338 de 31 de diciembre de 1998, 1 L.P.R.A. § 412

De modo que el deber ministerial no se limita a la fase académica del desarrollo óptimo de la personalidad y las capacidades, tanto físicas como mentales, de aquel que sufre alguna discapacidad, sino que dicho proceso académico debe propender al desarrollo integral del individuo en preparación a su incursión e integración en la sociedad.

c. Carta de Derechos de la Persona con Impedimentos⁴⁹

El Artículo 2 de la Carta de Derechos de las Personas con Impedimentos define lo que la ley considera una “persona con impedimentos”⁵⁰:

Para efectos de este capítulo, el término “persona con impedimentos” se refiere a toda persona que tiene un impedimento físico, mental o sensorial que limita sustancialmente una o más actividades esenciales de su vida; tiene un historial o record médico de impedimento físico, mental o sensorial; o es considerada que tiene un impedimento físico, mental o sensorial.

Esta disposición estatutaria es idéntica a su homóloga federal por lo que puede inferirse que tal duplicidad legislativa provee una protección suplementaria a nivel estatal. Ambos estatutos propenden a que los niños con discapacidad reciban por parte del Estado una educación de calidad cónsona con sus necesidades individuales.

D. Disposiciones jurisprudenciales

a. Jurisprudencia federal

⁴⁹ Ley Número 238 del 31 de agosto de 2004, según enmendada 1 L.P.R.A. § 512.

Hace más de medio siglo fue establecida en *Brown v. Board of Education*⁵¹ la normativa, aun vigente el día de hoy, referente a la educación. En esa ocasión el Tribunal Supremo de los Estados Unidos expresó:

Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms.⁵²

De este modo quedó establecido por vía jurisprudencial lo que años más tarde se dispondría por vía legislativa. A saber, que es de la más alta importancia y un deber básico del mayor grado el que el Estado, en una sociedad democrática como en la que pretendemos vivir, al desempeñar su rol de *parens patriae*, provea de la más alta educación a sus ciudadanos. Ésta es la herramienta principal en la forjación de valiosos ciudadanos, con elevados valores morales y culturales y quienes en el futuro se convertirán en entes sociales provechosos.

⁵¹ 347 U.S. 483(1954)

⁵² Id.

En los años posteriores a la resolución de *Brown*⁵³, las cortes tomaron la determinación tradicional de garantizarles a las juntas escolares la prerrogativa de denegarles la admisión a las escuelas públicas a aquellos niños con discapacidades, así como también la autoridad de establecer estándares de progreso para la continuidad de éstos en las mismas.⁵⁴

Diversas determinaciones de la las cortes, así como disposiciones legislativas -tal como expusieramos previamente- han ordenado la inclusión de todos los niños en un sistema educativo adecuado y de calidad. Estos mandatos incluyen a aquellos niños que padecen alguna discapacidad. En *Pennsylvania Association for Retarded Children (P.A.R.C.) v. Commonwealth of Pennsylvania*⁵⁵ las cortes federales reafirmaron el derecho a un debido proceso de ley y a la igual protección de las leyes que provee la décimo cuarta enmienda constitucional al campo de la educación especial.⁵⁶

A pesar de que esta determinación obligó únicamente a las partes envueltas en el litigio provocó posteriores litigios de clase llevados en representación de diversos tipos de niños excepcionales, asegurándoles una educación adecuada de acuerdo a sus necesidades particulares. Posteriormente, en *Mills v. Board of Education of the District of Columbia*⁵⁷, se expandió la noción creada en P.A.R.C. abarcándose a todos los niños con discapacidad.

La obligación del Estado de proveer iguales oportunidades educativas para cada niño abarca el que éstas sean continuas y

⁵³ *supra*

⁵⁴ Hudgins, Jr., H.C., Vacca, R.S., *Law and Education Contemporary Issues and Court Decisions*, Lexis Publishing (1999), p. 333.

⁵⁵ 334 F. Supp. 1257(1971).

⁵⁶ Hudgins, Jr., H.C., Vacca, R.S., *Law and Education Contemporary Issues and Court Decisions*, Lexis Publishing (1999), p. 333.

⁵⁷ 348 F. Supp. 866 (1972)

provean para la igualdad en el desarrollo de destrezas idiomáticas y de comunicación. Dicha norma fue establecida en *Lau v. Nichols*⁵⁸, donde se expresó que “there is no equality of treatment merely by providing students with the same facilities, textbooks, teachers, and curriculum.”⁵⁹ El desarrollo de las destrezas básicas de comunicación está en la superficie de una adecuada educación. Sería un sin sentido el exigir que el estudiante participe efectivamente del programa educacional sin haber adquirido las destrezas de comunicación que le permitirán comprender a cabalidad y de manera significativa lo enseñado en clase.

De modo que “...failure to provide educational opportunity for handicapped children is a constitutional violation. As such, depriving the handicapped... of a “meaningful educational opportunity would be just the sort of denial of equal protection which has been held unconstitutional...”⁶⁰ Por lo tanto, todos los niños tienen derecho, protegido tanto por la ley como por la Constitución, a recibir del Estado una educación que propenda al mejor desarrollo de sus capacidades. Todos, incluidos aquellos con discapacidades.

En *Rowley v. The Board of Education of the Hendrick Hudson Central School District*⁶¹, se present la controversia que requería definir el concepto de educación apropiada (“appropriate education”) requerido en la ley. Amy Rowley es una niña con discapacidad auditiva que desde kindergarten asiste a una escuela para oyentes. Es muy inteligente y excelente lectora de labios. Se le han provisto servicios de tutorías y ha pasado de grado en grado con el promedio de los

⁵⁸ 414 U.S. 563 (1974).

⁵⁹ Id.

⁶⁰ *In Re G.H.*, 218 N.W. 2d 441 (1974).

⁶¹ 632 F.2d 945; 1980

estudiantes. Luego de unos años sus padres solicitaron al personal de la escuela que en sus clases le proveyeran a Amy el servicio de un intérprete de lenguaje de señas para así desarrollar al máximo las capacidades de la niña. Esta solicitud fue denegada por lo que los padres de la menor presentaron un recurso en los tribunales.

En la resolución del caso, al interpretarse la voluntad congressional al momento de redactor la ley se expresó:

According to the definitions contained in the Education of the Handicapped Act (act)..., a "free appropriate public education" consists of educational instruction specially designed to meet the unique needs of the handicapped child, supported by such services as are necessary to permit the child "to benefit" from the instruction. Almost as a checklist for adequacy under the act, the definition also requires that such instruction and services be provided at public expense and under public supervision, meet the state's educational standards, approximate the grade levels used in the State's regular education, and comport with the child's individualized education program. Thus, if personalized instruction is being provided with sufficient supportive services to permit the child to benefit from the instruction, and the other items on the definitional checklist are satisfied, the child is receiving a "free appropriate public education" as defined by the act.

El Tribunal interpretó que al Acta requería que el estudiante se beneficiara de la instrucción recibida, por lo que determinó no era necesario proveer un intérprete de lenguaje de señas y que la escuela había cumplido con lo dispuesto en el Acta puesto que Amy se benefició en algún grado de la educación recibida. La interpretación judicial en lo concerniente a una educación adecuada fue una laxa, requiriéndose solamente proveer al discapacitado con una

educación básica, que impacte de algún modo, aunque no desarrolle al máximo las capacidades del individuo.

El caso *Visco v. School District Of Pittsburgh*⁶², es uno que simboliza y representa la deficiencia nacional en lo referente a la educación de las personas con discapacidad auditiva. Este caso refleja la realidad existente en la década de los ochenta, y se observa con aflicción que pasados veinte años desde su resolución dicha realidad no ha variado. En dicho caso se reclamó por violentarse el derecho a recibir una educación adecuada al la escuela no contar con maestros que poseyeran las habilidades funcionales y lingüísticas que los menores específicamente requerían en su educación al ser sordos con padres sordos. En lo pertinente el Tribunal expresó:

...the Act represents an ambitious federal effort to promote the education of handicapped children, and was passed in response to Congress' perception that a majority of handicapped children in the United States were either totally excluded from schools or were sitting idly in regular classrooms awaiting the time when they were old enough to "drop out."... According to Section 1412(5) of the Act, States must educate handicapped children with children who are not handicapped, however, Congress also "recognized that regular classrooms simply would not be a suitable setting for ... many handicapped children." Congress certainly did not intend to place handicapped children in a least restrictive environment and thereby deny them an appropriate education.[...] This court firmly believes it is far better to prepare the handicapped to function in society as ordinary adults via special schools ... rather than mainstreaming a youngster now with the possibility of producing an adult who might have to rely on

⁶² 684 F. Supp. 1310, (1988).

social services later because he or she cannot communicate effectively.

De lo anterior queda meridianamente claro que no basta con proveer de los conocimientos básicos, es necesario que las capacidades que la persona con discapacidad auditiva desarrolla durante su educación le preparen efectivamente para su integración en la sociedad durante la edad adulta.

b. Jurisprudencia estatal

La jurisprudencia en Puerto Rico referente a la educación es escasa y no se ha definido expresamente el alcance de este derecho constitucional. En *Bonilla v. Chardón*⁶³ se unos estudiantes sordomudos del programa especial fueron trasladados sin razón de una escuela intermedia a una escuela elemental. Esta última no disponía de los recursos físicos o humanos para ofrecer la educación que estos estudiantes requerían. Les fue asignada una maestra sin preparación pedagógica y fueron enviados a una covacha sin habilitar, con poca ventilación e iluminación para que la utilizaran como salón de clases. Al mismo tiempo fueron segregados del resto de los estudiantes mediante un portón que impedía su interacción y se les privó de servicios remediales como terapia del habla, equipo audiológico, transportación, educación física, entre otros.

El Tribunal Supremo sólo resolvió si correspondía la compensación por los daños sufridos por los menores. En cuanto al derecho a la educación expresó:

Así deslindado el campo de esta opinión, nos abstenemos prudencialmente de considerar en abstracto el ámbito del

⁶³ 118 D.P.R. 599; 1987

derecho a la educación bajo la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico por prevalecer una norma de autolimitación judicial.

Posteriormente fue resuelto *Rivera v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico*⁶⁴, donde se expresó:

Recientemente, en *Bonilla v. Chardón*, 118 D.P.R. 599 (1987), estudiamos el alcance de la Ley Federal de Educación para Niños con Impedimentos, ... y de su equivalente en Puerto Rico, la Ley del Programa de Educación Especial,... Ambos estatutos reconocen el derecho de los niños con impedimentos físicos a tener acceso al sistema de instrucción pública mediante un plan de enseñanza individualizada que atienda las necesidades de cada uno. Estas leyes constituyen parte de un ambicioso esfuerzo de los gobiernos de Estados Unidos y de Puerto Rico para promover la educación de niños con impedimentos.

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia ha respetado el mandato legislativo. Sin embargo, lo que en la teoría ha parecido ser la solución a un problema de grandes dimensiones y consecuencias, en la aplicación no ha resultado ser del todo efectiva. Si bien la ley pretende proveer de una educación de calidad que propenda al desarrollo máximo de las capacidades del individuo, en la práctica sólo se provee, en el mejor de los escenarios, de una educación básica sin más.

V. Análisis jurídico.

Aun en la actualidad las personas que sufren discapacidad auditiva son vistas como inferiores a aquellas que no padecen ninguna o “normales”. Son tratados con lástima y se posee la errónea percepción de que no pueden lograr aquellas cosas

⁶⁴ 121 D.P.R. 582, 1988

que los “normales” si pueden. En gran número de ocasiones la “discapacidad” es producida por el marco y la estructura social convirtiéndose ésta en sinónimo de exclusión, por la carencia de medios que provean la igualdad de circunstancias para tener acceso a igualdad de oportunidades. “La idea de que los problemas de la discapacidad son sociales más que individuales, y de que emanan de la opresión que ejerce la sociedad, más que de las limitaciones de los individuos, constituye una parte esencial del proceso de desarrollo de una compensación adecuada de las respuestas sociales a la discapacidad.”⁶⁵

En nuestro país la educación está regulada tanto por la ley federal como por la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico que definen el papel del Estado como principal responsable en asegurar el ejercicio del derecho básico de la educación. Así se fue organizando un sistema de educación centralizado, con el reconocimiento de la obligación del Estado de asegurar que el derecho a la educación se hiciera efectivo sosteniendo y financiando el sistema.

Tal y como invariablemente ha expresado la jurisprudencia previamente discutida, el fin principal de proveer a las personas con discapacidad auditiva de una adecuada educación que propenda al desarrollo máximo de su potencial individual es prepararle para la futura integración a la sociedad, y en consecuencia, para la vida. En teoría existen el mandato constitucional y las leyes para cumplir dicho objetivo. Sin embargo, la práctica nos muestra una realidad diferente.

En la actualidad existe un gran porcentaje de sordos que no están siendo adecuadamente preparados para esa

⁶⁵ Muñiz, M., *Menores con discapacidad en Puerto Rico*, Publicaciones Puertorriqueñas Editodes, (2006), p.34.

integración y no existe ninguna razón para ello.⁶⁶ A pesar de la existencia del derecho a la educación este está siendo ultrajado. “Aun cuando el derecho a una educación pública, gratuita y apropiada está previsto por ley, muchas veces los padres y madres deben salvar múltiples obstáculos para que sus hijos e hijas con impedimentos logren la integración o inclusión en la corriente regular. En definitiva, esto significa que, aunque se trate de un derecho previsto, no está garantizado...”⁶⁷

Para el sector poblacional que comprende a las personas con discapacidad auditiva, tanto la Constitución como las leyes durante décadas han sido letra muerta. A pesar de ello es menester devolverle la vida a estas letras. La existencia para estos individuos puede y debe ser igual que para aquellos que oyen. No existe razón para que un sordo no alcance todo aquello que un oyente logra alcanzar. Una adecuada educación es la vía para lograrlo.

VI. Conclusión

El problema de las carencias educativas que están sufriendo los menores con discapacidad auditiva es sumamente serio, por lo que no debe ni puede ser ignorado. Es imperativo realizar mejoras y reformas masivas para mejorar la calidad educativa de modo que se adecúe el sistema educativo para lograr la igualdad e integrar efectivamente a este sector marginado de nuestra sociedad. Esto puede ser logrado mediante la aplicación efectiva del mandato constitucional y de las leyes. Igualmente, los integrantes de la Comunidad Sorda deben ser escuchados, manteniéndonos como aprendices, escuchando atentamente, para entender de la mejor manera como desarrollar el

⁶⁶ Visco v. School District Of Pittsburgh, 684 F. Supp. 1310 (1988).

⁶⁷ Id. p.204.

ambiente en que éstos deben aprender, crecer y desarrollar al máximo grado sus capacidades.

Puede a algunos parecer la presente propuesta una fantasiosa e ilusoria, tal vez rayando en lo utópico, contemplado a la luz de la precaria situación moral, económica y social que atraviesa la sociedad puertorriqueña y la mundial. Sin embargo, la vida y su realidad nos han mostrado que es preciso, necesario y justo el soñar en grande e imponernos metas altamente retantes. Cosas impensables ocurren...: el hueco en la capa de ozono disminuye, un político con la pérdida de la presidencia ganó la paz y en las elecciones presidenciales de EU el candidato de la raza negra salió electo.

El deambulante como sujeto de derecho

Por: Michelle Barada Castro¹

Introducción

Se les conoce como “deambulantes”, “mendigos” o “los sin techo” a aquellas personas que carecen de una residencia fija, regular o adecuada o cuya residencia sea un albergue ya sea público o privado. De acuerdo al “Stewart B. MC Kinney Act” de 1987,² legislación que asigna los fondos para implementar políticas y programas a favor de los deambulantes en Estados Unidos, se define a los deambulantes como personas que no tienen un hogar permanente, regular ni adecuado.

Durante los últimos años, se ha visto un incremento en el número de personas que deambulan en las calles de Puerto Rico. Personas que en su mayoría tienen problemas de adicción a las drogas o al alcohol, están físicamente impedidos, son inmigrantes, pacientes de SIDA, ancianos, sin ingresos suficientes o desprovistos de ayudas económicas. Más aún, son seres humanos que han caído en ese estilo de vida por problemas familiares, depresión, desempleo o problemas económicos, entre otros y viven de la caridad pública.

No empee su realidad y condición, con el aumento en el deambulismo se registra también el fenómeno de la “criminalización del deambulante”, mediante la aprobación por parte de varios municipios del País de los llamados

¹ Estudiante de Tercer Año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² Ley Pública 100-77 de 22 de julio de 1987, 101 Stat. 482, "Stewart B. McKinney Homeless Assistance Act".

“códigos de orden público”, que prohíben las conductas inherentes a la condición de deambulismo.

Es interesante notar que el tema de los deambulantes es uno abarcador en el ámbito del Derecho. El tema incide en el área del Derecho de Familia en relación a los derechos reconocidos en el Código Civil y la figura de la tutela que debe ejercer el Estado frente a estos individuos incapaces. También toca el Derecho Constitucional en cuanto a los derechos garantizados por la Constitución a todos los individuos, incluyendo a los deambulantes, que son entes de derecho cobijados por la misma Constitución.

El deambulante es el foco de esta investigación. La misma se lleva a cabo con el fin de concienciar al Estado, organizaciones con o sin fines de lucro y demás ciudadanos de que estos seres humanos también son entes de derecho, los cuales deben ser respetados a pesar de sus limitaciones o condición social. Este artículo también tiene el objetivo de exhortar al Estado a tomar acción sobre esta situación, a asumir una posición de tutela y proteger a estas personas, quienes carecen de capacidad plena para hacer valer sus propios derechos.

I. El Deambulante

A. Definición

El Diccionario de la Real Academia Española define el término “deambular” como “el andar o caminar sin dirección alguna³”. La ley Núm. 130 del 27 de septiembre de 2007⁴ conocida como la “Ley para la Conciliación Multisectorial en Apoyo a las Personas sin Hogar”, provee la definición de lo

³ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española 729 (22^a ed., 2001), pág.____.

⁴ 8 L.P.R.A. §§ 1006-1006g

que es un deambulante. A los fines de esta Ley, el significado del término “persona sin hogar” o “deambulante”, incluirá a toda persona que:

- (1) carece de una residencia fija, regular o adecuada; o
- (2) cuya residencia sea:
 - (a) un albergue supervisado pública o privadamente, diseñado para proveer residencia temporera, incluyendo aquellas instituciones dedicadas a proveer residencia transitoria para enfermos mentales;
 - (b) una institución que provea residencia temporera a aquellos individuos en proceso de ser institucionalizados o;
 - (c) un lugar público o privado que no esté diseñado u ordinariamente utilizado como dormitorio para seres humanos. Dicha definición incluirá, además, a toda persona incluida bajo la definición de los términos "homeless", "homeless individual" o "homeless person" de la Ley Pública 100-77 de 22 de julio de 1987, 101 Stat. 482, según enmendada, conocida como la "Stewart B. McKinney Homeless Assistance Act".⁵

Dicha definición ha sido adoptada por el “National Coalition for the Homeless”. Sin embargo, esta entidad añade que el problema de los deambulantes tiene vertientes demográficas, de género, tipo de familia, etnicidad, y de trastornos mentales, entre otros.⁶ La deambulación es un problema que afecta a muchos en Puerto Rico. Existen, miles de puertorriqueños viviendo a la intemperie. Esto representa un problema social de considerable magnitud y a pesar de la legislación aprobada con el fin de buscar una solución, el mismo sigue en aumento.

⁵ 42 U.S.C. §§ 11301 et seq.

⁶ Ileana I. Inserni Cintrón, “Derechos de Cartón: Motivaciones, Intereses y Justificaciones Detrás de las Legislaciones Creadas para Proteger los Deambulantes”, 38 Rev. Jur. U.I.P.R. 343, Pag.2. Enero-Abril, 2004.

Los deambulantes, como grupo social, experimentan una serie de problemas como lo es el estigma social negativo y el rechazo de la sociedad. Además poseen necesidades diversas de salud, falta de ingresos económicos, empleo, apoyo social y familiar, en especial falta de vivienda. La carencia de vivienda y la diversidad de necesidades son los elementos que hacen particular el modo de estas personas lidiar con la búsqueda de solución a sus problemas⁷.

A su vez, sus necesidades y problemas se agravan y se inter-relacionan dentro de un círculo difícil de romper y de manejar. Esto es así, dado que las enfermedades de salud física y mental interfieren en el proceso de obtener vivienda; el no tener vivienda interfiere a su vez con el proceso de tratamiento de salud física y mental y, por ende, en todos los otros problemas asociados que les aqueja.⁸

En Puerto Rico hay evidencia de una población en alto riesgo de convertirse en deambulante.⁹ Se señala que la misma podría deberse a la carencia de proyectos de vivienda accesibles o de precios bajos, pobre iniciativa del individuo a una rehabilitación y preeducación, a las altas expectativas impuestas a un empleado en el ambiente laboral, las pocas oportunidades de empleo para los que han sido convictos y la

⁷ Colon Soto, Analía. Saliendo de la calle: Conocimientos sobre la política "MCKINNEY-VENTO HOMELESS ASSISTANCE ACT de los administradores-as de programas de vivienda transitoria con servicios de apoyo dirigidos a personas sin hogar, como se implementan los programas y la forma de evaluar los resultados obtenidos en Puerto Rico. Tesis presentada para obtener el grado de Maestría en la Escuela de Trabajo Social Beatriz LaSalle de la Facultad de Ciencias Sociales de la UPR, Recinto de Río Piedras, Junio 2005, Pág. 8.

⁸ *Id.*

⁹ Estudio realizado en 2001 por la firma de consultores Estudios Técnicos, Inc, titulado "Perfil de las personas sin hogar y el impacto de la reforma de salud sobre esta población en el Municipio de San Juan."

falta de accesibilidad a recursos económicos y los servicios privatizados como los de salud.¹⁰

B. Perfil del deambulante

Se encuentran entre las edades de 25 - 54 años y muchas veces padecen de alguna enfermedad o discapacidad física o mental. Una gran cantidad de estas personas tienen problemas de alcoholismo o de sustancias controladas. Duermen al aire libre: en calles, aceras, bancos de plazas públicas, parques o en edificios abandonados; otros construyen casuchas debajo de algún puente o árbol.

Se trata de un grupo de personas que generalmente andan solos, no tienen residencia ni dirección postal fija, no acuden a citas, no tienen medios de transporte, tienen problemas de comunicación, carecen de familiares o personas de apoyo, no tienen documentos de identificación y no se movilizan para procurar servicios. Cabe señalar que hay deambulantes que aunque no tienen una dirección física, no son indigentes, puesto que reciben los pagos de las pensiones o ayudas económicas federales y estatales en la dirección postal de algún pariente o amigo. Es una población que participa de una “cultura” especial y que requiere de maneras, también especiales, de acceso a los servicios¹¹.

Sus problemas más comunes tienen que ver con el acceso a facilidades para su cuidado o higiene básica, alimentación, seguridad, paz, tranquilidad, servicios de salud, vivienda, beneficios de asistencia social, derecho a la recreación, a la vida cultural, educación y a la vida en sociedad.¹²

¹⁰ *Id.*

¹¹ “Los deambulantes y el acceso a servicios legales en asuntos de naturaleza civil”, Periódico el Cucubano de Servicios Legales de Puerto Rico. Primavera 2008, Num.70. Págs. 9.

¹² *Id.*

Algunas de estas personas provienen de comunidades donde existe un alto porcentaje de analfabetismo y deserción escolar, alto porcentaje de personas bajo el nivel de pobreza, alta tasa de desempleo (el 15% nunca ha trabajado, el 6% trabaja) y alta tasa de uso y abuso de sustancias controladas (sobresalen abuso de drogas 36%). Son personas que en muchas ocasiones padecen de alguna condición mental no atendida. Pasa gran parte del tiempo solo y sin tener con quien conversar, además de que no cuentan con actividades sociales, artísticas o de cultura en las que puedan integrarse con otros sujetos de la sociedad¹³.

C. Causas de la deambulación

Son muchas las causas que pudieran llevar a una persona a la deambulación. Un estudio realizado en Puerto Rico y Ohio sugiere a la cultura como una de las variables que afecta en forma significativa cualquier fenómeno de índole social, como es el caso de los deambulantes¹⁴. A nivel cultural, presentan como factor significativo la discriminación racial ya que reduce la probabilidad de obtener un empleo. El prejuicio social contribuye a la pobre vivienda, educación y pocas posibilidades de avance socio-económico.¹⁵ La actitud pública sobre los deambulantes es que son vagos e indeseables y esto reduce sus probabilidades y su autoestima. La falta de participación del grueso de la sociedad en la rehabilitación de la persona sin hogar hace que los recursos para atender sus necesidades sean escasos.

¹³ *Id.*

¹⁴ María, J. & Harnett, H. (1999). Exploring cultural issues in Puerto Rican homeless. Cross-Cultural Research, Págs. 33, 318-340. Estudio realizado en noviembre de 1999, en San Juan, Puerto Rico y en Ohio con deambulantes jóvenes, para explorar y comparar la incidencia, causas y características demográficas de estas personas.

¹⁵ Robertson, Marjorie & Greenblat, Milton. Homelessness: A national Perspective. New York: Plenum. Págs. 183-184.(1992)

Otras causas comunes del deambulismo lo son: la disponibilidad de las drogas en las calles, problemas económicos, enfermedades mentales, rechazo de la sociedad, poca educación por los medios de comunicación, falta de una vivienda, violencia doméstica, ruptura de lazos familiares y personales, sociales o laborales, escasez de programas efectivos y la eliminación de asistencia pública federal.¹⁶

D. Estadísticas

Es difícil determinar la cantidad exacta y actualizada de personas deambulantes en Puerto Rico. Sin embargo, anualmente se hacen estudios con el fin de tener un estimado razonable y preciso. Un informe realizado en julio del año 2005 por el Departamento de la Familia, estimó un total de 8,419 deambulantes para todo Puerto Rico; 5,055 en las calles (60% del total); que podemos considerarlos como deambulantes crónicos y 3,364 en albergues, o sea el 40 por ciento de la población estimada sin hogar¹⁷.

El más reciente conteo de personas sin hogar, realizado en enero de 2007 como requisito de HUD¹⁸ demostró que la cantidad aproximada de deambulantes a esa fecha era de 12,543 personas, con una edad promedio de 34.2 años. Sin embargo, de ese total, el 23 por ciento son menores de dieciocho (18) años. Dos terceras partes de dicha población censada son personas de entre dieciocho (18) y cuarenta y cuatro (44) años de edad. El grupo mayor de personas

¹⁶ Monografía: Los deambulantes en Puerto Rico. Disponible a través de la Internet: <http://www.monografias.com/trabajos32/deambulantes-puerto-rico/deambulantes-puerto-rico.shtml>

¹⁷ Departamento de la Familia; Comisión para la Implantación de la política pública para las Personas Deambulantes. Conteo de Deambulantes y Personas sin Hogar, mayo del 2005.

¹⁸ El Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano Federal de los E.U. (HUD, por sus siglas en inglés), establece como uno de los requisitos el realizar un conteo de las personas sin hogar cada dos (2) años, para poder otorgar fondos federales con el fin de atender a las personas sin hogar.

deambulantes se encuentra entre las edades de 25 a 54 años (37%). Según este último conteo, la gran mayoría de las personas deambulantes son hombres (77.1%) con una edad promedio de 39 años, aunque la cantidad de mujeres es considerable (21.6%) con una edad promedio de 24 años.¹⁹

De la población encuestada el 72.8 por ciento es una población catalogada como “crónica” y 27.2 por ciento como “no-crónicos”. También, se estima que el 61 por ciento de las personas está en la calle, 39 por ciento en albergues de emergencia, vivienda transitoria, lugares de tratamiento, hospitales u otros.²⁰ Si tomamos la cantidad total de deambulantes en este estudio la cual asciende a 12,543 y comparamos con el resultado del último conteo realizado en mayo 2005 que determinó la cantidad de 8,419 personas sin hogar, vemos un aumento de casi un 50 por ciento.

II. Derechos reconocidos al deambulante

La Constitución de Puerto Rico establece en su Carta de Derechos lo siguiente:

La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas.²¹

Posteriormente se reafirma ese principio de igualdad al exponerse que no “se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes”. Estos preceptos

¹⁹ Departamento de la Familia; Comisión para la Implantación de la política pública para las Personas Deambulantes. Conteo de Deambulantes y Personas sin Hogar, Enero del 2007.

²⁰ *Id.*

²¹ Const. P.R., Art. II, § 1.

constitucionales demuestran el compromiso claro de los constituyentes en prohibir los discrimenes y la desigualdad en nuestro país.²² Dicho documento, también dispone que las fianzas y multas no serán excesivas²³ y que no se impondrán castigos crueles e inusitados²⁴.

Debido a la importancia que tienen los derechos fundamentales, es indispensable que estos estén bien protegidos en nuestra sociedad y que existan verdaderamente, es decir, que sean parte de las experiencias comunes y ordinarias que toda persona vive diariamente. El uso y el ejercicio de todos los derechos fundamentales debe ser tan normal, tan frecuente y tan natural como caminar o respirar.²⁵ Por otro lado, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha reconocido, como principios fundamentales: el derecho a la igualdad y dignidad de todos los hombres, y a la igual protección de las leyes sin distinción y en contra de toda discriminación.²⁶

A nivel local, el Código Civil de Puerto Rico²⁷ vigente no reconoce estos derechos específicamente, como lo hace la Constitución o la Declaración de Derechos Humanos. Los derechos otorgados a los individuos son tan importantes que han sido propuestos para ser incluidos por Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. Este cuerpo propone incluir en el Código Civil una disposición que reconoce que las personas naturales

²² Roque Velásquez, J.R., "Apuntes hacia una definición del discrimen por origen o condición social en Puerto Rico, 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 183, Pág. 1, agosto-diciembre 2004

²³ Const. P.R., § 11

²⁴ *Id.*, § 12

²⁵ Jaime B. Fuster, Derechos Fundamentales y Deberes Cívicos de las Personas, 2da Ed. 2007. Pág.174.

²⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948.

²⁷ 31 L.P.R.A.

tienen unos derechos esenciales que emanan de su personalidad y que son reclamables antes el Estado y los demás ciudadanos o personas naturales y/o jurídicas. Entre estos derechos se mencionan el derecho a la dignidad y el honor, la intimidad, la integridad física y moral, entre otros. El Código Propuesto expone, en su Artículo 8, el derecho de las personas al goce de los derechos esenciales. Dicho Artículo establece:

Toda persona natural tiene el goce de los derechos esenciales que emanan de su personalidad y puede reclamar su respeto y protección ante el Estado y ante las demás personas naturales y jurídicas.

Son derechos esenciales de la personalidad la dignidad y el honor, la libertad de pensamiento, de acción y de credo, la intimidad, la inviolabilidad de la morada, la integridad física y moral y la creación intelectual. Los derechos esenciales aquí reconocidos sólo admiten las limitaciones que impongan la Constitución, este Código y las leyes especiales complementarias.²⁸

Códigos modernos de otros países, como por ejemplo, el Código Civil de Quebec, les han reconocido a los ciudadanos el derecho a la dignidad y a la inviolabilidad de su integridad, así como derecho al disfrute de otros derechos civiles. Este establece en su Artículo 3:

ENJOYMENT AND EXERCISE OF CIVIL RIGHTS

Every person is the holder of personality rights, such as the right to life, the right to the inviolability and integrity of his person, and the right to the respect of his name, reputation and privacy.

²⁸ Borrador de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, Art. 8 (2008).

Tanto el Código Civil de Puerto Rico propuesto, como el moderno Código Civil de Quebec coinciden y les reconocen a los individuos el derecho a vivir una vida digna y la inviolabilidad de la integridad como ser humano.

Además de la Constitución de Puerto Rico y el Código Civil propuesto, de ser aprobado, existe legislación especial aprobada que reconoce derechos fundamentales, incluyendo a los deambulantes. Entre estas podemos mencionar: la Ley Num. 277 del 31 de agosto de 2000, la cual añade los Arts. 696, 697, 699, 700 y 701 a la Ley de Procedimientos Legales Especiales,²⁹ antes "Código de Enjuiciamiento Civil", y las cuales constituyen el nuevo Título XVIII de dicho estatuto, con el fin de establecer el procedimiento sumario para la consideración de las reclamaciones judiciales de los deambulantes, para proveer la participación de intercesores de organizaciones públicas o de la comunidad, para regular los procedimientos en estos casos, para la determinación de la sala competente del Tribunal de Primera Instancia; y para eximir del pago de derechos. La Ley 277, *supra*, tiene por objeto darle legitimación activa no sólo al deambulante, sino a un representante de cualquier organización asistencial, sea pública o privada. Con esta ley, estas organizaciones, públicas o de la comunidad, tendrán un instrumento legal adicional para promover el bienestar de los deambulantes. Para que las causas de acción de los estos tengan un calendario preferente en las distintas salas del Tribunal de Primera Instancia, esta Ley dispone que los litigios iniciados por los deambulantes se rijan por un procedimiento sumario similar al de desahucio.³⁰

Otra de las leyes creadas lo es la Ley Núm. 130 del 27 de septiembre de 2007, conocida como la "Ley para la

²⁹ 32 L.P.R.A. §§ 3571-3576

³⁰ *Id.*

Conciliación Multisectorial en Apoyo a las Personas sin Hogar”, con el fin de viabilizar un proyecto conducente a atender las situaciones de los reambulantes, tales como: vivienda, salud, empleo e ingreso económico y el acceso a los servicios gubernamentales.³¹

Como se puede apreciar, hay un cuerpo legal dirigido a atender a la población deambulante en su situación del día tras día. Sin embargo, dichas medidas no han rendido frutos porque muy lejos de resolver la situación, la realidad es que la cantidad de deambulantes sigue en aumento cada vez más.

A pesar de los esfuerzos legislativos, al día de hoy, nada significativo se ha logrado para desarrollar programas efectivos de servicios a esta población. A la altura de estos días siguen ocurriendo situaciones que evidencian un pobre desarrollo en la conciencia de quienes están llamados a atender las necesidades de este grupo social.³² La ausencia de sensibilidad hace imposible el avance en el desarrollo de alternativas de servicios eficaces. El 14 de diciembre de 2007, se aprueba la Ley Num. 199 Para la Prestación de Servicios a Personas sin Hogar³³ para requerir que todo departamento, agencia e instrumento del gobierno de Puerto Rico establezca un protocolo para el acceso, prestación de servicios, intervención y relación con las personas sin hogar. La Ley también requiere que se establezcan adiestramientos de sensibilización sobre los derechos de las personas sin hogar para que se ofrezcan a todo funcionario de servicio directo. Esta Ley reconoce que se ha fracasado en el desarrollo de modelos de atención para estas personas y en propiciar el

³¹ 8 L.P.R.A. §§ 1006-1006g

³² “Los deambulantes y el acceso a servicios legales en asuntos de naturaleza civil”, Periódico el Cucubano de Servicios Legales de Puerto Rico. Primavera 2008, Num.70.. Págs. 9.

³³ 8 L.P.R.A. §§ 1007-1010.

acceso a los servicios públicos en igualdad de condiciones³⁴. Bajo esta Ley se obliga a las agencias e instrumentalidades públicas a adoptar protocolos de servicio en consonancia con las correspondientes leyes orgánicas y con la Constitución de Puerto Rico.

III. Criminalización del deambulante

Hay personas que piensan que hay que deshacerse de los deambulantes y que son seres despreciables. Se han reportado crímenes de odio,³⁵ los cuales si se hubieran cometido contra personas no deambulantes se hubiese hecho algo. A veces hay personas que les pasan por el lado y los golpean sin ningún motivo solo por satisfacción. Por ejemplo, recientemente un deambulante fue atacado con un objeto cortante frente a un establecimiento comercial en San Juan por un desconocido sin motivo alguno.³⁶ Estas personas pasan por muchas situaciones difíciles ya que no gozan del apoyo de la justicia del país. Estos temen que les pueda suceder algo mientras duermen o caminan por las calles ya que no hay nadie que los proteja. La misma burocracia obstaculiza los procesos para que estos puedan recibir algún tipo de beneficio, resultando a veces hasta incongruente con los mismos programas. Por ejemplo, para que se pueda recibir el beneficio de los cupones o del Programa de Asistencia Nutricional local (P.A.N.), a la persona se le exige llenar un formulario con una dirección fija para poder recibir la ayuda.³⁷ La cantidad de requisitos y

³⁴ *Id.*, (Exposición de Motivos).

³⁵ Disponible a través de la Internet:<http://www.nationalhomeless.org/hatecrimes/2003/casesdescriptions.html>

³⁶ "Atacan a deambulante en San Juan". Primera Hora, 21 de abril de 2009, Pág. 15.

³⁷ Dpto. De la Familia, División: Administración de Desarrollo Socioeconómico de la Familia (A.D.S.E.F.), Requisitos para el Programa de Asistencia Nutricional. Disponible a través de la Internet:

documentos necesarios para solicitar algún servicio son un obstáculo en el resultado que se persigue. La vivienda es una de las mayores necesidades de las personas sin hogar, pero se encuentra que a su vez el deambulante termina un tratamiento en algún programa de servicios, va a parar al mismo lugar donde salió, la calle. Los ofrecimientos y los recursos que se dejan a disposición de la población resultan insuficientes e irreales. La cantidad y el costo de los documentos que el Estado requiere para conseguir una vivienda no están al alcance de las personas sin hogar.³⁸

Existen en Puerto Rico algunos municipios en los cuales se ejerce la llamada “criminalización del deambulante” a través de ordenanzas municipales que supuestamente intentar darle al ciudadano una mejor calidad de vida y de leyes que tratan de forma discriminatoria a estos ciudadanos y en cierta manera, alimentan los prejuicios y actitudes negativas y discriminatorias por parte de la población. No obstante, del reconocimiento y la creación de legislación que persigue hacer claro dichos derechos, se continúan creando otras leyes en contrario. Nos referimos a los conocidos Códigos de Orden Público que constantemente violan y atropellan los derechos de los ciudadanos, en especial el de los deambulantes. Algunos de los Municipios con Códigos de Orden Publico que contienen disposiciones que discriminan en contra de los deambulantes son: Mayagüez³⁹, Toa Baja⁴⁰, Ponce⁴¹ y Carolina,⁴² entre otros. Por ejemplo, el Código de Orden Público de Carolina⁴³ el cual incluye a Isla Verde contiene los siguientes artículos:

<http://www.gobierno.pr/ADSEF/Servicios/AsistenciaNutricional/RequisitosEligibilidad.htm>

³⁸ Colon, Pág. 7.

³⁹ ORDENANZA NUMERO 52 -1- SERIE 2002-2003

⁴⁰ ORDENANZA NUMERO 10- SERIE 2002-2003

⁴¹ ORDENANZA NUMERO 24-SERIE 2005-2006

⁴² ORDENANZA NUMERO 12- SERIE 2002-2003

⁴³ *Id.*

Artículo 7.14 Prohibición de cobrar y recibir cualquier otro objeto con el propósito de permitir el estacionamiento en las Vías Públicas del Centro Urbano y el sector de Isla Verde.

Se prohíbe a cualquier persona solicitar dinero o cualquier otro objeto por cuidar vehículos de motor, o permitir que estos se estacionen en las vías públicas y áreas verdes del Centro Urbano y el sector de Isla Verde.

Artículo 7.19 Multa Administrativa

Toda persona que viole lo dispuesto en el Artículo, 7.11, 7.12, 7.13, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17 Y 7.18, de este Código estará sujeta al pago de una multa administrativa de \$500.

Artículo 7.24 Prohibición de deambular, vagar, vagabundear, recolectar, pernoctar en aceras y lugares públicos.

Se prohíbe deambular, vagar, vagabundear, recolectar dinero y pernoctar en las vías públicas, aceras y lugares públicos sin rumbo, ni residencia fija, en el Centro Urbano y el sector de Isla Verde, las 24 horas del día.

Artículo 7.25 Multa Administrativa

Primera convicción: Se le solicitará que voluntariamente se acoja a uno de los programas que tiene el Estado o el Municipio Autónomo de Carolina, para esos fines. De no acogerse a las ayudas de rehabilitación que provee el Estado o el Municipio, se le requerirá se mueva del lugar objeto de la prohibición.

Varios Municipios se han dado a la tarea de crear Códigos de Orden Público que proscriben comportamientos y actividades asociadas a la condición de deambulante. De acuerdo a los artículos anteriores esta ordenanza municipal prohíbe el que una persona pida dinero en la calle, duerma en un sitio público o que cuide vehículos de motor con lo que a

veces se ganan un poco de dinero para comer, entre otros. No obstante, no basta con la prohibición, sino que encima de eso si incurre en dichas conductas será sancionado con una multa la cual difícilmente podrá satisfacer por lo que posiblemente ira preso al no poder pagarla.

La octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que no se impondrán multas excesivas ni castigos crueles.⁴⁴ De igual modo, la Constitución del Estado Libre Asociado prohíbe imponer fianzas y multas excesivas⁴⁵. Nos preguntamos, entonces, si las multas que establecen algunos Códigos de Orden Público no se consideran una multa excesiva y un castigo cruel a una persona que no tiene una vivienda, carece de alimentos para comer y de trabajo y, por ende, recurre a solicitar dinero en las calles para poder subsistir. Es definitivamente una multa excesiva si se toma en consideración que a un deambulante le es imposible el pagar dicha cantidad monetaria en el momento en que es multado. A su vez, la prohibición de dormir en lugares específicos sin que se les provean una alternativa de alojamiento debe ser considerado un castigo cruel. Muchos llegan a decir que se debe considerar inconstitucional. ¿No violan su derecho a la libertad de movimiento al llevárselos sin su consentimiento, cuando los recogen en un municipio y los dejan en otro con la intención de “limpiar las calles”? Sin embargo, el prohibirles el dormir en algún lugar en específico y las multas excesivas no son los únicos mecanismos que se establecen que pueden llegar a considerarse como violaciones a los derechos constitucionales de los deambulantes.

La libertad de expresión está protegida tanto por la Constitución de los Estados Unidos como por la Constitución del Estado Libre Asociado. ¿No es una violación a la libertad

⁴⁴ 1 L.P.R.A. Const. EE.UU., enm. VIII.

⁴⁵ Const. E.L.A., Art. I § 11.

de expresión de los deambulantes el prohibirles el que pidan dinero en las calles, coartando así su derecho de expresarse libremente? ¿La libertad de expresión depende, sin ningún tipo de control, de lo que se quiera expresar y dónde se quiera expresar? Lo que expresan los deambulantes es su realidad, su necesidad, su diario vivir. Todo eso merece la misma protección que cualquier otra expresión que haga cualquier otra persona.

Estas son solamente dos situaciones en las que la constitucionalidad de las acciones del gobierno se pudiera cuestionar. Sin embargo, también podríamos cuestionar si lo que se establece en nuestra Constitución como los derechos humanos reconocidos y deberes del pueblo y del gobierno se cumple con respecto a los deambulantes. ¿Cumple nuestro gobierno con garantizarle a los deambulantes el derecho de toda persona a obtener un trabajo y a disfrutar de un nivel de vida adecuado que asegure su salud, su bienestar, su alimentación, una vivienda, su vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios? Muchos podrían decir que se ha intentado, mediante proyectos de ley, el garantizarle estos derechos a los deambulantes. Sin embargo, la realidad que vemos es que cada día se violan los derechos de estas personas ya sea por las mencionadas ordenanzas municipales o por actos de individuos de la sociedad.

El criminalizar la deambulancia no es exclusivo de Puerto Rico, en los Estados Unidos se ha criticado esta modalidad para atender la problemática de la deambulancia. La National Coalition for the Homeless y The National Home Center of Homeless and Poverty, en su estudio, *The criminalization of homeless in the United States*(2003), analizaron la legislación que estaba impactando la deambulancia en la nación Americana y sus territorios. En este estudio se documentó la criminalización que sobreviven los deambulantes en los

espacios públicos.⁴⁶ Muchas de las ciudades han aprobado nuevas ordenanzas y han hecho mas restrictiva la legislación existente, en cuanto a los espacios públicos. Esto ha sido el resultado de presiones del sector comercial, turismo y gobiernos locales para regular la deambulancia y reducir su visibilidad, con la implantación de leyes que enfatizan sobre la “calidad de vida”. Otra crítica que se desprende del estudio es que, estas ordenanzas se llevan a cabo con poco personal y con escasos conocimientos de los recursos disponibles, sin las técnicas para trabajar con las necesidades de las personas sin hogar. Con frecuencia se recurre a la encarcelación de las personas sin hogar ubicadas en las calles, en lugar de tratamiento o alternativas reales de albergue o vivienda para solucionar el problema a corto plazo.⁴⁷

En el caso *Kincaid v. City of Fresno*⁴⁸, la ACLU (Unión Americana de Libertades Civiles) del Noreste de California, presentó una demanda contra la ciudad de Fresno reclamando que estaba violando los derechos constitucionales de los deambulantes al incautarse de sus pertenencias personales y destruirlas. La policía de la ciudad y funcionarios de sanidad llevaron a cabo numerosos operativos en áreas de deambulantes utilizando equipo pesado y se incautaron de las pertenencias personales que éstos portaban y movían consigo continuamente. Muchas veces procedían a destruirlas en presencia y ante la mirada de éstos y contra sus protestas. Así perdían sus ropas, toldos, sábanas, y otras posesiones personales que podían incluir sus escasos documentos, medicamentos, fotografías, etc.

⁴⁶ White, D. (2002). As homeless increases, Lumber of law targeting homeless people rise. Publicación electrónica no periódica, sustraída 28 de octubre de 2004. dwhitehead@nationalhomeless.org

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Kincaid v. City of Fresno*, Eastern District of California, 06-CV-1445-OWW-SMS (December 2006)

La demanda solicitaba un interdicto permanente para detener la práctica acostumbrada de la ciudad. La corte de distrito expidió el recurso preliminar prohibiendo la práctica contra miles de deambulantes residentes de la ciudad. El juez expresó que se trataba de una práctica que violaba los derechos constitucionales.⁴⁹

Por otro lado, en el caso *Jones v. City of Los Angeles*⁵⁰, se trata de otra acción instada por la ACLU en la que se obtuvo lo que se considera una victoria histórica a favor de los derechos de los deambulantes, por ser la primera vez que se lograba invalidar una ordenanza que criminalizaba la actividad de dormir en aceras públicas. El Noveno Circuito ordenó a la Corte de Distrito que se abstuviera de hacer valer la ordenanza de la ciudad que autorizaba a la policía a conducir arrestos de personas que dormían en las calles cuando no estaban disponibles albergues para ello. Dice el tribunal que la Octava Enmienda prohíbe a la ciudad la práctica de castigar a personas que involuntariamente se ven forzados a dormir o sentarse en facilidades públicas, por tratarse de una consecuencia inevitable del hecho de ser un ser humano y un deambulante sin hogar ni albergue.⁵¹ La decisión descriminaliza la deambulación en la ciudad de Los Ángeles en la medida en que lo considera una condición involuntaria.

En el caso de Puerto Rico v. Astor Marrero, el Tribunal de Circuito de Apelaciones, declaró inconstitucional una Ordenanza municipal del municipio de Arecibo la cual prohibía pedir dinero en las calles y semáforos ya que esta limitaba la libertad de expresión de algunos ciudadanos,

⁴⁹ Kincaid, pag. 37

⁵⁰ *Jones v. City of Los Angeles*, No. 04-55324 (9th Cir. April 14, 2006).

⁵¹ *Jones*, pag. 46.

aquellos que en su gran mayoría carecen de ingresos y que viven de esas donaciones.⁵²

Constantemente se le violan sus derechos civiles, particularmente se les priva de su propiedad, se les invade su intimidad y se atenta contra su integridad física. No hay alternativas públicas para que el deambulante descanse, se asee y lleve a cabo sus necesidades fisiológicas. Sin embargo, se le prohíbe estar en las aceras, en la calle, en los bancos de la plaza y se les saca de los lugares públicos. Esto a pesar de la existencia de programas, tanto médicos como sociales, en los cuales las personas de escasos recursos siguen recibiendo un trato inferior y distinto, caracterizado por servicios limitados, dificultades de acceso y de una baja calidad.⁵³

IV. Poder del Estado de *Parens Patriae*

El Estado tiene, bajo el poder de *parens patriae*, un interés legítimo en cobijar y proveerle al individuo aquel cuidado que por razón de su condición no puede brindárselo él mismo, incluyendo un tratamiento que mejore su condición, bajo su poder regulador (*police power*), un interés de proteger a la ciudadanía en general ante el posible peligro que representa el individuo, y, por último, bajo ambos poderes, un interés de prevenir que el individuo se haga daño a sí mismo.⁵⁴ El Estado tiene la obligación legal y moral de promover los derechos de todos sus ciudadanos, pero esta obligación es particularmente cierta y apremiante cuando se trata de los más desvalidos, los niños, los ancianos, los pobres, y entre éstos: los deambulantes. El deambulante es sujeto de derechos en Puerto Rico, como cualquier otro ciudadano, y puede

⁵² Puerto Rico v. Astor Marrero, KLCE040342 (2004)

⁵³ “Los deambulantes y el acceso a servicios legales en asuntos de naturaleza civil” Periódico el Cucubano, Págs. 9-11.

⁵⁴ *Pueblo v. Santiago Torres*, 2001 JTS 86, 154 D.P.R. 291, 2001TSPR83 (2001)

reclamar cualquier derecho que le asista, pero en muchas ocasiones, por las condiciones de salud, económicas y sociales no sabe o no puede reclamar sus derechos.

La ley dice que no podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, origen o condición social. Además, se reconoce que el problema de las personas deambulantes atenta contra la convivencia civilizada de nuestro pueblo, ya que constantemente aflora entre la ciudadanía la insensibilidad, el repudio, la dureza, y el miedo hacia estas personas.

El Código Civil de Puerto Rico establece que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.⁵⁵ Señala que estarán sujetos a tutela los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos y los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos o ebrios habituales, entre otros. Además de indicar quiénes están sujetos a tutela, el Artículo 171 dispone que “el procurador de la Sala de Relaciones de Familia o el Fiscal de Distrito en los distritos donde no haya Sala de Relaciones de Familia del lugar en que residen las personas sujetas a tutela, proveerá el cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación”⁵⁶. Es ampliamente reconocido el poder del Estado de proteger a los incapaces. El poder de *parens patriae* limita los derechos de otras partes, a fin de salvaguardar el bienestar de quien no puede abogar por los suyos. Es la función social y legal que el Estado asume y ejerce para cumplir con su deber de brindar protección a los sectores más débiles de la sociedad.⁵⁷ Por otro lado, es indudable la facultad del Estado, en virtud de su poder de

⁵⁵ Código Civil de Puerto Rico (1930), Art. 167, 31 L.P.R.A. § 661.

⁵⁶ *Ibid.* § 665.

⁵⁷ *Ortiz v. Meléndez*, 2005 JTS 25, 164 D.P.R. 16, 2005TSPR19, P.R. (2005)

parens patriae, de asegurar el bienestar general de los conciudadanos mediante la legislación.⁵⁸ Por tanto es menester, que este cree leyes con el fin de crear grupos o entidades que trabajen para disminuir o acabar con este problema de las personas deambulantes.

V. Países Extranjeros-España y Luxemburgo

El problema de la deambulación es uno a nivel mundial. Por ejemplo, en España, la Investigación de un Grupo de Psicólogos en Madrid en 1998 estimó que en dicho país había en ese momento de 40,000 a 45,000 personas en España viviendo en la calle o temporalmente alojadas en albergues.⁵⁹

Alemania es el país de la Unión Europea que según el informe de Caritas,⁶⁰ registra el mayor número de habitantes “sin techo” al alcanzar el millón de personas sin hogar, seguido del Reino Unido, con 688 mil y Francia con 627 mil. Mientras, los que menos “sin techo” registran son: Luxemburgo (500), Portugal (2,500) y Dinamarca (2,800).⁶¹ Llama la atención como Luxemburgo con una densidad poblacional de 442.972,000⁶² personas (estimado a julio de 2001) cuenta con una cifra de deambulantes tan baja, si lo

⁵⁸ *Rexach v. Ramirez Vélez*-2004 JTS 103, 162 D.P.R. 130, 2004TSPR97,(2004)

⁵⁹ Investigación del Grupo de Psicólogos de Madrid, Censo Poblacional de Madrid (1998).

⁶⁰ Confederación oficial de las entidades de acción caritativa y social de la Iglesia católica en España, instituida por la Conferencia Episcopal. Creada en 1947, Caritas tiene personalidad jurídica propia, tanto eclesiástica como civil. Entre sus objetivos fundacionales destacan la ayuda a la promoción humana y al desarrollo integral de la dignidad de todas las personas que se encuentran en situación de precariedad.

⁶¹ Mujeres nuevo fenómeno de los “sin techo” europeos. Madrid, España. 31 de Marzo de 1999. Disponible a través de la Internet: www.cimac.org.mx/noticias/31039909.html

⁶². Disponible a través de la Internet: http://go.hrw.com/atlas/span_hm/luxmborg.htm

comparamos con Puerto Rico que tiene una población de 3,949,000⁶³ (estimado a Julio 2003); sin embargo tiene una cantidad mayor de deambulantes.

Entre las estrategias que llevan a cabo los mencionados países para trabajar con este problema se identifican la llamada “Asistencial”.⁶⁴ Se trata del tipo de ayuda mayoritario y más tradicional. Consiste en proveer servicios a las personas sin hogar como duchas públicas, servicios de lavandería, albergues o comedores sociales por precios muy reducidos o gratuitamente. Si no se proveen otros tipos de programas, esta ayuda es muy criticada ya que se piensa que fomenta la dependencia de estas personas en lugar de ayudarles a lograr su recuperación y su posterior reinserción en la sociedad.

Para resolver esta situación, en Luxemburgo se crearon programas y estructuras que reúnen en una sola red a los servicios sociales que trabajan en distintas áreas; o sea, se han unificado diferentes servicios en un solo punto de acceso.⁶⁵ En el caso de las organizaciones activas en el área de los servicios para sin-techo con drogadicción, se han integrado en la oferta, servicios para la adicción y de salud mental. Se ha llegado a acuerdos administrativos y se han creado estructuras para facilitar esta cooperación.

Viendo estas estadísticas y estos programas tan efectivos para otros países, cabe preguntarnos si: ¿Cumple nuestro Gobierno con respetar los derechos constitucionales de estos deambulantes de tener una vida digna o que no sean discriminados por razón de condición social? ¿Está realmente el Estado comprometido con mejorar esta situación o

⁶³ Disponible a través de la Internet: <http://www.worldatlas.com/webimage/countrys/namerica/caribb/pr.htm>

⁶⁴ FEANTSA- Informe Anual Europeo de las Personas sin Techo (2006)

⁶⁵ *Id.* Pag.35.

solamente crean leyes con el propósito de hacernos creer que están haciendo algo al respecto pero al final no le dan ningún seguimiento a los resultados?

Actualmente existen en Puerto Rico agencias, programas y organizaciones sin fines de lucro que se encargan de proveer servicios a las personas sin hogar para cubrir sus necesidades básicas. Otras se dedican a ofrecer tratamiento y rehabilitación. Entre estos podemos mencionar al Hogar El Buen Pastor el cual ofrece ayuda a deambulantes en Puerta de Tierra: se bañan, comen, visten ropa limpia, reciben servicios médicos y tiene capacidad para 50 personas, donde pueden permanecer por un máximo de 2 años. Hogar Crea, Inc; en coordinación con el municipio de San Juan tiene un programa de rescate de deambulantes en la ciudad capital con el propósito de brindarles los siguientes servicios: atención médica, consejería y orientación, servicios de transportación y albergue, alimentación adecuada, servicios de trabajo social y tratamiento contra la adicción a drogas. Así como estos dos programas, hay en Puerto Rico una gran cantidad de programas dirigidos a ayudar a los deambulantes. Sin embargo, estos programas muchas veces proveen una ayuda temporera ya que no cuentan con fondos económicos suficientes o con todos los recursos necesarios.

Los programas dirigidos a ofrecer servicios a los deambulantes tienen unos enfoques asistencialistas y mas que resolver la situación de los pobres sirve para mantener el orden actual. El asistencialismo es visualizado por los investigadores como el problema que transforma la situación de miseria a una de dependencia. Problema donde el pobre, no solo se encuentra marginado, sino que además, esta atado con menos probabilidades de superación.⁶⁶

⁶⁶ Blau, J. (1992). The visible poor: Homeless in the United States. New York: Oxford University Press. Pág. 56.

El gobierno de Puerto Rico atiende la deambulancia de acuerdo a los postulados de la McKinney Vento Homeless Assistant Act de 1987. Estos disponen otorgar fondos a organizaciones públicas sin fines de lucro, gobiernos locales, entidades gubernamentales y organismo de vivienda pública para la creación de programas de ayuda dirigidos a las personas sin hogar.⁶⁷ La realidad socio-política-colonial de Puerto Rico limita y controla el desarrollo de una legislación que responda a los intereses y necesidades particulares del país. Por ejemplo, el fenómeno del deambulismo es cual es susceptible a los mismos riesgos. El gobierno depende de que E.U. sea quien defina una problemática social, económica o política para asignar la forma y el presupuesto necesario para trabajarla. Unido a este cuadro, se encuentra que no existe una respuesta concreta del Estado, que establezca una política social clara y precisa para la creación de programas que atiendan el fenómeno de forma integral y que se ajuste a la realidad puertorriqueña.⁶⁸

Por otro lado la rigidez en los criterios de elegibilidad y los recortes en las ayudas gubernamentales reducen las posibilidades de muchas personas obtener una vivienda debido al poco ingreso que reciben, además de que existe una falta de coordinación de las agencias. Los servicios de elegibilidad (dirección, residencia) constituyen un problema para los deambulantes a nivel organizacional. La prestación de servicios tiene serios fallos en cuanto a su acceso,

⁶⁷ Maymi, J. Quiñones, L., Rovira, E.S & Santiago, A. (2002) Deambulantes: Propietario del Cartón. Monografía, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras, Escuela Graduada de Trabajo Social, Beatriz LaSalle. Pág.11.

⁶⁸ Saliendo de la calle conocimientos sobre la política "MCKINNEY-VENTO HOMELESS ASSISTANCE ACT de los administradores-as de programas de vivienda transitoria con servicios de apoyo dirigidos a personas sin hogar, como se implementan los programas y la forma de evaluar los resultados obtenidos en Puerto Rico, a junio de 2005-Analía Colon Soto, Leslie Quiñones Collazo y Laura Santiago Moreno, UPR Junio 2005-Requisito para obtener el grado en maestría de Trabajo Social. Pág. 9.

disponibilidad y la falta de asertividad a las distintas necesidades.⁶⁹ Recientemente, se dio una situación con un joven adicto a las drogas el cual pidió a unos policías ser arrestado para que lo llevaran a un programa de desvío y poder rehabilitarse.⁷⁰ La juez que atendió su caso lo envió de regreso a la calle sin ayuda. Esto se debe a que no hay una política pública clara de cómo se estarán trabajando estas situaciones ni mucho menos integrada para solucionar o menguar el problema del deambulismo. Y debido a dicha desorganización por parte del Estado, son los deambulantes los que resultan ser afectados y sin que se les provea los servicios necesarios. A raíz de esta situación, el Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico convocó un grupo multisectorial con el fin de establecer un protocolo para el manejo de casos de personas sin hogar un proceso evolutivo de identificación de necesidades, y señaló la conveniencia de que existan guías claras para las acciones gubernamentales y judiciales que establezca los mecanismos adecuados que sirvan para brindar ayuda a estas personas sin techo.⁷¹ Esta acción, mas allá de establecer un protocolo, tiene el efecto de subsanar las deficiencias que presenta el Estado al no tener una política pública o procedimientos establecidos para trabajar con este tipo de situaciones.

VI. Conclusiones y recomendaciones

El problema de los deambulantes en Puerto Rico es uno en aumento cada día. Por tanto, se debe articular un conjunto

⁶⁹ Robertson, Marjorie & Greenblat, Milton. Homelessness: A national Perspective. New York: Plenum (1992). Pags. 186-189.

⁷⁰ José A. Sánchez Fournier. "Aquí todavía ocurren Milagros". El Nuevo Día. 28 de abril de 2009. Pág. 14.

⁷¹ Rama Judicial de Puerto Rico. Comunicado de Prensa: Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico convocó un grupo multisectorial con el fin de establecer un protocolo para el manejo de casos de personas sin hogar. 20 de marzo de 2009.

de estrategias dirigidas a lograr vivienda, el apoderamiento de las personas sin hogar, la afirmación de todos sus derechos humanos y civiles; el acceso a oportunidades educativas, educacionales y recreativas; el ejercicio de sus responsabilidades y obligaciones ciudadanas y sociales; y a experiencias que, en la medida de las posibilidades de cada cual, les permitan generar ingresos propios, y que puedan tener una vida sana, digna e independiente.

El principal problema es el derecho a vivienda adecuada, donde se les ofrezca seguridad, paz y tranquilidad, pero sobre todo dignidad. Tienen que tener acceso a la transportación. Tienen que tener derecho y acceso a la justicia. Deberían existir leyes contra el desprecio hacia estas personas. Y que los mismos derechos que tiene cualquier persona ellos también lo puedan tener.

Para resolver el problema de falta de vivienda que enfrentan estas personas, se propone rehabilitar edificios abandonados que pueden servir de albergues o de centros que provean servicios a los deambulantes. Para lograr esto, se podría integrar a los miembros de las comunidades en donde se encuentren estos edificios para que trabajen y ofrezcan los servicios que éstos necesitan. De esta manera, la comunidad se involucra en la rehabilitación de las personas que, en un futuro, van a estar integrados en esa comunidad. En estos edificios, sería imperante crear un programa en el cual se consoliden todos los servicios que vayan desde la ayuda para conseguir una vivienda hasta un programa para rehabilitarse y posteriormente conseguir un empleo con el fin de volver a la fuerza laboral y valerse por sí mismo. Estos servicios deben centrarse en un solo sitio para no perder de vista al deambulante y que haya una continuidad de los servicios ya que actualmente los servicios se encuentran dispersos en diferentes oficinas y este carece de los medios para llegar a ellas. Además, los servicios ofrecidos deben ser estructurados

en un programa a largo plazo y no solamente una ayuda momentánea sin seguimientos futuros.

El mundo institucional, las empresas, y los profesionales deben integrarse también, por lo que propongo el que éstos creen programas que les provean a los deambulantes trabajo o entrenamientos en áreas técnicas para que luego puedan ejercer sus funciones en esas mismas empresas o instituciones. A su vez, podrían crear programas, ya sea bajo algún tipo de incentivo por parte del gobierno, que ayuden a los centros y albergues a costear alguno de los servicios que ofrecen.

Hay que recordar que la igualdad y la dignidad del hombre son derechos humanos fundamentales y así están concebidos tanto en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como en nuestra Carta de Derechos. Por tanto, es menester cuestionarse si efectivamente se protegen los derechos humanos en nuestro país, cuando no existe igualdad entre los derechos que disfrutan las diferentes clases sociales.

Estos derechos reconocidos en la Constitución nos llevan a reflexionar sobre la realidad actual del deambulante. Si observamos la vida que llevan los deambulantes, podemos reconocer que se les están violando estos derechos. Estas personas, en su mayoría, son incapaces y por tanto el Estado tiene el deber de tomar acción y sacar estas personas de las calles con el propósito de otorgarles los derechos constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la dignidad y honor de los seres humanos. ¿Que dignidad hay al dejar a un deambulante vivir en las calles en esas condiciones infrahumanas en las que viven? La realidad es que el Estado lo está dejando morir poco a poco. Estas personas tienen derecho a vivir una vida digna y de la misma manera a morir de manera digna. Por tanto, es evidente que hay una violación clara a los derechos constitucionales de estas personas. El

Estado, en su poder de *Parens Patriae* tiene el derecho y la responsabilidad de intervenir en representación de aquellos ciudadanos que por razón de su juventud o incapacidad de cuidarse a si mismos requieren que el Estado actúe como un padre o como una persona que se subroga en tal figura de autoridad.

Por tanto, el Estado tiene las herramientas para declarar incapaz a aquellas personas que carecen de su plena facultad mental e intervenir con esta para sacarla de las calles. ¿Dónde está la dignidad cuando se deja una persona vivir en la calle, en tal estado que no pueda satisfacer las necesidades elementales y básicas como comer, asearse y realizar aquellas fisiológicas? Debe el Estado asumir su responsabilidad y cumplir con su obligación, de otorgarle al deambulante una vida digna según reconoce y garantiza nuestra Constitución, así como las otras leyes.

LA FE ANTE LA MUERTE:

Perspectivas sobre la eutanasia desde el Catolicismo, Islamismo, Hinduismo y Judaísmo

Por: Patricia Silva Musalem¹

Introducción

El derecho a la vida es uno de los principales derechos que asiste a todo ser humano. Sin embargo, esa vida que tanto se trata de proteger y preservar, en ocasiones puede verse afectada inoportunamente por diversas circunstancias fuera de nuestro control que llevan a que la misma sea una difícil y en ocasiones intolerable. Si bien es cierto que los avances en el campo de la medicina han hecho posible la prolongación de la misma, también nos han llevado a reconsiderar, desde otra perspectiva, el tema del valor de la vida. Desde la aparición de la ciencia experimental y su aplicación en técnicas de todo tipo, el hombre no ha dejado de aumentar su dominio sobre lo real. El deseo incansable del hombre por evadir lo inevitable, ha llevado a que el fin deseable sea el de manipular la vida y rechazar las fronteras de la muerte.² En otras palabras, la muerte ha dejado de ser un fenómeno natural para pasar a ser uno artificial.

La habilidad de poder sostener signos vitales de forma indefinida, necesariamente nos ha obligado a cuestionarnos como valorizamos la vida: ¿valorizamos la vida por unos impulsos eléctricos o por las cualidades de la vida que podría gozar la persona? ³ ¿Estamos cuidando de la vida o

¹ Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² Baudouin, Jean-Louis, *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Editorial Herder, 1995

³ Suber, Peter, *Against the Sanctity of Life*, www.earlham.edu/~peters/writing/sanctity.htm

prolongando la agonía que lleva a la muerte?⁴ Según el autor Jean-Louis Baudouin, la tecnociencia médica ha sido responsable en crear dos nuevas categorías de muertos: los **muertos vivos** y los **muertos aplazados**. Los **muertos vivos** los define como aquellas personas inconscientes, sumidas en un coma profunda e irreversible que han perdido irremediablemente el contacto con los demás.⁵ En esta clasificación se plantean dos problemas complejos de derecho y ética: la determinación del momento de la muerte y lo relativo a la interrupción o no de los cuidados extraordinarios que prolongan la vida. Los **muertos aplazados** son aquellas personas conscientes a las que la medicina y la ciencia ya no pueden ayudar, pero a las que se insiste en reanimar en los momentos críticos, supliendo las carencias biológicas, para posponer una muerte que se sabe inevitable.⁶

Conforme a Baudouin, el retraso de la muerte provoca serias interrogantes éticas y jurídicas. Plantea que la interrupción del desarrollo de un fenómeno natural, que hasta hoy era dejado al azar, concede al moribundo, la familia y al equipo médico poderes de intervención, los cuales no necesariamente se encuentran en armonía. Así el enfermo reclamara por su derecho a interrumpir el tratamiento y renunciar a los beneficios de la tecnología médica, exigirá el derecho a morir como quiera, es decir, poner fin a su vida él mismo, el cual incluye también el derecho a recibir ayuda para morir y finalmente buscará la reivindicación de la eutanasia activa como libertad y como derecho subjetivo. La reivindicación de la eutanasia activa se erige entonces como símbolo de la suprema conquista del ser humano sobre la

⁴ Parejo Guzmán, María José, *La Eutanasia ¿Un derecho?*, Editorial Aranzadi, S.A. 2005, pág.23

⁵ Baudouin, Jean-Louis, *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Editorial Herder, 1995

⁶ *Ibíd.* pag.33

tecnología y a partir de entonces, la tecnociencia se pone al servicio no solo de la vida, sino de la muerte.⁷

El tema de la eutanasia ha sido uno de mucha polémica, de hecho, hay autores que sostienen que la eutanasia se ha convertido en la controversia más trascendental desde el debate del aborto. Aunque la discusión de la eutanasia conlleva el análisis de problemas éticos, jurídicos, morales, médicos, políticos y religiosos, el enfoque del presente escrito gira en torno a la posición de algunas religiones frente al final de vida. Primero se dará una explicación general de la eutanasia y sus consideraciones, para luego pasar a examinar las diferentes posturas que ostentan la iglesia Católica, el Islam, el Hinduismo y el Judaísmo en torno a la eutanasia.

I. Consideraciones Generales

El término **eutanasia** es uno ambiguo por lo que se torna un tanto difícil de definir concretamente; el mismo ha tenido y sigue teniendo diferentes acepciones según las épocas. Se dice que desde los autores greco-romanos, como Platón, el concepto ha venido siendo utilizado. Cuando Platón describía el Estado ideal consideraba que “se debe dejar morir a los que no son sanos corporalmente, a los que se pasan la vida entre enfermedades y medicinas.” Bajo esta perspectiva se consideraba la eutanasia como “un derecho-deber de la comunidad de eliminar de su seno a los individuos inútiles y dañosos para el funcionamiento correcto de la misma.”⁸ Por su parte, el autor Ricardo-Royo Villanova la definió de la siguiente manera: “Es la muerte dulce y tranquila, sin dolores físicos ni torturas morales, que puede sobrevenir de un modo natural en las edades más avanzadas o sugerida por una exaltación de las virtudes estoicas, y que puede ser provocada

⁷ Ibíd. pag.67

⁸ Parejo Guzmán, María José, *La Eutanasia ¿Un derecho?*, Editorial Aranzadi,S.A. 2005, pág.357-58

artificialmente, ya por motivos eugénicos, bien con fines terapéuticos, para suprimir o abreviar una inevitable, larga y dolorosa agonía; pero siempre previa una reglamentación legal o el consentimiento del enfermo.”⁹

Sin embargo, el concepto se originó en 1662, cuando el filósofo inglés Sir Francis Bacon lo introdujo en su obra *Historia vitae et mortis* al describir la “eutanasia” como el tratamiento para las enfermedades incurables. Hoy parecen considerarse en general dentro del término **eutanasia** las acciones que tienen como finalidad la privación de la vida de un paciente, generalmente terminal, a petición de éste y con la intervención de un profesional de la medicina.¹⁰ Por las diferentes interpretaciones que ha tenido el término a través de las épocas, la eutanasia ha sido clasificada en diferentes conceptos y tipos, no obstante para lograr dar una explicación generalizada y más sencilla del término la vamos a dividir en dos: por la ocurrencia de la voluntad de la víctima y por la modalidad de la acción.¹¹

1. Por la concurrencia de la voluntad de la víctima

Al considerarse la voluntad de la persona que va a morir, se entiende que la eutanasia puede ser **voluntaria** e **involuntaria**:

- a) La **eutanasia voluntaria** es aquella que se practica por requerimiento del enfermo terminal o cuando este puede manifestar su deseo de morir. Es importante distinguirla de la *eutanasia no voluntaria* la cual aplica cuando se procura la muerte del sujeto pasivo cuando éste no tiene capacidad

⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de Amar y Derecho a Morir*, Ediciones Depalma, 1994, pág. 338-339

¹⁰ Parejo Guzmán, María José, *La Eutanasia ¿Un derecho?*, Editorial Aranzadi, S.A. 2005, pág. 360

¹¹ Clasificaciones tomadas del libro *La Eutanasia, ¿un derecho?* por María José Parejo Guzmán.

para entender la opción entre la vida y la muerte; no puede manifestar su voluntad o deseo. Ejemplo de este tipo es la de un paciente en estado comatoso irreversible o en estado vegetativo permanente.¹²

b) La **eutanasia involuntaria** o **eutanasia impuesta** se manifiesta cuando el sujeto pasivo tiene la capacidad para consentir o manifestar su deseo de morir pero no lo hace, bien porque no se le pregunta o porque se le pregunta y elige seguir viviendo. Según la doctrina, este tipo de eutanasia es una cuestionable y no podría considerarse como eutanasia en su acepción pura.¹³

2. Por la modalidad de la acción

En esta clasificación se distingue entre **eutanasia activa** y **eutanasia pasiva**.

a) **Eutanasia activa** se define como la muerte del paciente en estado terminal, solicitada por éste y provocada por la acción positiva de un tercero, por ejemplo, mediante la inyección de una dosis letal de morfina.¹⁴

b) **Eutanasia pasiva** trata principalmente de la omisión del tratamiento en que se emplean medios que contribuyen a la prolongación de la vida del paciente cuando ésta presenta ya un deterioro irreversible o una enfermedad incurable en fase terminal. En otras palabras, en esta clasificación, el sujeto activo no hace nada, dejando morir al sujeto pasivo. Hay otros autores que incluyen como conductas de eutanasia pasiva: el rechazo de tratamiento vital, la interrupción del tratamiento en estados vegetativos irreversibles, el rechazo por motivos religiosos (Testigos de Jehová, por ejemplo) y la huelga de hambre que podría suscitarse en las instituciones penales.¹⁵

¹² Parejo Guzmán, María José, *La Eutanasia ¿Un derecho?*, Editorial Aranzadi, S.A. 2005. Pág. 401

¹³ *Ibíd.* pág. 404

¹⁴ *Ibíd.* pág. 395

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 396

Estos dos supuestos de eutanasia también han sido identificados como **eutanasia por acción** (eutanasia activa) y **eutanasia por omisión** (eutanasia pasiva) ya que en el primer caso se mata y en el segundo se deja morir. Pero, ¿existe en realidad tal diferencia?; ¿es moralmente relevante la aparente distinción? o son meramente condiciones irrelevantes.

A. Acción u Omisión:

Hay quienes afirman que no existe una diferencia moral entre la eutanasia activa y la eutanasia pasiva, excepto que la segunda a veces es permitida y la primera siempre es prohibida. Por actuar se entiende el obrar, o realizar actos libres y conscientes;¹⁶ el omitir es el abstenerse de hacer algo; es pues el no actuar. Constantemente se hacen y se dejan de hacer movimientos voluntarios que producen o dejan de producir resultados. Ahora bien, ¿es idéntica la relación de causalidad con el resultado en ambos casos?¹⁷ En lo que aquí nos atañe, si nos concentramos en el resultado de la muerte del sujeto pasivo, entonces cabe preguntarse ¿puede la acción y la omisión provocar ese resultado- la muerte- de igual forma?¹⁸

No existe duda en cuanto una acción puede ser la causa de la muerte, pero ¿qué hay de la omisión? ¿Puede la omisión de una persona ser la causa de la muerte de una persona? Empujar a alguien a un precipicio o poner una inyección letal a un individuo es la causa de que este muera, pero qué tal si no arrojo un salvavidas a alguien que se ahoga, ¿es mi omisión causa de su muerte? Para Álvarez Gálvez, si existe el deber de que un resultado no acontezca, no hay diferencia

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española, R.A.E (2001)

¹⁷ Álvarez Gálvez, Iñigo, *La Eutanasia Voluntaria Autónoma*, Dykinson (2002), pág.71

¹⁸ *Ibíd.* pág.71

moral entre infringir ese deber por acción o por omisión.¹⁹ Por consiguiente, si la diferencia entre la eutanasia activa y la pasiva estriba en el hacer o no hacer algo, entonces realmente tal diferencia no existe.

B. Matar o dejar morir

Siguiendo el análisis de Álvarez Gálvez pasamos a diferenciar entre matar y dejar morir. Conforme a este autor, matar y dejar morir no se corresponden respectivamente y necesariamente con actuar y omitir.²⁰ Erróneamente se piensa que el actuar solamente puede producir resultados, mientras que la omisión ningún resultado se produce. Sin embargo, se ha perdido de vista que tanto las acciones como las omisiones son causas de resultados. Tanto el actuar como el omitir pueden ser causas de la muerte; se puede matar activa y omisivamente; y de la misma manera se puede dejar morir.²¹

A parte de la causalidad, hay otras razones que se ofrecen como planteamientos a favor de dejar morir y en contra de matar, una de ellas es la responsabilidad. Se dice que matar y dejar morir no son equivalentes porque uno sólo es responsable de lo que hace, no de lo que deja que suceda. Una persona no es desde luego responsable de lo que deja que suceda *siempre y cuando su comportamiento no sea condición necesaria y suficiente para producir el resultado*. No es lo mismo tener conocimiento simplemente de algo, que saber que un comportamiento determinado es condición necesaria y suficiente para que algo ocurra. En este supuesto nos encontramos ante el dejar morir consciente, intencional y con sentido.²²

¹⁹ Ibíd. pág. 74

²⁰ Ibíd. pág. 75

²¹ Ibíd. pág. 77

²² Ibíd. pág. 79

Asimismo, se ha argumentado que el elemento daño es otro factor para la distinción entre matar y dejar morir. Se entiende que el matar causa un daño, es decir perjudica; no así el dejar morir que solamente “no beneficia”.²³ Pero, según Álvarez Gálvez, este supuesto no es enteramente cierto, pues no siempre la acción de matar es una acción dañina, antisocial o delictiva; de igual forma el dejar morir no siempre es una conducta aceptable y beneficiosa. El concepto de daño es por eso uno valorativo. Matar a alguien, o dejar deliberadamente morir a alguien, es por lo general algo malo porque priva a esa persona de su vida. En circunstancias normales, las personas aprecian su vida, y su mejor interés es seguir con la misma;²⁴ en la problemática de la eutanasia sucede lo contrario. El mejor interés de las personas en estas situaciones es el morir y por tanto aquel que mata o deja morir a alguien no está ocasionando un daño, sino beneficiando a esa persona. Es decir, lo que realmente es malo o incorrecto es el resultado que producen nuestros comportamientos, no el hecho de que sean acciones u omisiones, o que con unos se mate y con otros se deje morir. Por tanto, se puede decir que la distinción entre la eutanasia activa y la eutanasia pasiva no tiene sentido, pues, de estar permitidas, deben estarlo ambas, y de prohibirse, deben prohibirse ambas.²⁵

Durante la década de los 70, mientras el debate público sobre el derecho a morir se expandía, los médicos se encontraron en un dilema legal. Temían ser demandados por mala práctica si forzaban un tratamiento en un paciente que no lo deseaba, pero además se preocupaban de ser responsables en una acción criminal por retirar maquinarias que prolongaran la vida a sus pacientes, tales como los respiradores. Abstenerse de dar tratamiento a una persona

²³ Ibíd. pág. 79

²⁴ Singer, Peter, *Compendio de Ética*, Alianza Editorial (2004), pág. 410

²⁵ Parejo Guzmán, María José, *La Eutanasia ¿Un derecho?*, Editorial Aranzadi, S.A. 2005. pág. 400

competente que así lo solicitara era considerado eutanasia pasiva en el ámbito legal, pues se estaba permitiendo que la muerte llegara de forma natural. En cambio el desconectar a una persona de un respirador era visto como eutanasia activa, el cual era moral y legalmente considerado un asesinato.

En 1976, estas preocupaciones fueron apreciadas en los argumentos orales ante la Corte Suprema de Nueva Jersey en el caso de Karen Ann Quinlan²⁶. Karen Ann era una joven que quedó en un estado vegetativo persistente después de haber ingerido alcohol en combinación con otros medicamentos. Los médicos la mantenían con vida por medio de ventiladores, pero después de varios meses sin ningún tipo de mejoría, los padres decidieron desconectarla del ventilador y dejarla morir. El hospital reusó hacerlo pero eventualmente la Corte Suprema de New Jersey resolvió:

[...] el interés del Estado en preservar la vida se debilita y el derecho a la privacidad de un individuo crece a medida que la invasión corporal aumenta y el pronóstico es poco alentador. Eventualmente, llega un punto en el cual los derechos de un individuo sobrepasan el interés del Estado.”

27

La opinión unánime de los seis jueces de la Corte Suprema de Nueva Jersey sostuvo que se podría encontrar un “derecho a morir” en el *common law* y en decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como las de *Griswold v. Connecticut*²⁸ y *Roe v. Wade*²⁹. El juez Hughes, quien emitió la opinión mayoritaria, expresó lo siguiente:

²⁶ *Matter of Quinlan*, 70 N.J. 10 (1976)

²⁷ Ball, Howard, *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans*, New York University Press, 2002, p. 174.

²⁸ 381 US. 479 (1965)

²⁹ 410 US. 113 (1973)

Though the Constitution does not explicitly mention a right of privacy, U.S. Supreme Court decisions have recognized that a right of personal privacy exists and that certain areas of privacy are guaranteed under the Constitution...In *Griswold*, the Court found the unwritten right of privacy. [We believe that it is] broad enough to encompass a patient's decision to decline medical treatment under certain circumstances, in much the same way as it is broad enough to encompass a woman's decision to terminate pregnancy under certain conditions³⁰.

Karen Ann Quinlan fue eventualmente desconectada del ventilador que la mantenía con vida.

Luego en 1990, llega a la Corte Suprema de los Estados Unidos un caso similar al de Quinlan. Los hechos fácticos también se relacionaban con el pedido de unos padres para desconectar a su hija de los aparatos que la mantenían con vida, pero en este caso, a diferencia de la decisión emitida por la Corte Suprema de New Jersey, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó el pedido de los padres. Hay dos aspectos importantes que resaltan de la opinión en este caso. Primero y más importante el hecho que la Corte, por primera vez, reconoció un derecho a morir (por lo menos en cuanto a personas "competentes") basado en la vieja noción del *common law* de autonomía como lo confirma la Cláusula del Debido Proceso de Ley y segundo, permitió al estado de Missouri establecer el requisito de prueba en estos casos. Prueba "clara y convincente" para demostrar que el paciente "incompetente" hubiese deseado (de haber estado consciente) que no se continúe brindándole el tratamiento médico que le prolonga la vida.³¹

³⁰ Ball, Howard op. cit. p.173-174

³¹ Ibid. p. 62

La decisión emitida en *Cruzan*³² por el juez Rehnquist rechazó la idea de extender el derecho a la privacidad a personas que eran incapaces de tomar su propia decisión. Concluyó la mayoría de la curia, que el requisito procesal del estado de Missouri que requería evidencia “clara y convincente” de los deseos del paciente incompetente para que le retirasen el tratamiento era constitucional. Por otro lado, los jueces que disintieron encontraron que Nancy Cruzan tenía derecho a decidir morir con dignidad; el morir es algo personal.

El tema del derecho a morir también tocó las puertas de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1997, esta vez la controversia principal estaba relacionada a la eutanasia activa. Los casos de *Washington State v. Glucksberg*³³ y *Vacco v. Quill*³⁴ le dio la oportunidad a la Corte Suprema de contestar preguntas sobre la autonomía personal, el derecho a morir y el suicidio médico asistido. Los médicos protagonistas en ambos casos impugnaron la prohibición del suicidio asistido promulgado por el estado de Washington y Nueva York, respectivamente. La Corte Suprema entendió que la Cláusula del Debido Proceso de Ley no incluía el derecho de suicidarse ni el derecho de tener asistencia para lograrlo. Los jueces examinaron la historia, tradiciones legales y prácticas de la nación y encontraron que el derecho a morir con asistencia médica no estaba dentro de los intereses fundamentales de libertad protegidos por el Debido Proceso de Ley y que las prohibiciones de ambos estados a la asistencia en el suicidio de una persona no violaban la Enmienda Catorce de la Constitución de los Estados Unidos.

³² *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990)

³³ 521 U.S. 702 (1997)

³⁴ 521 U.S. 793 (1997)

Más reciente aún es el caso de *Baxter, et al v. State of Montana*³⁵. Los demandantes en este caso pidieron a la corte de Montana que establecieran como un derecho constitucional el recibir y proveer asistencia al morir. El Tribunal Supremo de Montana decidió que bajo las disposiciones de dignidad y privacidad de la constitución de ese estado, una persona que es competente pero que está sufriendo de una condición terminal y decide medicarse para ponerle fin a su agonía y sufrimiento, tiene el derecho constitucional de así hacerlo, provisto que se la legislatura establezca la mejor manera de garantizar ese derecho.

Sin duda alguna el tema de la eutanasia y el derecho a morir se centra en dos intereses importantes: el interés del estado y la autonomía y el derecho a la privacidad de las personas. Con *Griswold v. Connecticut*³⁶ nació el derecho a la privacidad. El juez Douglas, quien emitió la opinión mayoritaria, resolvió que el derecho a la privacidad era un derecho fundamental que emanaba de las penumbras de otras protecciones constitucionales y por tanto declaró inconstitucional una ley del estado de Connecticut que prohibía el uso de contraceptivos. Desde entonces, la Corte Suprema ha citado el derecho a la privacidad en varias de sus decisiones, incluyendo su decisión en *Roe v. Wade*³⁷, donde expresó que la opción de una mujer para realizarse un aborto era un asunto de privacidad protegido que originaba del debido proceso de ley de la Enmienda Catorce. Ahora la corte se enfrenta a estos nuevos casos donde se levanta la posibilidad de que el derecho a la privacidad se extienda al derecho de una persona a morir. Como hemos visto, este derecho es de aplicación a personas competentes que rechacen tratamiento médico o interrumpan el mismo, pero los defensores de la eutanasia activa, como el suicidio médico

³⁵ 2009 M.T. 449 (2009)

³⁶ 381 U.S. 479 (1965)

³⁷ 410 U.S. 113 (1973)

asistido todavía no corren igual suerte. El Estado ofrece su posición en torno al asunto justificándose en el interés general de preservar la vida, el interés más específico de prevenir el suicidio, evitar que terceras personas se envuelvan en la decisión y descartar las influencias arbitrarias o injustas, proteger los miembros de la familia y proteger la integridad de la profesión médica.³⁸ Pero cabe preguntarse, cómo lo hizo la corte en el caso de *Baxter*, ¿Quién debe determinar la calidad de la vida de una persona? ¿El ser humano dueño de esa vida o el Estado? ¿Debería permitírsele a una persona morir con dignidad si eso es lo que desea?

Sin embargo, es curioso saber que durante los argumentos orales y en los alegatos de estos casos se reconoció que muchos doctores ayudaban a sus pacientes terminales a manejar el dolor administrándoles grandes cantidades de morfina o valium para aliviar los mismos. Esto es conocido como el “efecto doble” y los pacientes que han dado su consentimiento al tratamiento mueren sin dolor debido a la sobre medicación.³⁹ No obstante, las autoridades lo aceptan justificándose en el supuesto de aliviar los dolores; ¿no sería esto equivalente al suicidio médico asistido?

Las consecuencias legales, morales y políticas que rodean el derecho a morir y la eutanasia son diversas y complejas, pero se ha perdido de vista que esto es solo una opción. Aquellos que piensan que el suicidio, aún para aquellas personas con enfermedades terminales y que están sufriendo, es una ofensa a Dios, tienen todo el derecho de no suicidarse. Aquellos médicos que no quieran participar en una práctica como esta, también tienen la opción de no hacerlo; en este debate no se está obligando a nadie a prescribir dosis letales

³⁸ Urofsky, Melvin, *Lethal Judgments: Assisted Suicide and American Law*, University Press of Kansas, 2000, pág.117

³⁹ Ball, Howard, *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans*, New York University Press, 2002, pág.197

de medicamentos, así como tampoco se obliga a ningún médico a realizar abortos si no lo desean.⁴⁰ Defensores del suicidio médico asistido nunca han argumentado que todos los envejecientes enfermos o todas las personas sufriendo de una enfermedad terminal debilitante deben suicidarse. Al contrario, argumentan que deben de haber opciones disponibles y el suicidio médico asistido debería ser una de ellas.⁴¹ Ejemplo de esto son los estados de Oregon y Washington que en 1994 y 2008, respectivamente, aprobaron legislación legalizando el suicidio medico asistido con ciertas restricciones.⁴²

II. Eutanasia y Religión

Debido a que la religión esta revestida de asuntos relacionados con la vida, la muerte y la moralidad, la misma ostenta un lugar importante dentro del debate de la eutanasia. Uno de los argumentos que típicamente se ofrece para rechazar la eutanasia comienza, por lo general, con el aspecto religioso. La decisión de prolongar la vida por medios extraordinarios a aquellas personas terminalmente enfermas o por el contrario, el de aceptar su muerte, es una que está matizada por múltiples interrogantes. Las tradiciones religiosas y sus valores fundamentales pueden formar parte de las respuestas a esas preguntas, o por lo menos servir de guía. Veamos las posturas que tienen la iglesia Católica, el Islam, el Hinduismo y el Judaísmo sobre el final de la vida.

1. La Iglesia Católica frente a la eutanasia:

La moral católica ha defendido con fuerza el valor de la vida humana y siempre ha condenado el suicidio y el

⁴⁰ Urofsky, Melvin, *Lethal Judgments: Assisted Suicide and American Law*, University Press of Kansas, 2000, pág.157

⁴¹ Ibid, pág.159

⁴² Oregon Death with Dignity Act y Washington Death with Dignity Act.

homicidio debido a que considera que el suicidio va contra la inclinación natural y la caridad de uno mismo (hay una obligación moral de conservar la vida y no atentarse contra ella), atenta contra las obligaciones que el ser humano tiene para con la sociedad (todo hombre es parte de la comunidad por lo cual, en el hecho mismo de matarse, procura un daño a la sociedad), y la práctica suicida viola los derechos de Dios (“El paso de esta vida a la otra más feliz no depende del libre arbitrio del hombre, sino de la potestad divina. Y, por eso, no es lícito al hombre matarse a sí mismo para pasar a la vida más feliz.”)⁴³

Sin embargo, se han distinguido tres excepciones a esta doctrina tradicional- la legítima defensa, la pena de muerte y la guerra justa. Aunque éstas han sido las tres excepciones clásicas, la Moral Casuista, según Marciano Vidal, ha permitido otras, como los son el aborto indirecto, como consecuencia de la aplicación del doble efecto, el suicidio indirecto o, posteriormente la eutanasia, en virtud del mismo principio, la legítima defensa, en donde se incluye la muerte del agresor, la muerte del enemigo en guerra justa y la muerte del tirano (excepto si se trata del que se ha establecido legalmente).⁴⁴ Vidal explica que el principio de la inviolabilidad de la vida y las excepciones a éste, surgen de cuatro binomios:⁴⁵

1. *La condición de inocente o culpable*: al inocente se le reconocen casi todas las garantías de la inviolabilidad de su vida, mientras que la condición de malhechor admite excepciones.

⁴³ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 31

⁴⁴ Vidal, Marciano, *Ética Fundamental de la Vida Humana*, Fundación Santa María (1984), pág. 22-24

⁴⁵ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 31

2. *La autoridad pública o privada*: se admite la posibilidad de disponer de la vida humana a la autoridad pública, como en el caso de la pena de muerte que se hace para el beneficio de todos. Sólo cuando se da el caso de la legítima defensa es que se acepta en la autoridad privada.

3. *La acción directa o indirecta, basada en el principio del doble efecto*⁴⁶ o del voluntario *in causa*. Se condena la muerte directa, mientras que se reconoce a manera de excepciones temas como el suicidio, eutanasia y aborto cuando se trata de acciones indirectas.

4. *La inspiración divina o humana*: se reconoce el concepto de “inspiración divina” para justificar ciertos casos de homicidio o suicidios admitidos por la Biblia, i.e. casos de mártires cristianos; pero no se consideran legítimas cuando proceden de una decisión humana individual.

La religión Católica puede describirse como el más acérrimo enemigo de la eutanasia. En el único pasaje del Vaticano II (Constitución Pastoral *Gaudium et spes*) se hace referencia al aborto, el suicidio y a la eutanasia como homicidios que:

...son en sí mismos infamantes, degradan la civilización humana, deshonran más a sus autores que a sus víctimas y son totalmente contrarios al honor debido al Creador.⁴⁷

Así también el 5 de mayo de 1980 la Congregación para la Doctrina de la Fe promulgó la postura que la Iglesia Católica ha tomado frente al tema de la eutanasia en su *Declaración*

⁴⁶ El principio de doble efecto ha tenido repercusiones muy importantes en la Moral de la vida. El principio pretende dar una objetividad al dilema ético planteado por la confluencia de efectos buenos y malos. Comenzó a utilizarse en el siglo XVI y se le ha incluido en torno al principio del voluntario directo e indirecto. En el primer caso la voluntad busca directamente el efecto en sí mismo como fin o como medio, mientras que en el caso del indirecto, la voluntad no busca el efecto malo, sino que solo lo permite o tolera.

⁴⁷ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 40

sobre la Eutanasia. La misma define la eutanasia como “una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor”. La eutanasia se sitúa pues en el nivel de las intenciones o de los métodos usados.⁴⁸ En primer término recalca la importancia de la vida humana, la cual es una sagrada, y que nadie puede disponer de ella por capricho y a la vez ven en ella un don del amor de Dios. Como consecuencias de esto establece que:

- 1) Nadie puede atentar contra la vida de un hombre inocente sin oponerse al amor de Dios hacia él, sin violar un derecho fundamental irrenunciable e inalienable, sin cometer, por ello, un crimen de extrema gravedad.
- 2) Todo hombre tiene el deber de conformar su vida con el designio de Dios.
- 3) La muerte voluntaria o sea el suicidio es, por consiguiente, tan inaceptable como el homicidio; semejante acción constituye en efecto, por parte del hombre, el rechazo de la soberanía de Dios y de su designio de amor.⁴⁹

Principalmente, esta *Declaración* recoge los siguientes postulados:⁵⁰

- 1) Codena la eutanasia cuando hace claro que “nadie puede atentar contra la vida de un hombre inocente...” Tampoco la acepta “con el fin de eliminar radicalmente los últimos sufrimientos o de evitar los niños subnormales, a los enfermos mentales o a los incurables....Nadie, además, puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confinados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente.”

⁴⁸ Congregación para la Doctrina de la Fe: Declaración sobre la Eutanasia, 1980

⁴⁹ Congregación para la Doctrina de la Fe: Declaración sobre la Eutanasia, 1980

⁵⁰ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 40-42

2) Aunque subraya el valor cristiano del dolor y la posibilidad de que el creyente pueda asumirlo voluntariamente, permite que los enfermos puedan hacer uso de medicinas adecuadas para aliviar o suprimir el dolor, no obstante estos puedan abreviar indirectamente la vida.

3) Se acepta el “derecho a morir” de forma serena, digna y cristiana pero este derecho no incluye el de procurar la muerte.

4) La *Declaración* deja claro que está permitido la interrupción de aquellos medios extraordinarios utilizados para prolongar la vida cuando estos no están dando resultados. En estos casos es preciso tener el consentimiento del enfermo, sus familiares y el médico.

El Obispo de la Conferencia Episcopal de Colombia, Fabián Marulanda López, ha reiterado la posición de la Iglesia Católica frente a la eutanasia resumiendo que:

...la eutanasia es una grave violación de la Ley en cuanto eliminación deliberada de una persona humana y por tanto moralmente inaceptable. La eutanasia, aunque no esté motivada por el rechazo egoísta de hacerse cargo de la existencia del que sufre, debe considerarse como una falsa piedad, más aún, como una preocupante «perversión» de la misma. En efecto, la verdadera «compasión» hace solidarios con el dolor de los demás, y no elimina a la persona cuyo sufrimiento no se puede soportar.

En fin la Iglesia Católica considera que como seres humanos somos mortales y como tal la muerte es parte de la vida; no podemos adelantarla por medio de la eutanasia, ni retrasarla utilizando medios extraordinarios para sostenerla. Sencillamente no tenemos la potestad de adueñarnos de la muerte; hay que aceptar que hay un tiempo para nacer y un tiempo para morir.

2. El Islam y el final de la vida:

Para el Islam, el hombre no es dueño de sí mismo; el enfermo que muestra fuerza de espíritu al afrontar y superar los sufrimientos, gana créditos ante Dios. La eutanasia le impediría obtener este crédito; además, siempre en la óptica religiosa, un milagro puede siempre suceder.⁵¹ La posición legal islámica es clara acerca de la eutanasia activa, la considera ilegal.

Se considera como eutanasia activa toda muerte resultante de una acción positiva dirigida de manera directa a poner fin a la vida de una persona a petición de esta, el homicidio con dosis fuertes de medicamento que llevan a la muerte y la muerte resultante de una acción positiva para terminar con la vida de un recién nacido con una malformación genética que amenaza su vida. La eutanasia pasiva normalmente se aplica a enfermos en estado de agonía y se reconoce en la eliminación de tratamiento y de fármacos que ya no dan resultado y aquel tratamiento dirigido a proporcionar una ayuda que mitigue a reducir la angustia y dolores, a pesar de que este tratamiento condujera a la muerte. Se piensa que el alargar el dolor o la enfermedad no es recomendado y la intervención del médico en estos casos es correcto y no equivale a una agresión a la vida del paciente, al contrario quizás es a su favor y al de la familia.⁵²

En el derecho musulmán clásico falta un análisis de los diversos casos de eutanasia. Tampoco las opiniones jurídicas (*fatwa*) modernas se detienen demasiado sobre los diferentes tipos y generalmente no van más allá de la distinción entre

⁵¹ D. ATIGHETCHI: Islamismo y Eutanasia. Medicina y Ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética medica, Vol.19 No.2 2008, págs. 121-151

⁵² Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 84.

eutanasia activa y pasiva condenándolas como homicidio.⁵³ Aunque siempre se condena el acto eutanásico, se pueden distinguir diferentes posturas. Las expresiones del juez de la Corte Suprema de Jeddah (Arabia Saudita), el Sheik al-Jubair, por ejemplo, representan una de las actitudes más rígidas en torno a la eutanasia al manifestar que “no existe diferencia a ese respecto si la muerte del paciente sea causada por la desconexión del sostenimiento vital, por la suspensión de cuidados útiles para mantenerlo con vida, por la administración de fármacos que lleven a la muerte. Todos estos procedimientos son ilícitos. No pueden ser practicados por ninguno, ni nadie puede consentir a ellos”.

Así mismo, una *fatwa* de la *European Council for Fatwa and Research* del 22 de mayo de 2005, enumera cuatro prohibiciones de la eutanasia en el Islam:

1. El Islamismo prohíbe la eutanasia activa y directa; prohíbe el suicidio y el suicidio asistido en cuanto matar a quien sufre a causa de una patología terminal, está prohibido al médico, a los familiares y al paciente mismo. El enfermo, independientemente de la gravedad de su situación clínica, no debe ser asesinado para evitarle la desesperación o la falta de esperanza de recuperación o de sanación. El homicidio está explícitamente prohibido por el Corán 6,151 (“su Señor les ha prohibido: no matar a su prójimo que Dios ha hecho sacro, a no ser por una causa justa”) y 5, 32 (“cualquiera que mate a una persona sin que ésta haya matado a otro llevando la corrupción sobre la tierra, es como si hubiese matado a la humanidad entera”).

2. Es ilícito para el paciente matarse y es ilícito para alguno matarlo aún bajo su petición. El primer caso es un suicidio; el

⁵³ D. ATIGHETCHI: Islamismo y Eutanasia. Medicina y Ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética medica, Vol.19 No.2 2008, págs. 121-151

segundo corresponde a una agresión física en cuanto la autorización del enfermo no hace lícito un acto ilícito.

3. Es ilícito matar un enfermo por temor a que su patología se difunda por contagio, aún se trate de un enfermo terminal (por ejemplo SIDA).

4. Es lícita la separación de los instrumentos de reanimación de un paciente clínicamente muerto o “prácticamente muerto” a causa de daños al tronco encefálicos o al cerebelo. El mantener al paciente conectado a tales instrumentos, equivale a un desperdicio de recursos útiles para salvar a otras personas.

De otra parte, los argumentos más prudentes proponen que la eutanasia pasiva, con respecto al rechazo de los pacientes a cuidados o instrumentos vitales para prolongar la vida, es aceptable en situaciones donde no existe alguna esperanza de sobrevivir. Según el famoso Sheik al-Qaradawi, la suspensión de cualquier asistencia es lícita e incluso recomendada, cuando todo acto médico se vuelve inútil y la única esperanza esta puesta en un milagro.⁵⁴ Así mismo, el momento de la muerte fue adoptado por un congreso jurídico islámico basado en la muerte total del cerebro, aun cuando algunas funciones fisiológicas se puedan mantener a través de medios artificiales. Por tanto, en este tipo de situaciones el eliminar los medios artificiales que mantienen las funciones fisiológicas no es considerado un crimen desde la perspectiva de la legislación islámica.⁵⁵ Algunos autores sostienen que la eutanasia pasiva (no mejor definida), contribuye a salvaguardar la dignidad de

⁵⁴ D. ATIGHETCHI: Islamismo y Eutanasia. Medicina y Ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética medica, Vol.19 No.2 2008, págs. 121-151

⁵⁵ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 83

la vida y de la muerte del sufriente.⁵⁶ Precisamente el Corán 2,45 recuerda que los hombres manifiestan diversas capacidades de perseverancia aún frente al dolor de la vida. Es por tanto pensable que en específicos casos una persona que sufra muchísimo, pueda escoger morir para defender su propia dignidad en cuanto el obligarlo a vivir no produce efectos positivos, ni sobre la sociedad ni sobre el particular.⁵⁷

De forma general, la jurisprudencia islámica, basada en las interpretaciones del Corán, no reconoce el derecho a morir de una persona. Las razones se pueden resumir en dos supuestos: la vida es sagrada y la eutanasia no está incluida entre las razones que el islam permite para matar y es Allah quien decide cuanto tiempo una persona vivirá. El momento de morir, *ajal*, está bajo el control de Allah y por consiguiente los seres humanos no pueden adelantar o retrasar el *ajal*. Como corolario, los conceptos de autonomía, libertad y opción individual no aplican puesto que la vida no le pertenece al ser humano y el quitarle la vida a una persona o quitársela ella misma causa un daño a la familia y a la sociedad en general.⁵⁸

3. *El morir en el Hinduismo: Una perspectiva ética*

Una comprensión general de las creencias hindúes es necesaria para poder abordar el tema de la muerte en el Hinduismo. Los hindúes sostienen dos creencias centrales:

⁵⁶ MASOODI GS, DHAR L., *Euthanasia at Western and Islamic Legal Systems: Trends and Developments*, Islamic and Comparative Law Review 1995-1996;

⁵⁷ D. ATIGHETCHI, *Islamismo y Eutanasia*. Medicina y Ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética medica, Vol.19 No.2 2008, págs. 121-151

⁵⁸ Aramesh K. et al.:Euthanasia: An Islamic Ethical Perspective. IRANIAN JOURNAL OF ALLERGY, ASTHMA AND IMMUNOLOGY, vol 6, Suppl5, February 2007

(a) la creencia sobre la fuente del mal y el sufrimiento y (b) la creencia de la vida después de la muerte.

La primera de estas creencias centrales es la doctrina del *karma*. La palabra *karma* significa "acción", pero en el concepto religioso se refiere a los resultados o consecuencias de nuestras acciones. Es más bien el producto de los actos del pasado.⁵⁹ La doctrina del *karma* dice que cada pensamiento o acción da como resultado ciertas consecuencias que nacen del pensador o actor. Si una persona miente o roba, se verá perjudicado de alguna forma en el futuro. Los hindúes creen que todo sufrimiento se debe a las propias acciones del pasado, en esta vida o en una vida previa. Algunos creen que el *karma* implica un estricto determinismo o fatalismo, es decir, que uno simplemente debe resignarse a vivir su *karma*. La mayoría, sin embargo, cree que, si bien nuestro presente está determinado por nuestro pasado, no obstante podemos influir en nuestro futuro conduciéndonos en una forma correcta en el presente.⁶⁰

La segunda creencia habla de *samsara* o la trasmigración de las almas o la doctrina de la reencarnación. Según esta doctrina, luego de la muerte las almas individuales "renacen" en este mundo en otros cuerpos, sean estos humanos o no. Las escrituras hindúes se expresan de esta forma debido a que es imposible que una persona experimente todo el *karma* en una sola vida. Ahora bien, el objetivo principal del Hinduismo es lograr la liberación de este ciclo de reencarnación producto del *karma*. La meta final de esta vida es el *moksha* o salvación que busca la liberación del ciclo de vidas materiales. En el hinduismo, la muerte no representa el final absoluto de la vida, sino el de la vida individual. La muerte es la muerte del cuerpo, no la descomposición de la

⁵⁹ L. Renou, *El Hinduismo*, Paidós, Barcelona, 1991

⁶⁰ R.Rood, *EL hinduismo:una perspectiva Cristiana*, 1994, www.ministeriosprobe.org

vida *per se*. La muerte individual no es dramática, ya que puede ser fuente de liberación, de liberación de la individualidad y, por tanto, de la circularidad, del eterno retorno, del ciclo de nacimientos y muertes.⁶¹

Si bien es cierto que dentro del Hinduismo toda vida (no sólo la vida humana) es sagrada y deber ser respetada, la vida individual, como tal, es ficticia, provisional y precaria.⁶² Según el autor, Cromwell Crawford, la filosofía unánime dentro del Hinduismo promueve la preservación de la vida en toda circunstancia y por ende condena todo acto de destrucción de la vida. Sin embargo, la ética hindú permite cierta flexibilidad cuando se trata de las intenciones, motivos y situaciones de cada individuo. Basado en las antiguas practicas hindúes, podrían construirse argumentos morales a favor de la eutanasia activa ya que en la ética hindú no existe una diferencia entre ésta y el suicidio asistido.⁶³ Así como se acepta el suicidio por razones de autonomía personal y decisiones racionales, la eutanasia activa también es aceptada bajo las mismas premisas. Como corolario de esto, Cromwell Crawford reseña cuatro razonamientos que apoyan la moralidad de la eutanasia activa en la ética hinduista.⁶⁴

El primer argumento gira en torno a la definición de la muerte, puesto que las actitudes sobre la muerte determinan la manera en que cada persona visualiza la eutanasia. El

⁶¹ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 105.

⁶² *Ibíd.* pág. 104

⁶³ EL Hinduismo reconoce un derecho al suicidio porque el ejercicio de la libertad a escoger está reconocido en la dignidad del ser humano. Sólo aceptan la intervención del Estado cuando la persona se hace daño, por ejemplo cuando el suicidio no es uno autónomo cuando un adolescente intenta suicidarse por ignorancia o bajo efectos de drogas. Sin embargo, el Hinduismo condena el paternalismo, especialmente cuando obstruye la decisión personal de un individuo ya que afecta su destino espiritual.

⁶⁴ C. Crawford, *Hindu Developments in Bioethics*, Theological Developments in Bioethics, Kluwer Publishers, Boston, 1997.

Hinduismo considera la muerte, no como lo opuesto de la vida, sino como lo opuesto del nacimiento. El entender que las vidas son muchas, ayuda a disminuir la tragedia de la muerte en el Hinduismo. La reencarnación está regulada por la ley del *karma* y en este proceso lo trágico no es la muerte, sino la muerte prematura que roba al individuo de la oportunidad de liberarse del ciclo del renacimiento. Cuando una persona logra vivir hasta su madurez, lo importante es la calidad de la vida y no lo inevitable de la muerte. La calidad de la vida aplica especialmente al final de la vida y es por eso que la “buena muerte” es aquella que esta espiritualmente motivada. Para poder alcanzar este tipo de muerte, la ética hindú permite el acortamiento de la vida cuando el dolor y la enfermedad obstaculizan el autocontrol.⁶⁵

El segundo argumento, así como el tercero, descansan sobre el sentido de la vida y la noción de corporeidad. El Hinduismo reconoce la renuncia como la máxima definición de la vida. La liberación (*moksha*) está íntimamente relacionada con la renuncia; es el desprenderse de la existencia material, incluyendo el cuerpo (el mismo es pasajero). El cuerpo, desde la perspectiva hinduista, no es un elemento configurador de la identidad personal, sino algo completamente tangencial y accidental del ser humano.⁶⁶ La ética hinduista no comprende porque la medicina moderna, en su afán de inmortalizar el cuerpo, no logra distinguir entre la prolongación de la vida y la prolongación de la muerte. Para ellos el *vivir* es mucho más que el estar vivo, es por esto que la práctica de la eutanasia voluntaria no supone la muerte, sino el cese de una corporeidad dolida que pertenece al mundo de la ficción y el tiempo.⁶⁷

⁶⁵ C. Crawford, *Hindu Developments in Bioethics*, Theological Developments in Bioethics, Kluwer Publishers, Boston, 1997

⁶⁶ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 106

⁶⁷ *Ibíd.* pág. 106

El argumento final reafirma la Regla de Oro. La misma, bajo la ética hinduista, tiene como principio el *daya* o compasión. El *daya*, haciendo referencia a la eutanasia, significa que si se acepta para uno mismo la práctica de la eutanasia, entonces es justo que la misma regla aplique a los demás.⁶⁸ Si bien es cierto que la eutanasia voluntaria es moralmente aceptada en el Hinduismo, la eutanasia involuntaria es rechazada bajo la ética hinduista por ser contraria al principio de autonomía. De igual forma la eutanasia pasiva y la no-voluntaria son repudiadas.

4. El Judaísmo y el mitah yafah

La historia del pueblo judío hace que el tema de la eutanasia cobre mayor importancia para ellos. Desde el año 1939 hasta 1941, el régimen Nazi de Hitler, llevo a cabo lo que denominó como el “Euthanasia Program” o “Action T4”; eventualmente desembocó en el Holocausto. El programa, en sus comienzos, estaba enfocado en recién nacidos y niños hasta la edad de tres años. Los médicos buscaban alguna indicación de retardo mental o deformidades físicas, entre otras cosas, y un panel compuesto de tres médicos, por decisión unánime, decidía si el niño vivía o no. El programa se extendió rápidamente para incluir jóvenes y adultos incapacitados.

El termino eutanasia tenía otra connotación para el régimen Nazi. El mismo representaba el programa de asesinatos clandestinos dirigidos a restaurar la integridad racial de Alemania, incluía aquellas personas que, según ellos, no eran dignas de vivir; entre ellos los judíos. Para los Nazis, los alemanes eran una raza superior y los judíos como una inferior representaban una amenaza para la comunidad

⁶⁸ C. Crawford, *Hindu Developments in Bioethics*, Theological Developments in Bioethics, Kluwer Publishers, Boston, 1997

alemana. Para el 1945, los alemanes y sus colaboradores, habían asesinado aproximadamente dos de cada tres judíos como parte de su “Solución Final”, la política Nazi de asesinar a los judíos en Europa.⁶⁹

La ley tradicional judía condena la práctica de la eutanasia pasiva o activa y la considera como un asesinato ya que la misma va en contra de los principios del judaísmo. Quien incurre en la misma es considerado y tratado como un asesino y si es el mismo enfermo quien provocó su muerte, se le considera suicida. Esta prohibición aparece expresamente escrita en un código judío (Code of Jewish Law 1927): “Aún cuando a alguien se le prolongue la agonía y esto cause aflicción al paciente y a su familia, permanece la prohibición de acelerar su muerte.” De igual forma, Maimónides en su célebre código legal escribe: “El moribundo debe ser visto bajo todos los aspectos como una persona viviente...el que lo toca ocasionándole la muerte, es culpable de derramar sangre.”⁷⁰

No obstante, esta terminante prohibición, en situaciones particulares de muerte inminente, la misma ley jurídica acepta, y a veces obliga, el aminorar el sufrimiento de quien va a morir, así lo expresa el texto de Proverbios 31.6: “Da bebidas fuertes a quien va a perecer.” Ahora bien, estas excepciones se refieren a cuando un enfermo está siendo mantenido con vida por medios extraordinarios o heroicos utilizados para prolongar la vida artificialmente.⁷¹ Autoridades rabínicas han expresado que si existe algún factor que obstaculice la muerte del enfermo moribundo, entonces es

⁶⁹ United States Holocaust Memorial Museum. “The Holocaust.” *Holocaust Encyclopedia*. <http://www.ushmm.org/wlc/en/?ModuleId=10005143>

⁷⁰ Sherwin, Byron, *Jewish Views of Euthanasia, Beneficent Euthanasia*, Marvin Khol (ed.), Prometheus Books, Buffalo, New York, 1975.

⁷¹ Gafo, Javier (ed.), *Bioética y religiones: El Final de la Vida*, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pág. 123

permitido el que se retire y no significaría una acción positiva (como en el caso de la eutanasia activa) sino más bien se considera como la eliminación de un impedimento para la muerte. Las visiones del judaísmo tradicional presentadas de forma general, son un ejemplo de las enseñanzas que esta religión promueve acerca del carácter sagrado de la vida.

III. Análisis

Después de haber hecho un breve recorrido por las distintas posturas religiosas en torno al polémico debate de la eutanasia, se puede colegir que sin duda alguna, no importa en qué religión nos basemos, una cosa sí es cierta y evidente, la vida es sagrada. Sin embargo, aunque proscriben la eutanasia, un análisis objetivo nos lleva a concluir que no necesariamente es así; tanto el catolicismo, el islamismo y el judaísmo tienen excepciones a su prohibición en determinadas situaciones de muerte. Las mismas aceptan que el uso de medios extraordinarios para preservar la vida pueden ser interrumpidos y no considerarse un asesinato. El judaísmo va más allá permitiendo y en ocasiones *obligando* a remover cualquier instrumento que impida la llegada de la muerte. De igual forma lo considera el islamismo, manifestando además, que contribuye a salvaguardar la dignidad de la vida y de la muerte del sufriente.

Tendríamos que preguntarnos entonces ¿no es esta acción considerada una forma de eutanasia?, ciertamente lo es si nos dejamos llevar por sus diversas definiciones; podría clasificarse bajo las formas de eutanasia pasiva que algunos autores presentan. Pero si uno literalmente piensa que una persona morirá solo cuando Dios decida, entonces importa poco si uno desconecta instrumentos o maquinarias o deja de tomar medicamentos. Si el momento de la muerte esta divinamente determinado, entonces nada de lo que un hombre o mujer puede hacer puede alterar ese hecho. Si Dios quiere

que una persona enferme, entonces ¿no son los tratamientos médicos una interferencia a la voluntad de Dios?⁷²

Es incomprensible que el Estado exponga como fundamento para no aceptar el “derecho a morir” como uno fundamental su deber de proteger la vida, pero sin embargo, no proscribe la pena capital. Como es posible que el mismo Estado que considera la eutanasia activa como un asesinato, pueda, sin mayores consecuencias, matar a otro ser humano, *en contra de su voluntad*, por el hecho de haber cometido un crimen; ¿dónde dejó el Estado su interés de preservar la vida?, ¿en qué se diferencia ese acto al de la eutanasia activa? En esencia el estado está llevando a cabo el mismo acto que proscribe. Básicamente los argumentos del estado giran en torno a la distinción *de matar y dejar morir* (eutanasia activa y eutanasia pasiva; intención y omisión), considerando que cuando el paciente rehúsa el tratamiento médico que le está prolongando la vida la persona muere de la enfermedad que sufre; pero si el paciente ingiere una dosis letal de medicamento prescrita por un médico, el medicamento es quien lo mata; ¿y la pena de muerte, no cae bajo este último supuesto?

IV. Conclusión

No resulta sencillo aceptar la muerte, especialmente cuando la misma acontece de forma prematura; es un tema que muchos quisiéramos no tocar. Sólo sabemos que el momento llegará; cuándo y cómo son las eternas interrogantes. Mientras tanto, un suceso que es inevitable y natural, se ha transformado hoy día, en determinadas circunstancias, en una polémica desgarradora. Los avances en la medicina moderna han contribuido a este fenómeno, pero

⁷² Urofsky, Melvin, *Lethal Judgments: Assisted Suicide and American Law*, University Press of Kansas, 2000, pág.32-33.

no necesariamente toda la culpa recae en la medicina, nosotros también tenemos que responsabilizarnos. El problema no es la tecnología ni los avances en el campo de la medicina, pues estos han contribuido con grandes beneficios, el dilema se centra en cómo se utilizan. ¿Pueden siempre estos avances médicos llevar a una mejor vida?, seguramente no. Nos hemos concentrado tanto en la prolongación de la vida que se ha perdido de vista la importancia de su calidad. Si bien es cierto que la vida debe protegerse y preservarse, hay que pausar y analizar hasta qué extremo es prudente hacerlo. En el concepto de protección y preservación de la vida tiene que necesariamente estar incluido el elemento de calidad de vida. El problema no es el preservar la vida y protegerla, el verdadero problema es hasta qué punto. No me cabe duda alguna sobre la sacralidad de la vida y que la decisión de la muerte no nos toca a nosotros los seres humanos sino a Dios, pero hay que calzarse en los zapatos de otros. Quien no ha experimentado una enfermedad terminal o incurable, solo puede imaginarse la agonía que pasan estas personas, y por tanto se le hace muy simple hablar de la preservación de la vida. La historia es otra para quien la padece. Las tradiciones religiosas definitivamente ayudan e influyen en la toma de decisiones que podría tener una persona al enfrentarse a la disyuntiva de seguir o no con un tratamiento que no da resultado, sin embargo esto no significa que se le puedan ofrecer otros mecanismos para terminar con su agonía, como la eutanasia activa y voluntaria, a quienes así lo pidan.

Es una decisión muy personal y no se debiera permitir que la autonomía de otra persona se imponga sobre la autonomía y voluntad de quien padece la enfermedad. La determinación final debería estar en manos del enfermo, es éste quien debería precisar, a la luz de sus valores religiosos y su deseo de no vivir más, si es correcto o no la acción eutanásica.

La pena de muerte, la eutanasia y la inyección letal

Por: Marisara Quiñones Ortiz¹

La diferencia entre quitarle la vida a una persona sin su consentimiento
(asesinato)

y quitarle la vida con su consentimiento (suicidio asistido)

es la misma que hay entre quitarle 50 euros
sin su consentimiento (robo)

y tomarlos con su consentimiento (donación).

El *consentimiento* con respecto a la propiedad de uno mismo es la clave,
lo que distingue la agresión de la no-agresión.

Albert Esplugas Boter

Introducción

El 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada por votación de 48 países a favor y 8 abstenciones², lo que representó un paso significativo en la lucha de los intentos del ciudadano ante el control gubernamental que para entonces podía afectar aspectos tan esenciales como la vida misma. Como parte del sesenta aniversario de la redacción de la declaración, uno de los objetivos de este escrito pretende conmemorar el derecho a la vida según comprendido dentro del artículo tres de dicha proclama. La misma, fue redactada en reacción a las atrocidades cometidas contra millones de seres humanos durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Sesenta años más tarde, el debate a cerca de la autoridad estatal sobre el derecho a la vida continúa siendo objeto de grandes controversias jurídicas. Muchos derechos fundamentales continúan siendo violados. De igual manera se

¹ Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

² *Yearbook of the United Nations, 1948-49*. Lake Success, New York, United Nations, 1950.

destaca el debate sobre el rol del Estado y ciudadanos particulares sobre la privación de la vida de reos considerados peligrosos o de personas postradas en estado terminal. En ambos casos, la terminación de la vida puede ser considerada una solución viable, final y económica a problemas sociales muy serios. Sin embargo, una de las variantes de la eutanasia, la que conlleva participación y el deseo explícito de un paciente agonizante y postrado en cama es considerada irónicamente ilegal en 49 de los 50 Estados de la unión americana.

¿Cuán injusto puede ser el Estado al permitir que una ejecución mediante la pena capital se lleve acabo en una forma “más humana” para un reo al que se considera un criminal y, sin embargo, prohibirle a una persona cuya enfermedad es terminal y tormentosa utilizar el mismo instrumento para acabar con su sufrimiento? ¿Constituye un castigo cruel dejar morir de forma “natural” al enfermo o utilizar el método de inyección al que se somete al reo? ¿Cuáles son los aspectos éticos de cada uno? ¿Es legítimo el fin último que tiene el Estado al expresar su intención de preservar la vida humana?

En los últimos años el debate público en los medios de comunicación no ha cesado. Por ejemplo, *Hollywood* nos ha traído a la pantalla grande guiones basados en hechos de la vida real en torno a la pena de muerte tales como *The Life of David Gale* (2003) y *Monster* (2004). De igual forma, en el ámbito judicial, el conocido caso de Ángel Díaz Nieves ocupó las primeras planas de los rotativos puertorriqueños en diciembre de 2006.

Por su parte, el tema de la eutanasia tampoco ha quedado en el olvido en estos tiempos. Son bastantes las publicaciones que tratan sobre la controversial decisión de terminar prematuramente con la vida de pacientes en estado de salud

terminal. Asimismo, películas como *Million Dollar Baby* (2004) y *Mar Adentro* (2004) han logrado cultivar ese complicado debate en nuestros días.

Este trabajo investigativo pretende construir un análisis crítico de ambos procesos utilizados para la terminación de la vida mediante la aplicación de la inyección letal. Está dividido en cuatro (4) partes principales. Primero se discutirá un trasfondo histórico y jurídico de la pena capital. Segundo, se discutirá el marco histórico de la eutanasia, las leyes y la jurisprudencia aplicables. Luego se integrarán ambos procesos a un análisis que propone cuestionar las posturas del Estado ante ambos, con el fin de resaltar cómo éste interpreta o aplica el concepto de la “piedad” al momento de morir. Para finalizar, la última parte, constará de la conclusión.

I. Pena de Muerte

A. Trásfondo histórico

La pena capital, desde la antigüedad, ha sido utilizada por el Estado como un mecanismo de control, opresión e intimidación social. Tradicionalmente, los dos delitos más castigados con la ejecución han sido la traición al Estado y el asesinato. Puede señalarse que el caso de pena de muerte más famoso de todos los tiempos lo fue el de Jesucristo. El escenario que lo presenta crucificado junto a dos criminales representa esa intención por parte del Estado para establecer el control social y religioso.

Entre las primeras civilizaciones que codificaron la pena de muerte se encuentran los egipcios, los babilonios³, los

³ El *Código de Hammurabi* de los babilonios está basado en la idea de reciprocidad del delito y del castigo. Se entendía que la divinidad del cielo

hebreos, y los griegos, entre otros. Se puede destacar que los hebreos codificaron las conductas que conllevarían la pena de muerte en los primeros cinco libros del *Pentateuco* basándose en la *Ley del Talión*.⁴ El método de ejecución más conocido y utilizado por los judíos fue por lapidación⁵, que nos recuerda el polémico caso bíblico de María Magdalena, condenada a muerte por prostitución.

Por otro lado, los romanos se convirtieron en los ejecutores por excelencia de la pena capital, tanto en Roma como en Bizancio. En el año 528 d.C. el emperador bizantino Justiniano, recién convertido al cristianismo, decretó una serie de condenas a muerte contra todo tipo de vestigio pagano. Entre sus métodos sobresalieron la crucifixión, el veneno, los gladiadores, la decapitación, la quema, y el lanzamiento de los condenados a las bestias.

Más tarde, durante la Edad Media con el triunfo del Cristianismo y la creación de la Inquisición, la pena de muerte a través del fuego se convirtió en una especie de ritual de purificación. La Iglesia condenaba a todo aquel que profesara una religión o creencia distinta, siendo así los judíos, los herejes y las temidas brujas las principales víctimas de esta institución. La quema, los autos de fe, las ordalías, y la horca fueron los métodos más comunes que el Estado y la Iglesia

delegaba funciones de gobierno a las autoridades de la tierra. José Luís Corral, *Historia de la pena de muerte*. p.19

⁴ “Ojo por ojo, diente por diente”.

⁵ [...] Arrojar piedras a un condenado supone un acto de comunión y complicidad de todos cuanto participan en la ejecución, una especie de venganza colectiva. Fue muy utilizada por los hebreos, y en la Biblia aparece con frecuencia, tanto que el propio Jesucristo para referirse a que nadie está libre de pecado utilizó la frase “que tire la primera piedra”. José Luís Corral, *op.cit.*, p.180

utilizaron en este período para poder unificar imperios y reinados a través del esparcimiento del terror.

En Inglaterra, en el siglo 16 los reinados de Enrique VIII e Isabel I ejecutaron cerca de doscientas mil (200,000) personas, muchos de los cuales cometieron delitos triviales punibles bajo la pena capital.⁶ Esta cifra resulta alarmante si se considera que la población de Inglaterra fluctuaba entre los cuatro millones (4,000,000). Durante los siglos 17, 18 y 19, la pena de muerte se tornó en una práctica excesiva. La cuna del *common law*, llegó a tener para el 1820 más de doscientas (200) penas capitales promulgadas.⁷ A mediados del siglo 19 sólo quedaba el asesinato como única conducta cuyo castigo correspondiente era la pena de muerte. Un siglo más tarde la misma fue abolida en toda Gran Bretaña.⁸

A partir del siglo 18, se desarrollaron otros eventos que se destacaron por numerosas ejecuciones. Por ejemplo, Revolución Francesa, durante la cual se utilizó y popularizó uno de los instrumentos de ejecución más nefastos, la guillotina, en contra del rey Luis XVI y de su esposa María Antonieta en 1793. Asimismo, durante las primeras décadas de los 1800, durante las guerras de independencia en América Latina, los movimientos a favor de la abolición de la esclavitud y el desarrollo de nuevas corrientes políticas radicales en Europa, la pena de muerte continuó siendo el arma perfecta utilizada por Estados para controlar las masas.

Entrado el siglo 20, la pena capital pasó por un proceso de modernización. Ya desde los 1800, el fusilamiento se había convertido en un estilo de ejecución “con clase”. Durante los

⁶ Lewis Lyons, *Historia de la Tortura*. México, Editorial Diana, 2005. p.157

⁷ Nina Rivkind and Shatz, Steven F. *Cases and Materials on The Death Penalty*. Second Edition, St. Paul, MN, Thomson/West, 2005. p. 21

⁸ *Ibíd.*

1900, sin olvidar el método tradicional de la horca, los avances tecnológicos como la energía eléctrica y los químicos, brindaron a los Estados con opciones adicionales al momento de disponer de la vida de los reos condenados a muerte, entre ellos la atroz maquinaria de ejecución de la Alemania nazi⁹. Entre los instrumentos más conocidos se encuentran la silla eléctrica y la inyección letal. Ambas, especialmente la segunda, continúan en uso hoy en día.

Por otro lado, las primeras posturas en contra de la pena capital no se hicieron esperar. Como parte de las mismas cabe señalar la figura cimera del milanés Cesare Beccaria (1738-1794), quien es considerado el padre de la oposición legal a la pena de muerte a través su obra *De los delitos y de las penas* (1764). Hasta finales del siglo 18, no hubo una postura firme, basada en principios jurídicos que refutara con argumentos de peso a las posturas oficialistas del Estado en cuanto a la necesidad y utilidad de la pena capital.¹⁰

Sin lugar a dudas, la obra de Beccaria abrió las puertas a un cambio con relación a los principios filosóficos que, hasta entonces, dominaban sin rival la concepción ideológica sobre el crimen y el castigo. Filósofos *ilustrados* de renombre como Voltaire, Montesquieu y Rousseau fueron influenciados grandemente por Beccaria¹¹. De igual forma, el milanés influenció sobre la substitución de las ejecuciones como método de sentencia casi obligatorio por el nuevo sistema carcelario. Sin embargo, tal y como puede observarse en la actualidad, a comienzos del siglo 21, la pena capital continúa

⁹ Ver José Luis Corral, *op cit.* p. 88-89

¹⁰ *Ibid.* pp.79-86

¹¹ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Tercera edición, Bogotá, Editorial Temis, S.A. 2000. Tomado de los apuntes introductorios de Núdieo Aguedo Betancur, p. XVII.

siendo considerada por numerosos Estados como un método de ajusticiamiento genuino.

B. Leyes y jurisprudencia

Países como Estados Unidos han adoptado métodos de ejecución, tales como la inyección letal o gas letal, considerando que estos son métodos de ejecución de vanguardia, y que, supuestamente, evitan el sufrimiento del condenado y aceleran su ejecución. Para muchos, esta postura no resulta del todo convincente. Siempre queda la duda presente entorno a si estos métodos causan dolor, sufrimiento y hasta pudiesen constituir un serio acto de tortura al ser humano, cercenando de esta forma lo más preciado: la vida. La Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos prohíbe al Estado infligir castigos crueles e inusuales.¹²

En reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha pronunciado sobre este asunto. Entre los casos más notorios se encuentran *Furman v. Georgia*¹³, la controversia principal era si la pena de muerte constituía un castigo cruel e inusual en violación de la Octava Enmienda. Sin embargo el Tribunal nunca contestó realmente cuales eran los límites que dicha enmienda le imponía a los Estados. Como no hubo opinión mayoritaria cada uno de los jueces redactó una opinión legal separada. La balanza se inclinó hacia el desfavorecimiento de la pena capital y ese año la decisión tuvo un enorme efecto sobre la nación norteamericana.

¹² U.S.C.A. Const. Amend. VIII

¹³ 408 US 238

En su opinión, el Juez Brennan hizo una comparación de la pena de muerte con el exilio. Según el juez, el exilio es un castigo que conlleva la “destrucción de su existencia política y despoja al individuo de su estatus ante la comunidad nacional e internacional”. Pero la muerte “no sólo destruye su existencia política sino su verdadera existencia”. Estableciendo de esta forma una diferencia entre los derechos del exiliado, que en algún momento de su vida pudiera recuperar, versus la imposibilidad de recuperarlos ante la muerte misma.

Los jueces que componían la mayoría concurrieron en que no había uniformidad en el proceso y que el mismo estaba grandemente desviado gracias a factores sociales, racistas y económicos. Y, por último, que la pena de muerte es un castigo que se sale de proporción, siendo así demasiado cruel y severo. Esta decisión tuvo mucho impacto en la nación norteamericana. La misma invalidó cuarenta (40) estatutos en distintos Estados relacionados a la pena de muerte y dejó sin efecto aproximadamente seiscientos (600) sentencias de muerte¹⁴.

Cuatro años más tarde se aprobó *Gregg v. California*¹⁵, en el cual se contesta si para los efectos de la Octava Enmienda la imposición de la pena de muerte constituye un castigo cruel e inusual. Se determinó que la pena de muerte no era un castigo cruel, arbitrario ni caprichoso, no violaba la Constitución, por lo tanto la pena capital es totalmente constitucional.

¹⁴ Nina Rivkind and Shatz, Steven F. *op. cit.* p.76

¹⁵ 428 U.S. 153

Durante el mismo año, el Tribunal Supremo resolvió otra controversia similar en *Woodson v. North Carolina*¹⁶. En este caso la controversia iba dirigida a si la imposición de la pena de muerte como única alternativa en el estado de North Carolina era constitucionalmente válida a la luz de la Octava Enmienda. Por ser de carácter mandatorio y no dar margen a que un jurado pueda tomar la desición entre cadena perpetua o pena de muerte, lo que de ser injustamente impuesto sería irreversible, se revocó la sentencia de ese Estado que le imponía automáticamente al acusado la pena de muerte en delitos de asesinato en primer grado. La corte entendió que dicho estatuto era demasiado rígido, poco flexible y no tomaba en cuenta factores mitigantes al momento de juzgar a un ser humano. En esta ocasión esta práctica en específico se declaró inconstitucional y cruel a la luz de la Octava Enmienda.

Como parte de los comentarios oponentes a la pena de muerte se han levantado una serie de argumentos relacionados al tema de la crueldad. Entre estos argumentos surge el tema de la larga espera por la ejecución. Ese momento se inicia desde que se dicta la sentencia hasta el momento de la ejecución y es un proceso que puede tardar aproximadamente de unos 9 a 25 años. Uno de los aspectos más tristes del proceso lento y tormentoso es que el reo puede acudir en apelación al Tribunal lo que hace que la esperanza por la vida aumente más, pero en la gran mayoría de las ocasiones sus peticiones son denegadas. Una vez se le cierran las puertas de la justicia o se confirma lo dictaminado en el foro anterior comienza una vez más el desaliento y el estado de ánimo suicida del condenado¹⁷.

¹⁶ 428 U.S. 280

¹⁷ Amnistía Internacional, *Cuando el Estado es el que mata...Los derechos humanos frente a la pena de muerte*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 1989, p.78

Como si el proceso no fuera de por sí lo suficientemente tormentoso, el preso es aislado durante años en áreas especiales mejor conocidas como “la galera de la muerte” o “pabellón de la muerte”¹⁸. En *Gore v. Florida*¹⁹ el Tribunal Supremo del Estado de la Florida se expresó en el 2007 en torno a este asunto. Gore argumenta que el permanecer 23 años en la galera de la muerte es una forma de tortura, que es cruel e inusual y por lo tanto viola los preceptos de la Octava Enmienda. El Tribunal responde firmemente que 23 años en espera de ser ejecutado no constituye un acto cruel e inusual y que ningún Tribunal, federal o estatal, ha aceptado este argumento en torno a la estadía prolongada. De igual forma se expresó en *Booker v. Florida*²⁰ al señalar que permanecer 30 años en la galera de la muerte no era un acto inhumano y excesivo por parte del Estado. La naturaleza del castigo es de por sí dura y desesperante para una persona que lleva aislada en condiciones infrahumanas durante tantos años y cada caso parece un relato sacado de un libro de historia medieval.

Pero, ¿qué sucede cuando el proceso a simple vista se torna arbitrario? ¿Qué sucede cuándo comenzamos a enviar a inocentes a la galera de la muerte? Ese es precisamente el caso de Juan Roberto Meléndez Díaz (en adelante Meléndez Díaz), un puertorriqueño que pasó 18 años esperando a ser ejecutado en prisión, fue declarado culpable por un jurado compuesto de 11 blancos y un negro y fue sentenciado a morir, en el 1984, después de un juicio que duró tres días. Meléndez Díaz logró demostrar su inocencia después encontrar un grabación del verdadero asesino, cuyo nombre era Vernom James, confesando su crimen. El relata que tuvo que luchar durante muchos años contra el sistema por que no

¹⁸ *Ibid.*, p.75-78.

¹⁹ 964 So. 2d 1257 (2007)

²⁰ 969 So. 2d 186 (2007)

sabía hablar o escribir inglés y fueron sus compañeros de prisión quienes le enseñaron. Salió de la prisión el 31 de enero de 2002 y la única compensación que le hizo el Estado fue \$100.000 dólares, un par de pantalones y una camisa.²¹

Lamentablemente Ángel Nieves Díaz (en adelante Nieves Díaz), otro puertorriqueño convicto y sentenciado a morir no corrió la misma suerte de Meléndez Díaz. Nieves Díaz fue sentenciado a muerte en el 1986 por el asesinato del dueño de una barra en Miami. El 29 de diciembre de 1979 tres hombres armados asaltaron una barra “topless” en Miami y asesinaron al dueño de la misma. Desafortunadamente no hubo testigos que presenciaron quien fue el que disparó el tiro mortal. Entre estos tres hombres se encontraban Ángel Nieves Díaz y Ángel Toro, quien de inmediato se declaró culpable para recibir una cadena perpetua correspondiente a un asesinato en segundo grado. Durante el proceso de enjuiciamiento a Ángel Nieves Díaz tres personas declararon a su favor y todos ellos concurrían en que Nieves Díaz no había causado tal disparo sino que había sido Ángel Toro.

No obstante, hubo un testigo que declaró en su contra. Un compañero de celda de Nieves Díaz explicó como este último le había confesado que él había disparado aquella noche. Años más tarde este testigo confesó bajo juramento haber mentido en el pleito, según él Nieves Díaz nunca hizo tal confesión.

El proceso llevado a cabo en contra de este ser humano estuvo plagado de irregularidades. Entre éstas, la desproporción entre ambas sentencias, siendo una la pena

²¹ Jennifer W. Sánchez, *Activist plucked from death row: After almost 18 years, inmate wins freedom after lawyer finds killer's taped confession*, The Salt Lake Tribune, 11-13-08 Salt Lake Trib. 2008 WLNR 16533 75

capital y la otra cadena perpetua, la existencia de serias dudas sobre quien ultimó la vida de este individuo y el hecho de que el testigo y compañero de celda se retractara, sembrando así serias dudas sobre la culpabilidad de Nieves Díaz.²² Tal y como dijo el Gobernador de Puerto Rico en aquel entonces, Honorable Aníbal Acevedo Vilá, en una carta enviada al Gobernador de la Florida Jeb Bush pidiendo clemencia por el puertorriqueño, Nieves Díaz siempre clamó su inocencia, no tuvo una representación legal adecuada por que se defendió a sí mismo en el juicio con la ayuda de un traductor por que no dominaba bien el idioma.²³ Al igual que Meléndez Díaz, Ángel tuvo que luchar contra el sistema sin entender claramente el juicio que se ventilaba en su contra, esfuerzo que terminó siendo, contrario al otro puertorriqueño, uno totalmente infructuoso.

Ciertamente el proceso discriminatorio en contra de Nieves Díaz no fue el único acto cruel que el Estado cometió en su contra, sino más bien fue el primero. Cómo si fuera poco, en Estados Unidos se ejecutan a los condenados a muerte en la mayoría de los casos hoy día utilizando la inyección letal por ser el método considerado por las autoridades como el más rápido, eficaz y humano que existe.

De hecho, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos acaba de pronunciarse durante este año (2008) al respecto en *Baze v. Reese*²⁴. La naturaleza de la controversia en el presente caso iba dirigida a resolver si el método de ejecución mediante inyección letal constituía a la luz de la Octava Enmienda²⁵ un acto cruel e inhumano. En la opinión

²² Amnesty International Ángel Nieves Díaz

²³ Jacobo Córdoba Chirino, *Los que murieron en la horca*, sexta edición, 2007, Editorial Cordillera, Inc., Guaynabo, Puerto Rico, p. 255.

²⁴ 128 S.Ct. 1520

²⁵ U.S.C.A. Const. Amend. VIII

mayoritaria el Tribunal Supremo hizo un análisis exhaustivo sobre como se lleva acabo el procedimiento desde la perspectiva específica del estado de Kentucky.

Normalmente el método consiste de tres pasos o tres inyecciones distintas. La primera inyección es un sedante conocido como *tiopental sódico* que induce a un estado profundo de inconciencia casi a un nivel catatónico. La segunda inyección, *bromuro de pacuronio*, inhibe todo tipo de movimiento músculo-eskeletal, paraliza el diafragma y detiene la respiración. La tercera inyección, *cloruro de potasio*, estimula las contracciones del corazón produciendo un ataque cardíaco. En el estado de Kentucky se administra la primera dosis de *tiopental sódico* mientras el custodio del prisionero observa si dentro del primer minuto el sedante ha dejado al reo en el estado de inconciencia esperado. De no ser efectiva esta primera dosis se procede a administrar una segunda del mismo sedante antes de pasar al *bromuro de pacuronio* que minutos después producirá la parálisis muscular.²⁶

Según el protocolo establecido en Kentucky el fin de este paso es cerciorarse de que el prisionero caiga en un estado profundo de sueño parecido al de un coma con el propósito de evitar infligir un sufrimiento innecesario y "dignificar" el proceso. La opinión avala completamente la postura del estado de Kentucky y le impone la carga a la parte demandante de probar a la luz de la Octava Enmienda que existe una exposición perjudicial y un riesgo inminente de sufrimiento, no meramente la posibilidad de dolor.

Precisamente, a Ángel Nieves Díaz no cayó inmediatamente en ese estado de inconciencia, permaneciendo

²⁶ José Luis Corral, *op.cit.* p. 178.

así la mayor parte de tiempo, o sea unos veinticuatro (24) minutos despierto, haciendo gemidos, parpadeando los ojos, y aparentando murmurar algunas palabras. Luego de una segunda ronda de inyecciones Nieves Díaz expiró treinta y cuatro (34) minutos después de haberse iniciado el proceso²⁷.

II Eutanasia

A. Trasfondo histórico

Desde tiempos antiguos la eutanasia fue practicada como un método viable para evitar el sufrimiento de seres humanos y animales moribundos, especialmente aquellos que sufrían de intenso dolor. Continuamente se expresaron a favor de la muerte inducida diferentes personalidades, catalogándola de “muerte piadosa” o “muerte honrosa”.

Puede señalarse tres tipos de eutanasia practicada desde tiempos pre-cristianos: la ritual, la medicada, y la autonomizada.²⁸ En cuanto a la ritual pueden mencionarse las tradiciones esquimales de abandonar ancianos sufriendo enfermedades terminales o agonizando en las heladas intemperies, con alimentos para que algún oso termine con su vida²⁹ Asimismo, sociedades indígenas centroamericanas pedían la preparación de algún brebaje venenoso para terminar con la vida de los desquiciados.³⁰

²⁷ Amnesty International, (2007), *Execution by lethal injection A quarter century of state poisoning*, obtenido en la red mundial el 17 de noviembre de 2008: <http://www.amnesty.org/en/library/asset>

²⁸ Ana María Marcos del Cano, *La Eutanasia: Estudio filosófico-jurídico*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.1999. p.25

²⁹ *Ibíd.* p.29

³⁰ *Ibíd.*

En la antigua Grecia la vida de los ciudadanos “más débiles” dependía de la voluntad del Estado. Hubo un interés completamente abierto a eliminar a todo aquel que “no sirviera para nada”. Sin embargo, también en la antigua Grecia hubo disidencia sobre la aplicación de la eutanasia. Mientras, por un lado Platón se expresaba a favor de ese método de “limpieza social”, el padre de la medicina Hipócrates señalaba: “no suministraré a nadie, ni siquiera si me lo piden, ningún fármaco mortal, ni lo propondré como consejo”.³¹

Otro de los escenarios más propicios para la eutanasia fueron los campos de batalla. Cuando un soldado caía herido de gravedad, resultaba muy común darle muerte “piadosa” y “honorable” y así evitar el sufrimiento del mismo. En estos casos y posturas, con la excepción de Hipócrates, existió una valoración hacia la calidad de vida más que sobre el hecho de la existencia misma.

La Biblia no se queda atrás, también contiene ejemplos de sucesos que conllevaron la aplicación de la eutanasia. Se menciona la muerte de Saúl, quien herido de muerte fue “asistido en su suicidio”. De esta forma, según las Sagradas escrituras, Saúl murió de una forma “piadosa”. Incluso, el mismo Jesús recibió “asistencia” de la hermana de Judas Iscariote, cuando agonizándose le dio a aprobar una esponja empapada con “Vino de Morian” para acabar con su suplicio mientras estaba en la cruz.³²

Esta opinión del a eutanasia como un método válido para ayudar a personas moribundas o aquejadas por enfermedades

³¹ *Ibid*, cita a C. Lega, *Manuale di Bioetica e de Ontologia Medica*, Milano, 1991, p.284

³² *Ibid* p.24

mortales palideció con el triunfo del cristianismo como religión oficial de occidente. De acuerdo a las doctrinas cristianas, la vida obtenía un matiz exagerado. Sin embargo, a partir del Renacimiento algunos pensadores cristianos, claramente influenciados por las filosofías griegas y romanas, como Thomas More –autor de la Utopía–. More apoyó la eutanasia, siempre y cuando fuera necesaria, para ayudar a una muerte piadosa y honrosa. Según More eran los magistrados y los sacerdotes los indicados a aprobar la eutanasia. Por el contrario, una vez la confianza en la medicina aumenta, Francis Bacon señaló que el médico era el indicado para aplicarla.

Si nos transportamos a las terceras y cuartas décadas del siglo XX, encontraremos unos de los casos de eutanasia más controversiales. En lo que representa una adaptación de la mentalidad espartana de “eliminar a todo ser humano inútil”, las autoridades de la Alemania Nazi llevaron a cabo un proyecto masivo de eutanasia. Las víctimas fueron personas que sufrían retraso mental o problemas físicos³³, cuyo estado de salud contradecían abiertamente la teoría utópica de *la raza perfecta o aria*. Sin embargo en 1935, antes del proyecto de exterminio Nazi, una sociedad que buscaba el visto bueno de las autoridades hacia la “eutanasia piadosa” surgió en Inglaterra. La *Voluntary Euthanasic Society* comenzó utilizando las siglas EXIT³⁴ como un claro mensaje a los enfermos que sufrían dolorosos padecimientos terminales: “la eutanasia es la salida al doloroso y mortal padecimiento”.

En 1994 Holanda se convirtió en el primer país industrializado en legalizar la eutanasia. Según la desición

³³ Francisco Farfán Molina, *Eutanasia, Derechos Humanos y Ley Penal*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996. p. 47.

³⁴ Ana María Marcos del Cano, *op.cit.*, p. 31-32.

parlamentaria, la eutanasia sigue siendo un delito del código penal, pero no si es llevada a cabo por médicos bajo ciertas circunstancias, entre ellas la evaluación del paciente por dos médicos que concuerden con la viabilidad del proceso y la solicitud formal del paciente en varias ocasiones hasta que no quede duda razonable de sus intenciones.³⁵ De no seguir estos procedimientos, el médico se expondría a ser procesado por homicidio. Desde antes de su aprobación ya la eutanasia se venía practicando bastante a menudo, se calculan unas 2,300 muertes a causa de este procedimiento para 1993.

B. Leyes y Jurisprudencia

El derecho a morir se ha relacionado anteriormente al interés libertario cobijado bajo el debido proceso de ley tanto de la Quinta Enmienda como de la Decimocuarta.³⁶ También la Corte Suprema de los Estados Unidos ha expresado que queda implícito el derecho a la igualdad de protección de las leyes que ostenta todo ser humano en ambas cláusulas. En el pasado este mismo Tribunal tuvo la oportunidad de abordar el tema de la eutanasia en *In re Quinlan*.³⁷

Karen A. Quinlan fue una joven de 21 años que quedó en estado de coma tras ingerir una combinación letal de drogas y alcohol. Sus padres hicieron una petición al hospital para que se le removiera el tubo por el cual respiraba, pero que no se removiera el tubo por el cual se alimentaba. El hospital manifestó estar en desacuerdo por creer que tal acto constituía un homicidio. El Tribunal Supremo de el estado de Nueva Jersey expresó que existen ciertas circunstancias en las que el individuo puede rechazar tratamiento médico cuando el

³⁵ Francisco Farfán Molina, *op. cit.* p. 47

³⁶ Const. de E.U., Enmiendas I, IV, V, XIV.

³⁷ 355 A. 2d 647 (N.J. 1976)

paciente demuestra un estado vegetativo persistente que lo incapacite de poder recobrar sus funciones cognitivas. Estas circunstancias se antepónían al interés que tiene el Estado en preservar integridad de la vida humana.³⁸

En el caso de *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*³⁹ la Corte Suprema de la nación llega a una conclusión similar a la del caso *Quinlan*. Establece que el individuo si tiene un derecho a negarse a recibir tratamiento médico pero que esta voluntad tiene que expresarse mediante evidencia de forma clara y convincente por los padres o tutores legales de paciente. Deben estos demostrar que la intención de estos pacientes es que se le remueva el tratamiento que los mantiene con vida evitando así que se tomen desiciones arbitrarias en contra de estos.

Estos casos previamente discutidos ilustran formas de **eutanasia pasiva**, esta se define como el rechazo al tratamiento que mantiene al paciente con vida. Es cuando se le remueven las máquinas que lo alimentan y le brindan oxígeno al paciente para que este muera de forma "natural". De esta forma ningún tercero está acelerando ni interviniendo con el destino del paciente, provocando lo que se conoce como un suicidio asistido.⁴⁰

Por otro lado existe la **eutanasia activa**, en esta modalidad el paciente conciente de sus actos pide formalmente ser asistido en el aceleramiento de su muerte por sufrir en la mayoría de los casos un dolor insoportable. El médico que lo asiste por lo general le receta una dosis letal de

³⁸ *Ibid.*

³⁹ 110 S. Ct. 2841 (1990)

⁴⁰ Cathleen DeSimone, *Death on Demand: Physician-Assisted Suicide in the United States a Legal Research Pathfinder*, Buffalo, New York, William S. Hein & Co. Inc. 1996. p. 8

píldoras para el dolor u otro tipo de método para que muera y de esta forma no siga sufriendo.⁴¹ En Estados Unidos según lo discutido anteriormente si está permitido como parte de la libertad que tiene todo ser humano rechazar el tratamiento médico. Pero en ocasiones donde el dolor y el proceso es demasiado despiadado existen otro tipo de pacientes que desean acelerar su muerte para evitarse tanta degradación. Este último es el que más controversia a suscitado en los estados de la nación.

La diferencia estriba en que la primera se causa la muerte de forma negativa por dejar de suministrar el tratamiento que lo mantiene con vida y la segunda se causa la muerte de forma positiva, o sea, administrando una sustancia que le provoque la muerte al paciente.⁴² Para algunos la eutanasia pasiva en realidad no parece diferenciarse mucho de la activa por que “no se sabe si cuando el médico desconecta la máquina respiratoria que mantiene al paciente con vida está participando *activamente* en prevenir que este respire u *omitiendo* el proveer aire.”⁴³ Realmente parece ser que la **eutanasia pasiva** requiere cierto tipo de acción por parte del galeno para lograr que el paciente muera de forma “natural”.

En el 1997 el Tribunal Supremo tuvo nuevamente la oportunidad de expresarse en torno a la eutanasia y la diferencia que existía entre ambas en el caso *Washington v. Glucksberg*.⁴⁴ Tres pacientes terminales, cuatro médicos y una organización sin fines de lucro habían impugnado la constitucionalidad de un estatuto del estado de Washington en

⁴¹ *Ibid.*, p.9

⁴² Pedro Cabán Vales, *El Derecho a Morir en el contexto del Derecho a la Intimidad: Rechazo de Tratamiento Médico Vital, Eutanasia y Suicidio Asistido*. 72 Rev. Jur. U.P.R. 1139

⁴³ DeSimone, *op.cit.*, p.9

⁴⁴ 521 U.S. 702 (1997)

el cual se castigaba a toda persona que asistiera a un tercero a cometer suicidio mediante cinco años de cárcel o una multa de \$10,000 dólares.⁴⁵

La disyuntiva existía toda vez que estatuto llamado *Ley de Muerte Natural* sostenía que “remover o privar tratamiento necesario para mantener con vida aun paciente, bajo la autorización y orden de este, no constituirá bajo ningún propósito, un suicidio”.⁴⁶ La controversia presente en este caso era si la libertad ya protegida, según lo decidido en *Cruzan*⁴⁷, por la cláusula del Debido Proceso de Ley incluía el derecho a cometer suicidio que a su vez incluye el derecho a ser asistido en ese proceso.⁴⁸

El juez Rehnquist quien fue el que redactó la opinión concluyó que el estatuto de Washington no violaba la Enmienda XIV al ser aplicada a “adultos competentes con enfermedades terminales que deseaban acelerar su muerte”.⁴⁹ Las razones que tuvo para concluir de esta forma fueron primero que el estado de Washington tenía un interés en preservar la vida humana. Segundo, que ese mismo estado tiene un interés especial en prevenir el suicidio por que constituye un problema de salud muy serio en especial para los grupos más vulnerables. Tercero evitar envolver a terceros y el uso de influencia arbitraria e injusta en contra de los grupos vulnerables como las personas de la tercera edad o los discapacitados. Cuarto proteger a los miembros de la familia y a los seres queridos. Quinto, proteger la integridad y la ética de la profesión médica por que podría dañarse a la confianza que existe entre el médico y el paciente cuando se borra la

⁴⁵ Wash. Rev. Code § 9A.36.060 (1) (1994).

⁴⁶ Wash. Rev. Code § 70.122.070 (1) (1979).

⁴⁷ *Supra*.

⁴⁸ *Op. cit.* p. 723

⁴⁹ *Ibid.* p.735

línea que hay entre sanar y perjudicar. Y por último, evitar futuros movimiento en contra de la eutanasia y otros abusos.⁵⁰

De nuevo en el 1998 surge una duda similar cuando parecido al caso anterior tres pacientes con enfermedades terminales y tres médicos que estaban dispuestos a ayudarlos a darle forma al final de sus vidas cuestionan al Tribunal Supremo si permitir que una persona rechace tratamiento médico vital sería lo mismo que permitir un suicidio en *Vacco v. Quill*.⁵¹ A diferencia de los demandantes del caso anterior estos impugnaron la validez de una ley del estado de Nueva York que penalizaba el suicidio asistido por terceros por que violaba la cláusula de Igual Protección de las Leyes.

La Corte Suprema hizo un análisis en el que distinguió el acto de cometer suicidio y el de rechazar tratamiento médico vital a base de la intención. En el primero el paciente muere a causa de un acto positivo del médico que le suministra una sustancia con la intención de que muera cooperando de esta forma a la comisión de un suicidio. Luego explican que el acto de rechazar tratamiento médico vital el médico sólo está respetando la voluntad del paciente y que la muerte llega como consecuencia de la enfermedad que el paciente padece. El Supremo termina diciendo que el estado de Nueva York no violó la cláusula de Igual Protección de las Leyes por que trataba diferente a ambas clases de pacientes, esto debido a que el estado tenía unos intereses que quería proteger.⁵²

El debate de estas ideas se torna más controversial con la llegada del caso *People v. Kevorkian*⁵³ a los Tribunales de el estado de Michigan. A través del mismo se exponen las

⁵⁰ *Ibid.* p. 729-733.

⁵¹ 521 US 793 (1998)

⁵² *Vacco*, supra. p. 800-807.

⁵³ 248Mich.App. 373, 639 N.W. 2d 291

razones por las cuales el doctor Jack Kevorkian provocó la muerte de Thomas Youk, un ex piloto de carreras de automóviles quien sufría de la enfermedad *Esclerosis Lateral Amiotrófica* mejor conocida como la “Enfermedad de Lou Gherig”. Durante el mes de septiembre de 1998, Youk indicó en una grabación filmada por Kevorkian que “no podía mover su brazo izquierdo ni sus piernas. Youk a penas tenía movimiento en su brazo derecho y presentaba dificultad para tragar y respirar, por lo que era alimentado mediante un tubo y estaba conectado a una máquina para respirar.

Kevorkian documentó en dos grabaciones y un documento escrito las intenciones de Youk de terminar con su vida. El 16 de septiembre Kevorkian suministró tres inyecciones al paciente para lograr su propósito. Al no reconocer ese suicidio asistido como un derecho se dictaminó que Jack Kevorkian había cometido homicidio por que el paciente no murió a consecuencia directa de su enfermedad terminal.

Hasta el momento el único estado de la unión americana que ha aprobado el suicidio asistido bajo ciertas condiciones es el de Oregon en 1994⁵⁴. *The Oregon Death with Dignity Act*⁵⁵, aprobado en un segundo referéndum en 1998, autoriza a pacientes de enfermedades terminales a solicitar por escrito la receta de medicamentos que les ayuden a morir. La ley señala que resulta necesaria la evaluación y aprobación de dos médicos para poder llevar a cabo el suicidio asistido. El procedimiento que requiere la ley es bien metódico y estricto, por ejemplo de existir serias dudas en cuanto a la condición psiquiátrica del solicitante es deber de cualquiera de los médicos referirlo a un especialista de la salud mental.⁵⁶

⁵⁴ Pedro Cabán Vales, *op.cit.*, p.1157

⁵⁵ Or. Rev. Stat. 127.800-127.995 (2001)

⁵⁶ Pedro Cabán Vales, *op.cit.*, p.1158

De igual forma como parte de este riguroso proceso tiene que haber quince días entre la manifestación oral de la persona y la prescripción del medicamento. El método a seguir requerido por el estatuto, recetar el fármaco y permitir que el paciente lo tome sin intervención directa del médico, resulta para algunos un tipo de “asistencia a medias”, pues intenta apartar a todas luces al médico de una posible incursión en la **eutanasia activa**.

III. Análisis de ambos escenarios

Nos encontramos ante una paradoja, el mismo método, el mismo Estado, pero diferentes escenarios. Por un lado el Estado se expresa a favor de un método al que considera rápido, eficaz, y digno para aplicarse a reos condenados a la pena capital. Por el otro, sorprende como ese mismo Estado considera que ese mismo método de ejecución por inyección letal, no es lo suficientemente piadoso para ser suministrado a pacientes que sufren de horribles enfermedades terminales. ¿Hasta qué punto el Estado hace pasar a estos enfermos terminales por un proceso de dolor insoportable similar al que le corresponde a un criminal condenado a muerte? ¿Discrimina el Estado hacia uno o ambos bandos al emitir su juicio sobre el valor de la vida? Sigue siendo la integridad de la vida humana lo que quiere proteger en ambos escenarios, entonces por qué ¿el Estado funciona cómo un arbitro que interpreta ese mismo método en ambos lados de forma distinta? ¿Hasta que punto está siendo equitativo y justo o caprichoso y monárquico?

Lo anterior queda al descubierto en *Baze v. Rees*⁵⁷ cuando la opinión mayoritaria se expresa a favor de la inyección letal como un método confiable, eficaz, y humanitario para la

⁵⁷ *Baze v. Rees*, supra.

ejecución de un ser humano. El Tribunal acierta que el estado de Kentucky tiene un gran interés en preservar la dignidad del proceso. Cuando los demandantes impugnan la eficacia de la dosis de *bromuro de pacuronio* el Tribunal fundamenta diciendo que en

Holanda la eutanasia activa está permitida y que la "Royal Dutch Society for the Advancement of Pharmacy" recomienda el uso de un relajante muscular como el impugnado. Las razones para esta recomendación incluyen prevenir una muerte prologada e indigna.⁵⁸

Puede observarse de forma clara y contundente como el Supremo en un caso pertinente a la pena capital apoya su argumento en el mismo método utilizado para la eutanasia activa en Holanda. Resulta irónico como un Tribunal que se ha opuesto abiertamente al suicidio asistido tenga que acudir a el para poder fundamentar su postura sobre la efectividad de la inyección letal en el campo de la pena de muerte.

Por su parte, los argumentos más utilizados por los favorecedores de la pena de muerte ante las críticas de que existe la posibilidad de ejecutar erróneamente a un inocente, es que a través de los tiempos la especie humana en la mayoría de las actividades que realiza corre el riesgo de que se pierdan vidas inocentes. Actividades que van desde el trabajo, la medicina, los deportes hasta la guerra, pero mientras las ventajas sobrepasen las desventajas las actividades humanas, incluyendo las del sistema penal y sus castigos, están moralmente justificadas.⁵⁹

⁵⁸ *Baze v. Rees*, supra. p1536

⁵⁹ Nina Rivkind y Shatz Steven F., *op.cit.* cita a E. van den Haag, *In Defense of Death Penalty: A practical an moral analysis in Bedau* 325,2004.

The execution of innocents believed guilty is a miscarriage of justice that must be opposed whenever detected. But such miscarriages of justice do not warrant abolition of the death penalty. Unless the moral drawbacks of an activity or practice, which include the possible death of innocent bystanders, outweigh the moral advantages, which include the innocent lives that might be saved by it, the activity is warranted. Most human activities- medicine, manufacturing, automobile and air traffic, sports, not to speak of wars and revolutions- caused the death of innocent bystanders. Nevertheless, if the advantages sufficiently outweigh the disadvantages, human activities, including those of the penal system with all its punishments, are morally justified.⁶⁰

Sin embargo, cuando se trata del tema de la eutanasia activa, las razones para su prohibición giran alrededor de estos mismos grupos de personas inocentes y vulnerables. En *Gluckberg*,⁶¹ una de las seis razones principales que brindaba el Supremo para no convalidar ese supuesto derecho al suicidio, era el peligro que corrían ciertos grupos dentro de la sociedad, como los discapacitados, los neonatos, los pobres y los ancianos con demencia, a ser ejecutados de forma involuntaria.

Nuevamente resulta interesante el hecho de que el Tribunal haya utilizado información proveniente de fuentes holandesas sobre eutanasia. Aparentemente el enjuiciamiento de un inocente no es considerado una razón de peso para el Estado admitir que existen serias fallas en el sistema. Por el contrario cuando se trata del tema de la eutanasia parece ser que la vida de ese individuo cobra “cierta importancia”.

⁶⁰ *Ibid.* p.16

⁶¹ *Supra.* p.734-35.

Otro punto donde convergen ambos escenarios es en la llamada **eutanasia criminal**. Realmente la misma no es un verdadero tipo de eutanasia sino un mecanismo de control social y una forma de ejecución de la pena de muerte. Este tipo de muerte "sin dolor" se diferencia de la eutanasia tradicional por la visión que se tiene del médico. En ambas la función del médico es llevar tanto al reo como al paciente a la muerte a través de un proceso rápido y sin dolor. En la pena capital el profesional hace la función de médico verdugo mientras que en el supuesto de eutanasia activa este realiza la función de médico piadoso.⁶²

Precisamente el caso de Nieves Díaz⁶³ nos ilustra esta modalidad de eutanasia criminal con la única diferencia de que contrario a la teoría el proceso de ejecución no fue indoloro. Como se ha visto anteriormente, hubo una serie de complicaciones al momento de que el reo asimilara la dosis del medicamento anestésico. Esta situación no sólo prolongó la muerte de Nieves Díaz, sino que le causo una agonía extrema. Cabe preguntarse en este momento, ¿Existe alguna diferencia entre el supuesto procedimiento "indoloro" propulsado por el Estado al que se someten los condenados a muerte y los pacientes que solicitan la inyección letal proscrita por las autoridades para terminar de sufrir? ¿No es en sí el dolor mismo lo que se quiere evitar?

Según la jurisprudencia holandesa esta precisamente fue la situación de la Sra. Maria Barendregt de 89 años de edad, que residía en un hospicio geriátrico. La Sra. Barendregt era paciente del Dr. Schoonheim con quien mantenía una relación de mucha confianza y para los 93 años había discutido cabalmente con su médico su condición de deterioro. Para el

⁶² Ver Ana María Marcos del Cano, *op.cit.* p.50

⁶³ Supra.

1980 firmó un Testamento Vital solicitando la eutanasia activa en caso de que cayera en estado vegetativo, sin esperanza razonable y digna de recuperación. Para 1981 la paciente que contaba 94 años había una fractura de cadera, pérdida de visión, audición y a duras penas podía emitir palabra. Aunque estaba bajo la total dependencia de las enfermeras, se mantenía consciente de su deterioro progresivo. Cuando llegó el momento en que no podía ingerir alimento fue sometida a sedantes para evitar que sintiera dolor. Al recobrar el conocimiento expresó su deseo de no pasar nuevamente por el proceso de dolor.

Cuando su estado deterioró considerablemente se llevaron a cabo reuniones entre doctor, paciente y el hijo de esta, cuando se determinó que el estado era irreversible se procedió a la eutanasia activa. Se le administraron las tres inyecciones de rigor y ocho minutos más tardes entró en un estado de coma. Finalmente su respiración se detuvo causando la muerte. Al Dr. Schoonheim le radicarón cargos por homicidio en el Tribunal de Primera Instancia de Alkmaar.

Resulta de suma importancia que allí se adoptaron unos criterios de precaución al momento de realizar esta práctica⁶⁴:

- I) Condición del paciente: Enfermedad incurable; sufrimiento permanente, sufrimiento insoportable.
- II) Petición de eutanasia: Voluntariedad de la petición del Paciente, verificación de la naturaleza de la petición, repetición permanente de la petición, deliberación con el paciente.
- III) Práctica de la eutanasia: consulta con otro colega por parte del facultativo interesado, consulta con la familia del paciente.

⁶⁴ Caso Alkmaar NJ: 1983/407 Tribunal de Alkmaar.

Cuando se aplica esta norma se quiere evitar la arbitrariedad dentro del proceso y permitir que ambas partes tengan tiempo para analizar la situación y de esta forma que no quede duda razonable al momento de realizar la eutanasia activa.

IV. Conclusión

El tema que se ha trabajado en esta investigación no es del todo novel, eventos o sucesos similares se llevaron a cabo en civilizaciones antiguas en donde era costumbre que el Estado dirigiera el destino de las vidas de personas consideradas no aptas socialmente. Hoy día sigue siendo de la misma forma, lo que ha cambiado es el enfoque ético y moral con el que se mira la misma situación. El proceso anteriormente discutido ha estado plagado de contradicciones al momento de justificar la pena de muerte y censurar la eutanasia activa. Sigue siendo la polémica interminable del Estado interviniendo sobre el destino de la vida humana para sus propios fines.

Las galeras de la muerte están siendo ocupadas cada vez más por inocentes en la espera de una ejecución. Mientras tanto, el Estado sigue dando argumentos dudosos para mantener con vida esta polémica institución bajo el pretexto de someter a esos condenados a un proceso más “humanizante” de ejecución. Por otro lado existen habitaciones de hospitales y asilos ocupadas por personas abatidas por un dolor insoportable y desgarrador mientras que el Estado se niega a escucharlos en sus súplicas.

Más que una crítica a la política contradictoria del Estado el objetivo es lograr la abolición de la pena de muerte que ya ha demostrado con el paso del tiempo no ser el mejor método de erradicación de la conducta criminal. Está más que comprobado que aplicar la misma conducta para solucionar el

problema, lo que conlleva es más bien un acto de venganza por parte del Estado. Es como viajar en el tiempo y rescatar la antigua Ley del Tali3n, la cual en vez de buscar una soluci3n edificante al problema enfatizaba en la violencia como soluci3n.

Como parte de ese mismo objetivo es lograr incluir dentro del derecho a morir, el derecho al ser asistido en ese proceso siempre y cuando se logre tomando en cuenta unos parámetros estrictamente diseñados para aquellos que se encuentran en una etapa terminal de sus vidas. Esto significaría el trato igual y no discriminatorio del individuo que desea ser asistido en el lecho de su muerte junto al que ya goza del derecho a morir declinando el tratamiento médico vital que le prolonga la agonía.