

Universidad Interamericana
de Puerto Rico
Facultad de Derecho

Revista **Clave**

(rreh-vís-tah-klá-veh)

Revista de Estudios Críticos del Derecho

Tomo VIII

Año 2012

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

Tomo VIII

2012

Junta Editora

Año Académico 2011-2012

Carmen Leonor Selpa Báez

Karla A. Marrero-Cruz

Redactores

Primer Semestre, Año Académico 2011-2012

Jomarie García Matos

Andrés Negrón Landrón

Yaneili Costa Mundo

Iván N. Salcedo Maldonado

Gaily M. Bultrón Pereyra

Danishia Santiago Figueroa

Redactores

Segundo Semestre, Año Académico 2011-2012

Jomarie García Matos

Yaneili Costa Mundo

Iván N. Salcedo Maldonado

Gaily M. Bultrón Pereyra

Mozart M. Dávila Parrilla

Colaborador

Jorge Jiménez Sánchez

Invitada Especial

Hon. Anabelle Rodríguez

Consejera Académica

Prof. Yanira Reyes Gil

TABLA DE CONTENIDO

**Trasfondo de la
Revista.....1**

Prólogo
**Repensando el Derecho: acercamientos críticos
al campo jurídico**
Hon. Anabelle Rodríguez Rodríguez.....3

**La sexualidad y los derechos humanos:
una plataforma en construcción**
Prof. Ester Vicente y Prof. Patricia Otón Olivieri.....10

**Aporías pedagógicas y jurídicas: Contrarrestar
la violencia y el *bullying escolar***
Mozart Mestey Dávila.....50

**La política pública de acceso a la justicia y
la población de personas de edad avanzada
en los tribunales de Puerto Rico: a la búsqueda
de las claves para una intervención interdisciplinaria**
Andrés M. Negrón Landrón.....96

Derecho a la igualdad en una sociedad desigual
Carmen Leonor Selva Báez.....122

Oficina de Iniciativa Comunitaria y Bases de Fe: Vistazo de su desarrollo con un enfoque constitucional bajo la Cláusula de Establecimiento	
<i>Gaily M. Bultrón Pereyra</i>	139

Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de “such is life”	
<i>Prof. Yanira Reyes Gil</i>	154

Trasfondo de la Revista

La Revista Clave es publicada en unión con *LatCrit, Inc.* (Latino & Latina Critical Legal Theory Inc.) y la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. La Revista explora distintas formas de resistencia ante el Estado, particularmente aquellos estudios críticos del colonialismo, el imperialismo y la interacción de la diáspora puertorriqueña con los asuntos de Puerto Rico. Conforme a los ideales y fines de *LatCrit, Inc.*, la Revista Clave persigue establecer conversaciones que trastornen los límites del concepto de nación, las distintas disciplinas y la jerarquía académica. Cónsono con lo anterior la publicación incluye artículos inter y multidisciplinares donde los estudios críticos del Derecho sean abordados desde diversas perspectivas como la historia, la sociología, la antropología, los estudios culturales, los estudios americanos, los estudios de género, entre otros.

La Teoría Crítica Latina (*LatCrit*) nació en los Estados Unidos, heredero de la teoría crítica de la raza (critical race theory), la teoría feminista (feminist theory), entre otras. *LatCrit* examina al latino y a la latina dentro del Derecho, como un proyecto de diáspora, colonialismo y racialización. Como movimiento intelectual, la teoría crítica latina se ha caracterizado por su ética anti-subordinación y anti-esencialista. Como organización, *LatCrit, Inc.* persigue promover los cuatro principios básicos de la teoría legal crítica (critical legal theory): (1) la producción de conocimiento crítico y contra disciplinario, (2) promover la democracia y la igualdad, (3) la expansión e interconexión de las luchas anti-subordinación, (4) el cultivo de una comunidad-coalición entre educadores, estudiantes de varias disciplinas, abogados, activistas y otros creadores de política pública. Para lograr estos fines, *LatCrit, Inc.*, patrocina conferencias, coloquios y programas estudiantiles sobre teoría crítica.

Los estudios críticos del Derecho afirman, entre otras cosas, nuestra cultura. Por eso la Revista se llama Clave, ya que el ritmo en el corazón de la música latina es la clave. Un ritmo traído por la diáspora africana desde Yoruba, el Congo y otros grupos del oeste de África al Caribe colonizado por los españoles. El ritmo de la clave ha sido descrito como "la piedra angular, la cuña en la parte superior de un arco que sostiene todas las demás piedras en un sitio". La palabra, además de su significado musical, representa la llave, la clave, el fundamento y el corazón de un asunto.

Repensando el Derecho: acercamientos críticos al campo jurídico

PRÓLOGO

ANABELLE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ *

Recibí con mucho entusiasmo la invitación que la Revista Clave me hiciese para escribir el prólogo de su Octavo Tomo. Sobre todo porque no siempre se tiene la posibilidad de posicionarse frente al Derecho desde un ángulo diferente al que tradicionalmente utilizamos. De entrada, debo decir que la lectura que les espera es una fascinante y enriquecedora. La oportunidad de abordar lo jurídico desde una mirada crítica nos abre un rico y múltiple panorama que invita a pensar el derecho desde otras perspectivas.

Como saben, un prólogo, no es otra cosa que un anticipo, la antesala de un porvenir. Como tal, su fin principal es presentar la obra y darle un panorama general al lector o a la lectora sobre qué esperar. Y déjenme decirles, del Octavo Tomo de la Revista Clave de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana pueden esperar mucho.

La Revista está nutrida de varios artículos que tratan múltiples temas. La caracteriza su diversidad en cuanto a los asuntos presentados como así también los novedosos abordajes de éstos. Por otro lado, los autores y autoras se aproximan complejamente a sus tesis lo que, de por sí, hace sumamente provechoso el discurrir por las páginas de este número. Y claro está, eso es cónsono con uno de los fines de la Revista que no busca otra cosa que explorar cómo el Estado es capaz de producir subjetividades a través de sus discursos.

* Anabelle Rodríguez Rodríguez es Juez Asociada del Tribunal Supremo de

Los Estudios Críticos del Derecho como herramienta de abordaje teórico nos permiten, entre otras cosas, desenmarañar la compleja trama jurídica que teje el Estado a través de las normas que promulga. En ese sentido, nos llaman la atención sobre la pretensión de neutralidad e imparcialidad del Derecho. Principalmente, atienden el lenguaje como la forma por excelencia de la construcción de lo jurídico desde el Estado pero también desde el Poder.¹ Lo jurídico se plantea como político buscando derrumbar así las pretensiones de neutralidad e imparcialidad predicadas por los teóricos liberales.² Los críticos del Derecho dirán que, básicamente, el Derecho es siempre político y como tal no se distingue de las batallas ideológicas que se dan dentro de la sociedad.³

Esta manera de aproximarse al fenómeno jurídico está directamente encontrada con la promesa del Estado liberal. Así, aquel momento mítico en que hombres libres e iguales ceden su poder individual en pos de un Estado que garantizará el cumplimiento de una ley neutral queda desmitificado ante esta forma de analizar el Derecho. Los Estudios Críticos parecen levantar banderas de alertas y susurrarnos al oído ¡Puede que el Derecho no sea tan neutral!⁴

En relación a lo anterior Pierre Bourdieu ha dicho que, al igual que el social, el Derecho es un campo donde sus operadores batallan por prevalecer. Los críticos del Derecho estarían de acuerdo con esa afirmación y agregarían que en esa competencia por decir qué es o qué constituye Derecho los operadores no son neutrales. De esta forma, los legitimados para definir lo jurídico, que no son sólo ni necesariamente aquellos autorizados por el

¹ Se utiliza Poder con mayúscula para nombrar no sólo el poder estatal sino también al que se ejerce desde espacios no estatales.

² Puede verse John Rawls, *Theory of Justice* (1975); John Rawls, *La justicia como equidad: una reformulación* (2001).

³ Lloyd's Introduction to Jurisprudence, *Critical Legal Studies*, Lord Lloyd of Hampstead & M.D.A. Freeman eds., en la pág. 1219-20.

⁴ Para un estudio profundo sobre la imparcialidad y objetividad del Derecho véase Amartya Sen, *The Idea of Justice* (2009).

Estado para pactar el Derecho, buscan, diría Bourdieu, dos cosas: ser neutrales y ser universales. Quizá eso es prueba suficiente de la imposibilidad de ambas pretensiones, para quién se acerque al Derecho desde los Estudios Críticos.⁵

En este sentido, los seis artículos que son objeto de este tomo se acercan críticamente a fenómenos jurídicos o que podrían ser definidos y tratados desde lo jurídico. Temas como el acoso escolar, el desarrollo de la protección y el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, la (des)igualdad, la separación entre Iglesia y Estado, la criminalización de la disidencia y el acceso a la Justicia tienen como hilo conductor la aproximación crítica de sus autores y autoras. Son reacciones enérgicas, fundamentadas y razonadas que, aunque podamos estar o no de acuerdo, complejizan y problematizan los temas tratados.

Las profesoras Patricia Otón y Esther Vicente disertan sobre los derechos sexuales y reproductivos, tan vituperados en estos días. Desde el estudio del desarrollo de las protecciones conferidas a éstos y su reconocimiento tanto a nivel internacional como en el ámbito de Puerto Rico y Estados Unidos nos proponen explorar los avances y retrocesos en el tema para, en sus propias palabras, “contribuir a un sentido de vigilancia ciudadana sobre la necesidad de ampliar estos derechos”.⁶ En este sentido, se torna fundamental el llamado de las autoras a la protección de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos. A nivel local aportan valiosísima información en cuanto al desarrollo histórico de los derechos sexuales y reproductivos en Estados Unidos y Puerto Rico. Además, pasan revista sobre los diferentes proyectos legislativos locales y federales que inciden en el derecho al aborto, la reproducción y la reproducción asistida. Especialmente, se identifican aquellos proyectos que suponen una intervención negativa en la agencia de las mujeres para tomar

⁵ Pierre Bourdieu, *Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 805 (1987).

⁶ Esther Vicente & Patricia Otón, *La sexualidad y los derechos humanos: una plataforma en construcción*, pág. 2.

decisiones que involucren sus derechos reproductivos y sexuales y la autonomía personal. Por último, las profesoras dejan claro el rol principalísimo de la sociedad civil en la protección y ampliación del derecho humano a decidir y controlar nuestra sexualidad y reproducción.

Mozart Mestey Dávila, en *Aporías pedagógicas y jurídicas: Contrarrestar la violencia y el 'bullying' escolar*, nos propone reflexionar sobre el acoso escolar como la cristalización del miedo al Otro o a la diferencia. Enfocado su análisis desde la teoría *Queer*⁷ presenta a la escuela como una institución moderna al servicio del proyecto del Estado nacional como encarnación del discurso científico y político de la razón. Así, como crítico de las metanarrativas modernas, define la institución Escuela como una aporía. Y en esto de las aporías es conveniente nombrar a Jacques Derrida, dado que si la Escuela es un discurso su imposibilidad estaría dentro del texto mismo y, por tanto, dentro de la institución. Es por ello que, nos sugiere el autor, una mirada *Queer* puede arrojar luz sobre los intersticios de la institución que permita rescatar la solidaridad y el respeto al Otro. De esta manera, estudia los tipos de acoso y respuestas a la violencia escolar y sostiene que la crisis escolar se podría atender desde una pedagogía *Queer*. Lo anterior resulta de por sí interesante si tenemos en cuenta que la teoría *Queer* ha sido una acérrima crítica de las políticas de identidades proponiendo, fundamentalmente, que categorías como género y raza son construcciones políticas basada en un análisis dicotómico que, sin duda, excluye a las diversidades. El autor coincide con Michel Foucault en varios puntos,⁸ principalmente al exponer que el Derecho es una maquinaria de poder y como tal produce verdades y subjetividades. Así, y como productor de verdades y subjetividades, no está imposibilitado de promulgar

⁷ Para profundizar sobre la teoría *Queer* véase Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take Break from Feminism* (2006); para una crítica del libro véase Adam P. Romero, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from feminism by Janet Halley. Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories*, 19 YALE J.L. & FEMINISM 227 (2007).

⁸ Véase, por ejemplo, Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (1980).

legislación anti acoso escolar desde una perspectiva que atienda las diversidades y complejidades del asunto. Finalmente, analiza brevemente los estatutos anti acoso tanto en nuestra jurisdicción como en la federal.

La política pública de acceso a la justicia y la población de personas de edad avanzada en los tribunales de Puerto Rico: a la búsqueda de las claves para una intervención interdisciplinaria de Andrés M. Negrón Landrón nos acerca a los desafíos que enfrentan las poblaciones de edad avanzada. El autor examina estatutos, políticas públicas y programas relacionados a las personas de edad avanzada y la relación de éstos con la política de la Rama Judicial sobre acceso a la Justicia. Sostiene que es tarea de la Rama Judicial repensar su política pública de manera que se visibilicen estas poblaciones y propone atender sus necesidades de manera interdisciplinaria en salas especializadas. El enfoque planteado resulta interesante y nos brinda un panorama abarcador sobre los problemas y retos que enfrentan las personas de edad avanzada a la hora de recurrir a los tribunales.

Por otro lado, hace varios años atrás, G.A. Cohen se preguntaba “con qué conducta están comprometidos los igualitarios en una sociedad no-igualitaria”.⁹ Carmen Leonor Selpa, en *Derecho a la igualdad en una sociedad desigual*, aborda las desigualdades que enfrentan los grupos denominados minoritarios como producto de las cosmovisiones dominantes en la sociedad contemporánea y las analiza desde principios principalísimos como la igualdad ante la ley y la dignidad del ser humano. De esta manera, analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico y de Estados Unidos en casos donde se ha reconocido o denegado protección a un grupo específico. En el trabajo se admite la función del Derecho como agente de cambio social pero también se deja claro la importancia de reconocer y

⁹ G.A. Cohen, *¿Si usted es igualitario cómo puede ser tan rico?*, 1 Revista Argentina de Teoría Jurídica 1 (1999) disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=4521&id_item_menu=5858, en la pág. 2.

aceptar la diferencia para así convertir la igualdad formal, expresamente contenida en la Constitución, en igualdad real.¹⁰

Oficina de Iniciativa Comunitaria y Bases de Fe: Vistazo de su desarrollo con un enfoque constitucional bajo la Cláusula de Establecimiento reflexiona sobre las organizaciones sin fines de lucro como proveedoras de servicios que el Estado no puede brindar. Gaily M. Bultrón Pereyra nos propone abordar críticamente la subvención de organizaciones sin fines de lucro con bases de fe bajo el crisol de la cláusula constitucional que establece la separación entre Iglesia y Estado. De esta manera, explora la creación de oficinas de bases de fe adscritas a la Rama Ejecutiva tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico y los procesos mediante los cuales diferentes organizaciones sin fines de lucro y basadas en la fe obtienen ayudas y subvenciones estatales.

Finalmente, la profesora Yanira Reyes Gil nos llama la atención sobre la criminalización de la disidencia. *Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de "such is life"* es una ponencia que la profesora Reyes presentara durante un coloquio en la ciudad de Mayagüez donde expuso las maneras en que el Estado actúa ante las insurgencias. De esta forma, la autora hace un recuento histórico que da cuenta sobre cómo el Estado ha reaccionado ante momentos de guerra o crisis económica pero también en momentos de paz, esto último como mecanismo de control de la disidencia. En el esquema propuesto por la profesora el Derecho juega un rol primordial dado que no es otra cosa, según nos dice, que la instancia estatal que brinda las herramientas para ejercer el control de la protesta social.¹¹

¹⁰ Para profundizar sobre diferentes debates acerca de la igualdad puede verse Efrén Rivera Ramos, *La igualdad: una visión plural*, 69 Rev. Jur. UPR 1 (2000); además, para una discusión crítica sobre el discurso de los derechos, véase Wendy Brown & Patricia Williams, *La crítica de los Derechos*, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores (2003).

¹¹ Sobre el derecho a la protesta y el rol de los jueces en una sociedad democrática puede consultarse Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta*

Como han podido apreciar en este breve prólogo los temas que ocupan a este Octavo Tomo de la Revista Clave son tan variados como sus autores. La lectura de los artículos resulta interesante y amena y nos invita a mirar al campo jurídico desde un lugar diferente. Anteriormente señalaba que no necesariamente estaremos de acuerdo con lo planteado en cada uno de los escritos pero lo que sí obtendremos luego de su lectura es una notable diversidad de criterios que, seguramente, enriquecerá el propio. No hay duda que la pluralidad de voces es saludable y deseable para mantener y desarrollar la democracia y en ese sentido deben aplaudirse las iniciativas de aquellos y aquellas que nos ofrecen otras miradas. Sin más preámbulo entonces, les dejo ante sí un tomo interesante y provocador, el que espero disfruten tanto como yo lo he disfrutado.

social, 12 Revista de Derecho y Humanidades de la Universidad de Chile 141 (2006) *disponible* *en* <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16204/16744>. Si se busca un estudio más abarcador véase Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: el primer derecho* (2005).

La sexualidad y los Derechos Humanos: Una plataforma en construcción

*Esther Vicente y Patricia Otón Olivieri**

I. Introducción

En este escrito queremos presentar un recorrido por el desarrollo de la protección y el reconocimiento de los derechos humanos relacionados con la sexualidad. Adoptamos una perspectiva que trata de resaltar la importancia de los derechos sexuales en tanto protegen y garantizan variados aspectos de la sexualidad de todos los seres humanos a través de todas las etapas de sus vidas. Exploramos el desarrollo de la protección de los derechos sexuales en el ámbito internacional y el desarrollo de los derechos reproductivos y los sexuales en el ámbito de los Estados Unidos y de Puerto Rico. Es este un campo en proceso de desarrollo, que al momento en que escribimos, al inicio de la segunda década del Siglo XXI, confronta embates desde los sectores más conservadores de las sociedades contemporáneas. Es por ello que resaltamos no sólo los avances sino también los ataques que pueden dar lugar a retrocesos en este campo.

Las autoras somos profesoras de derecho y activistas en el campo de los derechos humanos. Sabemos que las reformas legales, la adopción de legislación en el ámbito nacional y de tratados en el ámbito internacional no son suficientes para generar los cambios sociales, políticos y económicos que amerita la consecución de una sexualidad libre, autónoma y voluntaria para todos y todas. Sabemos también que no puede abandonarse por

* Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; Bloguera de derechoalderecho.

** Profesora Adjunta y de la Clínica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; Presidenta de la Junta Directiva de Profamilia (Asociación miembro de la IPPF).

completo el ámbito jurídico. El trabajo de cambio y de denuncia de lo que ocurre en el campo del derecho es parte del proceso educativo que hemos de generar y del proceso político necesario para hacer avanzar las prácticas individuales y colectivas cónsonas con el ideal de los derechos humanos para todas las personas. A través de este trabajo queremos aportar a ese proceso de educación necesario para el cambio de actitudes y al proceso de denuncia tan necesario en el campo del derecho.

II. La protección internacional

Los derechos reproductivos y los sexuales son ya reconocidos como parte integral de la agenda de derechos humanos. Ya se han incorporado en el discurso normativo y jurídico nacional e internacional. En la esfera del derecho internacional se han aplicado los derechos humanos genéricos al ámbito de la reproducción, y hasta cierto grado a la esfera de la sexualidad, para definir las garantías que conocemos como derechos sexuales y reproductivos.¹²

En este ensayo trazamos la trayectoria del reconocimiento de estos derechos e ilustramos que ha sido un largo proceso no lineal en el que se observan avances y ciertos reveses.

¹² Los principales tratados internacionales de derechos humanos que sirven de fundamento a los derechos sexuales y reproductivos en el marco del sistema universal de la Organización de las Naciones Unidas son: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). También existen instrumentos más específicos en los que se apoyan los derechos sexuales como: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (ONU 1979) y su Protocolo Facultativo (1999); la Convención de los Derechos del Niño (ONU 1989) y su Protocolo Facultativo (1999); el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y otras formas de tratamiento cruel, inhumano o degradante y su Protocolo Opcional; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Inmigrantes y sus Familias; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Impedimentos (ONU 2008) y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (ONU 2008), entre otros.

Pretendemos con el ensayo contribuir a un sentido de vigilancia ciudadana sobre la necesidad de ampliar estos derechos.

Esta visión aparece, además, en los documentos adoptados en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (ONU, 1993); la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (ONU, 1994); la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (ONU, 1995); la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ONU, 2000).

Los tratados internacionales de derechos humanos recogen las normas que los estados parte se comprometen a seguir y en las Conferencias auspiciadas por la ONU se discuten informes y estudios elaborados en torno a temas particulares de derechos humanos. En estas Conferencias se adoptan declaraciones y planes de acción por consenso de las naciones que forman parte de la ONU que sirven para dirigir los procesos que los estados partes han de seguir para dar cumplimiento a sus obligaciones relativas a los derechos humanos.

Las declaraciones y planes de acción así elaborados sirven de guía al momento de evaluar el nivel y calidad de la implantación de las normas de derechos humanos por los países que integran la ONU. De manera, que a través del proceso de adopción de tratados, de declaraciones y planes de acción internacionales se van esbozando los estándares mínimos con los que han de cumplir los países miembros de la ONU en las diversas áreas protegidas por los derechos humanos. A continuación se presentan algunos de estos estándares elaborados en la esfera internacional en torno a los derechos sexuales y a los derechos reproductivos.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) utilizó el marco conceptual de los derechos internacionales en torno a la sexualidad en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, adoptada en 1979. La Convención especifica el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su capacidad reproductiva; convoca a establecer una edad mínima para contraer matrimonio y a suprimir el tráfico de mujeres y la explotación sexual de las mujeres, todas estas

garantías están incluidas en el rubro derechos sexuales y reproductivos puesto que tienen impacto sobre la reproducción y la sexualidad.

En la década de los 90, se utilizó el acercamiento de aplicar los derechos humanos a asuntos relacionados con la reproducción y la sexualidad en varias conferencias importantes convocadas por la ONU. Se destacan: en 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena; en 1994, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo; y en 1995, la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín.

En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena produjo el primer instrumento internacional sobre derechos humanos que incorpora una referencia explícita al postulado de que los derechos humanos aplican a la reproducción y la sexualidad. La Declaración de Viena y el Programa de Acción adoptado por consenso en dicha Conferencia reflejan la influencia del movimiento global de activistas en este sentido. Por ejemplo, el Programa de Acción adoptado incluye:

- el Párrafo 18, que hace un llamado a los estados a eliminar la violencia basada en el género y todas las formas de hostigamiento y explotación sexual; y
- el Párrafo 38 que convoca a eliminar el tráfico de mujeres, la agresión sexual como instrumento de guerra, la esclavitud sexual y el embarazo forzado.

Otro hito importante en el proceso de reconocimiento internacional de los derechos reproductivos y de los derechos sexuales fue la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo auspiciada por la ONU y celebrada en 1994 en El Cairo. El documento final, producido mediante consenso, incluye algunas referencias importantes a la sexualidad y al género, así como la cuestión de los derechos reproductivos y de la salud reproductiva y

especifica que esta última incluye la salud sexual. El párrafo 7.3 del Programa de Acción de Población y Desarrollo indica específicamente que los derechos reproductivos:

... abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, como está expresado en los documentos sobre derechos humanos.¹³

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo reconoce que existen interconexiones entre la sexualidad humana y las relaciones de género y presenta la visión de que la relación cercana entre ambos afecta la capacidad de hombres y mujeres para alcanzar y mantener la salud sexual y manejar sus vidas reproductivas. También reconoce que la violencia sexual basada en el género y los esfuerzos por controlar la sexualidad de las mujeres tiene impacto sobre la salud de las mujeres y su estatus en la sociedad. Así, por ejemplo, el Párrafo 7.2 subraya las interconexiones

¹³ Documento A/CONF. 171/13

existentes entre la seguridad, la salud y la igualdad con referencia a la sexualidad al:

- indicar que la salud reproductiva es el estado de bienestar completo físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad, y
- al señalar que la salud reproductiva implica que las personas son capaces de tener una vida sexual satisfactoria y segura y que cuentan con la capacidad para decir si quieren reproducirse, cuándo y con qué frecuencia;
- al señalar que el estado de bienestar físico, mental y social incluye la salud sexual, cuyo propósito ha de ser el mejoramiento de la vida y de las relaciones personales y no meramente la obtención de consejería y cuidados relacionados con la reproducción y las infecciones de transmisión sexual.

Además, este Programa de Acción estipula que la gente joven tiene derecho a recibir información, educación y servicios para proteger su salud sexual y reproductiva y en el Párrafo 7.45 reconoce el derecho de la gente joven a recibir educación en sexualidad y acceso a métodos contraceptivos.

En 1995, la Organización de las Naciones Unidas auspició la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Beijing. La sexualidad fue el tema más controversial de la Conferencia. La orientación sexual, el control de las mujeres sobre sus propios cuerpos y el aborto fueron los asuntos objetados por la alianza del sector conservador generada en torno a la Conferencia. A pesar del impacto de las fuerzas conservadoras, la Conferencia produjo avances en torno a los derechos reproductivos y a algunos aspectos de la sexualidad.

El Párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing¹⁴ estableció que los derechos humanos de las mujeres incluyen el

¹⁴ <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/index.html> (Última visita 3 de mayo de 2012.)

derecho a ejercer control sobre la sexualidad y el derecho a decidir libre y responsablemente sobre asuntos relacionados con la sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin coacción, discriminación o violencia. La Plataforma de Acción de Beijing hace énfasis en la importancia que tienen las relaciones igualitarias en asuntos relacionados con la sexualidad y la reproducción, incluyendo el respeto a la integridad de las personas, el consentimiento y la responsabilidad compartida por el comportamiento sexual y sus consecuencias. Dicho párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing establece específicamente que los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a:

...tener control sobre las cuestiones relativas a la sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente sobre esas cuestiones, sin verse sujetas a la coerción, la discriminación o la violencia.

En resumen, los derechos reproductivos están incorporados en una serie de derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales, tales como:

- el derecho a la salud, a la salud reproductiva y a la planificación familiar,
- el derecho a decidir el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos,
- el derecho a casarse y a constituir una familia,
- el derecho a la vida,
- el derecho a la libertad y a la seguridad,
- el derecho a no ser objeto de discrimen por cuestiones de género,
- el derecho a no sufrir agresión o explotación sexual,
- el derecho a no ser objeto de tortura ni de otros castigos o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes,
- el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra las mujeres,

- el derecho a la intimidad,
- el derecho a disfrutar del progreso científico y
- el derecho a recibir información sobre tratamientos médicos y a dar consentimiento informado para recibirlos.

Tradicionalmente se ha hablado de “derechos sexuales y reproductivos” como un bloque de derechos. La sexualidad ha aparecido ligada y sometida a la reproducción. Aunque la sexualidad en ocasiones está ligada a la reproducción, muchas de sus expresiones no tienen que ver con la reproducción. Comprende, además, la actividad sexual, las identidades de género, la orientación sexual, el conocimiento del propio cuerpo, el erotismo, el placer y muchos otros aspectos.¹⁵

Llegado el siglo XXI continúan y se han redoblado los esfuerzos dirigidos a ampliar los logros alcanzados en torno a los derechos reproductivos en la última década del siglo pasado y a afianzar el postulado de que los derechos sexuales son también derechos humanos. Se plantea que los derechos humanos genéricos, que a su vez están enmarcados en principios de derechos humanos ampliamente aceptados, tales como el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la protección contra la tortura y los tratos inhumanos, el derecho a la personalidad, el derecho a la privacidad, a la libertad de pensamiento y de asociación, el derecho a la igualdad, la prohibición de la discriminación, los derechos de información y educación y el derecho a la salud; al interactuar con la sexualidad cobijan, por ejemplo, las siguientes garantías:

- el derecho de todas las personas a beneficiarse del principio básico de la universalidad de los derechos humanos; sin distinciones ni discriminaciones por razón de sexo, edad, género, identidad de género, orientación sexual, estado civil, historia o comportamiento sexual ya

¹⁵ Esther Vicente, *La Reforma de las Naciones Unidas y los Derechos Sexuales: ¿hacia una cuarta generación de derechos humanos?* 43 Rev. Jur. U.I.P.R. 39 (2008).

sea real o imputado, raza, color, origen étnico, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento, discapacidad física o mental y estado de salud incluyendo el VIH;

- la capacidad de las personas de tomar decisiones autónomas sobre su vida sexual;
- el derecho a vivir una vida libre de violencia sexual;
- el derecho a recibir protección frente a todas las formas de explotación sexual;
- el derecho a escoger la pareja y a disfrutar de relaciones sexuales satisfactorias;
- el derecho a la libre asociación, incluido el derecho a establecer asociaciones para abogar por el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos sexuales;
- el derecho a recibir servicios de salud sexual adecuados;
- el derecho a participar en el desarrollo de políticas públicas sobre la salud sexual y la educación sexual y a participar activamente en la vida política;
- el derecho de la gente joven a recibir educación en sexualidad y acceso a anticonceptivos;
- el derecho de todas las personas a beneficiarse de la información y de los adelantos científicos en torno a la sexualidad y la reproducción.

Varias instituciones y organismos de la ONU, así como organismos regionales y estatales han respondido al reclamo de que los derechos relacionados con la sexualidad son derechos humanos.¹⁶ En el año 2003, la pasada Relatora Especial de las Naciones Unidas en torno a la Violencia Contra las Mujeres, Radhika Coomaraswamy de Sri Lanka, presentó un análisis que establece las conexiones entre el control sobre la sexualidad y la

¹⁶ Entre otros: el informe del Relator Especial de la ONU sobre el Derecho al Más Alto Estándar Alcanzable de Salud del 2004 (ONU, 2004).

violencia contra las mujeres y resaltó la importancia del reconocimiento de la autonomía sexual de las mujeres para poder desmontar las raíces de la violencia de género. (Coomaraswamy 2003: 17-18).

En su informe de 2004 a la Comisión de Derechos Humanos, Paul Hunt, el pasado Relator Especial de la ONU sobre el Derecho al Más Alto Estándar Alcanzable de Salud, prestó particular atención a la salud sexual y reproductiva, especialmente a los asuntos relacionados con la orientación sexual y la salud. Reclamó la prestación de mayor atención a la promoción, respeto y garantía de los derechos sexuales. Aunque su enfoque se vio constreñido a temas de salud, dado su mandato, el Relator Especial argumentó que la salud sexual y reproductiva debe entenderse en un contexto más amplio de derechos humanos que incluya los derechos sexuales. El informe recomienda desarrollar una comprensión apropiada de la salud sexual y de los derechos sexuales, así como de la salud reproductiva y de los derechos reproductivos, como aspectos interrelacionados, pero separados.

Ha habido otros desarrollos en el sistema internacional que apuntan hacia el reconocimiento de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos, tales como la decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso *Toonen v. Australia* de 1994,¹⁷ que establece que la prohibición de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo constituye una violación al derecho a la intimidad, lo que implica una violación al Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el Comité determinó que la prohibición de la discriminación por razones de sexo incluye la prohibición de la discriminación por orientación sexual.

El pasado Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura, Theo van Boven, en su informe de 2001 consideró que ciertos actos basados en discriminación por orientación sexual o identidad de género constituyen tortura. Así entre otros, incluyó

¹⁷ CCPR/C/50/D/488/1992 (April 1994).

como ejemplos de tortura la violencia sexual, el uso de castigos crueles, inhumanos y degradantes por sostener relaciones sexuales con personas del mismo sexo o por comportamiento transgénero, así como el maltrato contra gays en prisiones, instituciones médicas y en las fuerzas armadas.

De otra parte, la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, Asma Jahangir de Pakistán, fue la primera Relatora Especial de la ONU que incluyó casos individuales de violaciones de derechos humanos por razón de orientación sexual en sus informes a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En su informe de 2001 condenó los estados que toleran los asesinatos de hombres gays, las amenazas contra los defensores del derecho a una orientación sexual diversa y la aplicación de la pena de muerte por sostener relaciones sexuales consentidas. En el 2003 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, emitió un Comentario General que proscribe la discriminación basada en la orientación sexual.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos en el 2006, ha sido testigo de un intenso proceso de cabildeo en torno a los derechos sexuales y a los reproductivos y ha adoptado medidas para que en el proceso de revisión de los informes periódicos presentados al Consejo por los estados miembros de la ONU, los estados presenten información en torno al estado de los derechos reproductivos y de los sexuales.

Al nivel regional, las instituciones encargadas de la promoción de los Derechos Humanos han realizado expresiones en torno al reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos. Así, por ejemplo, en nuestra Región la Organización de Estados Americanos, adoptó en junio del 2008¹⁸ una resolución en la que manifiesta su preocupación con las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y en la identidad de género. En dicha resolución la OEA reconoce la pertinencia y la

¹⁸ OEA/Ser.P AG/doc.4867/08.aa

necesidad de discutir la aplicación de los principios y normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para combatir las violaciones de derechos basadas en la orientación sexual y la identidad de género. La Organización de Estados Americanos resolvió lo siguiente:

- Condenar las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y en la identidad de género, por considerar que las mismas son incompatibles con los principios de universalidad y no discriminación de los derechos humanos;
- Encargar al Consejo Permanente que convoque, por intermedio de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), una sesión especial, antes del Trigésimo Noveno Periodo Ordinario de la Asamblea General, con el objetivo de:
 - discutir la aplicación de los principios y normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para combatir las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género,
 - analizar las acciones y programas desarrollados a nivel regional, sub regional y nacional sobre la materia, con la participación de expertos gubernamentales, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos, organismos y entidades pertinentes del Sistema Interamericano, de otras organizaciones y de la sociedad civil;
 - tomar en cuenta al realizar estos estudios y análisis, entre otros, los instrumentos internacionales vigentes en el área de

derechos humanos y los Principios de Yogyakarta¹⁹ sobre la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en relación a la orientación sexual e identidad de género.

- Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que prepare para la mencionada sesión especial un estudio de los principios y normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aplicables al combate a las violaciones de los derechos humanos con base en la orientación sexual y la identidad de género.
- Solicitar al Consejo Permanente que informe a la Asamblea General, en su Trigésimo Noveno Periodo Ordinario de Sesiones, sobre el cumplimiento de esta resolución.

Así también la Comisión y la Corte Interamericanas han intervenido en varios casos en los que se reclama contra estados de la región por violaciones a los derechos reproductivos y sexuales de la ciudadanía. Como puede apreciarse la noción de que los derechos sexuales y los derechos reproductivos son derechos humanos ha tenido acogida en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y se ha ido abriendo paso, tanto en los organismos de la ONU como en las instituciones intergubernamentales regionales. El más reciente ejemplo de esta tendencia en el sistema de derechos humanos interamericano es el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,²⁰ sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2012. Este caso giró en torno a la privación de custodia de sus hijos a una mujer por razón de orientación sexual y por el hecho de

¹⁹ Véase:

http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf. (Última visita el 3 de mayo de 2012).

²⁰ Refiérase a <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=381> (última visita 3 de mayo de 2012).

convivir junto con su pareja del mismo sexo. La reclamante ante la Corte Interamericana se desempeñaba como jueza en el sistema judicial de Chile. La Corte estableció que está prohibido discriminar por razón de la orientación sexual e identidad de género, además reconoció como una familia aquella integrada por una pareja de personas del mismo sexo.

Las organizaciones no gubernamentales que se dedican a la defensa de los derechos humanos han estado a la vanguardia en el proceso de reclamar respeto internacional a los derechos reproductivos y sexuales. En respuesta al activismo decidido de miles y miles de personas que abogan por el reconocimiento de estos derechos en el mundo entero es que se ha logrado el avance reflejado por los datos presentados anteriormente.

Entre los esfuerzos más recientes se destaca la adopción por la Federación Internacional de Planificación Familiar, IPPF por sus siglas en inglés, de la Declaración de Derechos Sexuales. Uno de los objetivos prioritarios de la IPPF es mejorar la calidad de vida de las personas mediante la promoción de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos, a través de actividades de incidencia política y servicios, especialmente para la gente que vive en situaciones de pobreza y de exclusión. Con la aprobación de dicha Declaración, IPPF persigue afirmar su compromiso con una visión de los derechos humanos universales, inalienables e indivisibles, a la vez que reconoce que los contextos nacionales pueden tener un impacto sobre la oportunidad, manera y extensión de la implementación de los principios y derechos incluidos en la Declaración.

El derecho humano a disfrutar del más alto estándar alcanzable de salud, requiere que las personas estén empoderadas para ejercer control sobre su vida sexual y reproductiva. La discriminación, el estigma, el miedo y la violencia representan amenazas reales para la salud sexual y reproductiva de muchas personas y para el ejercicio libre de los derechos sexuales y reproductivos. La enorme cantidad de energía dispensada por gentes de todo el mundo para empujar el concepto derechos

humanos para que cubra más y más aspectos de la experiencia humana es evidencia de su alto significado político, social y cultural. El reconocimiento y respeto de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos como derechos humanos contribuye a crear un mundo en que se convierta en una realidad universal el principio de derecho internacional que reconoce la libertad, la igualdad y la dignidad de todas las personas, sin exclusiones, discriminaciones ni estigma.

II. En Puerto Rico

En Puerto Rico, el estado actual en materia de derechos sexuales y derechos reproductivos está muy ligado a la relación de la Isla con los Estados Unidos. Como es conocido, por su relación política y jurídica con los Estados Unidos, las decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos en esta materia, son de aplicación a Puerto Rico. Además, las acciones que se toman en Puerto Rico están a menudo influenciadas por las que se toman en algunos estados. Veamos primero un resumen del desarrollo de estos derechos o la construcción de la plataforma en materia de sexualidad y derechos humanos para luego considerar la situación actual.²¹

A. Derecho a acceso a métodos anticonceptivos

Actualmente está reconocido y continúa vigente el derecho constitucional de todas las personas, incluyendo menores de 16 años al acceso a métodos anticonceptivos. A la altura del Siglo XXI resulta difícil pensar que se hubiese cuestionado este derecho. Fue para el 1965 cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció el derecho constitucional de las personas casadas a tener acceso a los métodos anticonceptivos, al revocar una ley del estado de Connecticut que prohibía que se ofreciera a las personas casadas información, instrucciones y asesoramiento médico sobre anticonceptivos. La ley en Connecticut definía como delito,

²¹ Este artículo no pretende ser exhaustivo por lo que no se incluyen todas las decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos sino las que a nuestro juicio son las más importantes para los propósitos de ilustrar la vigencia y el estado actual en la materia.

acciones tales como procurar y ayudar a usar medicinas, drogas o instrumentos para prevenir la concepción.

El Tribunal Supremo revocó las convicciones recaídas en los tribunales del estado y concluyó que las garantías de la Carta de Derechos de la Constitución de Estados Unidos dan vida y garantizan zonas de autonomía que protegen la intimidad. Según resolvió el Tribunal en el caso de *Griswold v. Connecticut*,²² el derecho a la intimidad es uno de los más antiguos derechos, incluso más antiguo que la propia Carta de Derechos, los partidos políticos y el sistema escolar. El Tribunal aplicó en su análisis un escrutinio estricto del estatuto para evaluar su constitucionalidad.²³ Al realizar este análisis, el Tribunal concluyó que no se demostró ningún interés apremiante del estado para restringir el acceso de las personas casadas a métodos anticonceptivos, por lo que se declaró inconstitucional la ley impugnada. Este caso no resolvió si este derecho constitucional de acceso a métodos anticonceptivos se extendía a las personas solteras.

No fue sino hasta siete años después, para el 1972, que el Tribunal Supremo se enfrentó a la controversia sobre el acceso a métodos anticonceptivos de las personas solteras. Nuevamente, parecería inverosímil a la altura del Siglo XXI pensar que fuera necesaria una decisión de un tribunal para que se reconociera un derecho que ciertamente poseen las personas independientemente de su estado civil. Fue en el caso de *Eisenstadt v. Baird*,²⁴ en el que el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció el derecho constitucional de las personas solteras a tener acceso a los métodos anticonceptivos. Se trataba de una ley penal del estado de Massachusetts que prohibía ofrecer, entregar medicinas, drogas, instrumentos o artículos para prevenir la concepción, a menos que

²² *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

²³ Este escrutinio requiere que cuando un estatuto afecta un derecho fundamental, el estado tiene que demostrar un interés apremiante en el asunto para que se sostenga la prohibición o limitación del derecho fundamental afectado y que no existe un medio menos invasivo de los derechos para lograr el interés apremiante del estado.

²⁴ *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 479 (1972).

se tratara de una receta de un médico a personas casadas, entre otras restricciones.

En su análisis, el Tribunal concluyó que esta ley violaba la cláusula de la Igual Protección de las Leyes de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, en la medida en que trataba de forma diferente a las personas solteras al compararlas con las casadas y utilizaba criterios que no estaban relacionados al objetivo de la ley. El Tribunal no utilizó un escrutinio estricto sino que consideró que la clasificación de las personas por su estado civil era arbitraria y no guardaba relación con los propósitos de la legislación. No encontró el Tribunal una base racional que explicara o justificara la diferencia en el trato establecido en dicha ley entre las personas casadas y las personas solteras. Expresó que si el derecho a la intimidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de la intromisión no deseada del gobierno en asuntos tan fundamentales que afectan a la persona como lo es su decisión de tener o no tener prole.

Ahora bien, los casos citados anteriormente no resolvieron si este derecho de acceso a métodos anticonceptivos se extendía a los y las jóvenes menores de edad. Transcurrieron cinco años después del caso de Eisenstadt, para que en el 1977 el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolviera esta interrogante.

En el caso de *Carey v. Population Services*,²⁵ el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció el derecho constitucional de las personas menores de edad a tener acceso a métodos anticonceptivos. En este caso se impugnó una ley del estado de Nueva York que prohibía la venta de anticonceptivos, incluso los de venta sin receta, por parte de cualquier otra persona que no fuese un farmacéutico con licencia; la venta o distribución a menores de dieciséis años de edad, y la exhibición y la publicidad de anticonceptivos.

²⁵ *Carey v. Population Services*, 431 US 678 (1977).

El Tribunal declaró inconstitucional la ley por considerar que la misma violaba el derecho a la intimidad de adultos y menores, y el derecho a la libre expresión de los proveedores de anticonceptivos. En su análisis, el Tribunal reiteró la doctrina de protección constitucional a la intimidad de las personas al amparo de la Cláusula del Debido Proceso, de la Enmienda XIV de la Constitución Federal en su vertiente sustantiva. Al tratarse de un derecho fundamental, el Tribunal utilizó el escrutinio estricto y concluyó que no se demostró un interés apremiante del estado al prohibir la distribución de anticonceptivos a menores de 16 años. Además, el Tribunal consideró que no se justificaba la prohibición en aras de la protección a la salud de los menores porque se trataba de anticonceptivos que no eran peligrosos para la salud que se venden sin receta.

En otro caso resuelto ese mismo año, *Bolger v. Youngs Drug Products Corporation*,²⁶ el Tribunal Supremo invalidó una ley federal que definía como delito el envío por correo no solicitado de anuncios sobre anticonceptivos. El Tribunal resolvió que la ley era inconstitucional porque violaba la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos que protege la libertad de expresión comercial e impedía la transmisión de información relevante a asuntos sociales importantes como la planificación familiar y la prevención de enfermedades venéreas, denominadas hoy día como infecciones de transmisión sexual (conocidas también por sus siglas ITS).

B. Derecho a acceso a anticonceptivos de emergencia

La agencia federal FDA (por sus siglas en inglés, Food and Drug Administration),²⁷ aprobó el 24 de agosto de 2006, la venta

²⁶ *Bolger v. Youngs Drug Products Corporation*, 463 U.S. 60 (1983).

²⁷ Esta es la agencia administrativa federal, conocida en español como la Administración de Alimentos y Drogas que es parte del Departamento de Salud Federal. Es responsable de proteger la salud pública al cerciorarse de la seguridad, la efectividad y garantía de los medicamentos o drogas para uso humano o veterinario, de las vacunas, de otros productos biológicos, dispositivos médicos, alimentos, cosméticos, suplementos dietéticos, productos que emiten radiación y de regular productos de tabaco, entre otras funciones. Su poder se extiende a los 50 estados, el Distrito de Columbia, Puerto Rico,

sin receta del anticonceptivo de emergencia (Plan B)²⁸ para mujeres de 18 años o más.²⁹ Anteriormente este medicamento estaba disponible con receta desde su primera aprobación por la FDA en 1999.

En Puerto Rico, según documentado en la prensa de esos días, surgió una interrogante por parte del Departamento de Salud acerca de si debía o no cumplir con la orden de la FDA porque la mayoría de edad en la Isla se adquiere a los 21 años. Varias empresas de farmacia informaron al público que acatarían la orden de la FDA. Cinco meses después, el 24 de enero de 2007, la entonces Secretaria de Salud, anunció que el Departamento de Salud avalaba la orden de la FDA y cumpliría con la misma porque conforme a la Ley de Farmacia de Puerto Rico, la edad hábil para que un paciente decida qué fármacos consumir está establecida en los 18 años.³⁰

Con la aprobación en el 2006 del acceso sin receta al anticonceptivo de emergencia Plan B para personas de 18 años o más, quedó restringido el acceso de aquellas personas de 17 años o menos si no habían obtenido una receta previamente. El Plan B es

Guam, las Islas Vírgenes, Samoa Americana y otros territorios y posesiones de Estados Unidos. Refiérase para más información a <http://www.fda.gov/AboutFDA/Transparency/Basics/ucm192695.html> (Última visita 3 de mayo de 2012).

²⁸ El Plan B es una forma sintética de progesterona, una hormona comúnmente usada en las píldoras anticonceptivas, que trabaja previniendo la ovulación, la fertilización del óvulo o evitando su implantación en el útero. Refiérase a: <http://www.fda.gov/ScienceResearch/SpecialTopics/WomensHealthResearch/ucm134289.html>, (Última visita 3 de mayo de 2012).

²⁹ Refiérase a: <http://www.fda.org/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafetyInformationPatientsandProviders/UCM109775>; <http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,1333925,00.html#ixzz1Ytz3x58> y <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/08/24/AR2006082400559.html> (Última visita a estas páginas el 3 de mayo de 2012).

³⁰ Refiérase a Associated Press, *Sin receta aquí la píldora del día después* a través de <http://www.endi.com/Xstatic/endi/template/nota.aspx?n=148105##> y *Luz Verde a 'píldora del día después'*, 24 de enero de 2007 a través de: <http://www.endi.com/Xstatic/endi/template/nota.aspx?n=149263##> (Copia impresa disponible en los archivos de la co autora Patricia Otón Olivieri)

el primer medicamento que está sujeto a dos sistemas; uno de receta y otro sin receta basado en la edad, además de que requiere que se muestre identificación para su compra. Toda la crítica a la forma en que la FDA manejó el asunto del anticonceptivo de emergencia se ha enfocado en la manera en que la agencia fundamentó y tomó su decisión. Como prueba de ello, en un caso posterior contra la FDA ante la Corte Federal de Distrito para el Distrito Este de Nueva York, *Tummino et al. v. Torti*,³¹ el 23 de marzo de 2009, dicho Tribunal concluyó que la FDA había respondido a presiones políticas en detrimento de la salud de las mujeres cuando determinó limitar el acceso al Plan B sin receta a mujeres menores de 18 años. El Juez Edward Korman concluyó que la FDA había actuado de mala fe y respondiendo a presiones políticas, apartándose de manera significativa de los procedimientos normales de la agencia. Concluyó además, que incurrió en retrasos repetidos e irrazonables y que su justificación para denegar acceso al Plan B a jóvenes de 17 años carecía de credibilidad y descansaba en preocupaciones no fundamentadas. El Tribunal le ordenó a la FDA que debía actuar en 30 días y extender el acceso sin receta al Plan B a las jóvenes de 17 años.³²

La FDA anunció el 22 de abril de 2009 que cumpliría con la orden antes indicada y brindaría acceso al Plan B sin receta desde los 17 años.³³ Al presente, el Plan B está disponible sin receta para

³¹ United States District Court, Eastern District of New York, *Annie Tummino, et al. v. Frank M. Torti, Acting Commissioner of the Food and Drug Administration*, No. 05-CV-366-(ERK)(VVP), a través de http://reproductiverights.org/sites/crr.civactions.net/files/documents/Decision_FDA_2009_NY.pdf (Última visita 3 de mayo de 2012).

³² *Id.*, a las páginas 2-4.

³³ Quedó pendiente de la orden del Tribunal que el FDA reconsiderara su decisión de requerir a las jóvenes menores de 17 años receta para adquirir el Plan B; que sólo se puede vender en farmacias y clínicas de salud; que el Plan B se mantenga detrás del mostrador en las farmacias y el requisito de que las personas muestren una identificación válida emitida por el gobierno para poder obtener el Plan B. Posteriormente, según informa el *Center for Reproductive Rights*, CRR por sus siglas, el FDA reconoció que no había reconsiderado estos asuntos y asumió la posición de que la mejor manera de cumplir con este requerimiento del Tribunal era esperar una nueva solicitud de un fabricante del Plan B, (lo que podría tardar años, según el CRR). Ante ello, el 16 de noviembre de 2010, el CRR le solicitó al Tribunal que encontrara al FDA

las personas de 17 años en adelante, prevaleciendo el requisito de receta para las menores de 17 años de edad.

C. Derecho al aborto

El aborto es legal y fue reconocido como un derecho constitucional de las mujeres en Puerto Rico y Estados Unidos desde el 1973, tras una importantísima decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos. En el caso de *Roe v. Wade*,³⁴ se cuestionó ante el Tribunal Supremo, una ley penal del estado de Texas que prohibía y definía como delito todo aborto que no se llevara a cabo para salvar la vida de la mujer embarazada. El Tribunal declaró inconstitucional la ley y reconoció que el derecho a la intimidad incluye el derecho de la mujer a decidir si terminar o no su embarazo. Este derecho se reconoció como uno fundamental a la vida y al futuro de una mujer. La decisión fue tomada por siete de los nueve Jueces que en aquél momento componían el Tribunal Supremo de Estados Unidos. En dicha decisión se concluyó que el estado no podía interferir con la decisión de abortar de una mujer a menos que existiera un interés apremiante del estado para su intervención o reglamentación. Se reconoció que el estado podía tener un interés apremiante en proteger al feto cuando fuese viable, por lo general al comienzo del último trimestre, y a pesar de ello, debía proveerse acceso al aborto si era necesario para preservar la vida o la salud de la mujer.

En el caso de *Roe*, el Tribunal dividió el embarazo por trimestres y estableció un régimen que se resume, a continuación: en el primer trimestre la decisión de terminar el embarazo correspondería a la mujer en consulta con su médico; en el segundo trimestre el estado podría regular el procedimiento de manera relacionada a la preservación de la salud de la mujer y en el tercer trimestre el estado podría regularlo o prohibirlo, excepto

incurso en desacato por ignorar la orden y que se le ordenara que cumpliera con la misma en un término establecido. Refiérase a <http://reproductiverights.org/en/case/tummino-v-hamburg-ny> en que se explica lo antes resumido. (Última visita 3 de mayo de 2012).

³⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

cuando fuere necesario, conforme al criterio médico, para preservar la vida o la salud de la mujer.

El mismo año en que se resolvió el caso de *Roe*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Doe v. Bolton*,³⁵ declaró inconstitucional una ley del estado de Georgia que prohibía los abortos excepto cuando fueren necesarios para preservar la vida o la salud de la mujer o en casos de anormalidades fetales o de violación. Entre otras condiciones, esta ley exigía que todos los abortos se llevaran a cabo en hospitales acreditados y que un comité del hospital, además de dos médicos y el médico de la mujer, diera su aprobación al aborto. El Tribunal consideró inconstitucional esta ley porque le imponía demasiadas restricciones e interfería con el derecho de la mujer a decidir terminar un embarazo en consulta con su médico.

Para el 1975, se resolvió otro caso relacionado al aborto pero que atendía el derecho de las clínicas de aborto a anunciarse. En *Bigelow v. Virginia*,³⁶ el Tribunal Supremo resolvió que los estados no podían prohibir a las clínicas de aborto que se anunciaran. Consideró que esta prohibición violaba las garantías de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de libertad de palabra y libertad de prensa.

Para el 1979, en el caso de *Bellotti v. Baird*,³⁷ el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley del estado de Massachusetts que le requería a las mujeres menores de dieciocho años obtener el consentimiento de sus padres o judicial antes de procurarse un aborto. Para el Tribunal esta ley adolecía del defecto de concederle un veto absoluto a los padres o a un juez o jueza, sobre la decisión de abortar de una menor, independientemente de la madurez de ésta o de que el aborto fuese en su mejor interés. El Tribunal concluyó que a las menores debía brindársele la oportunidad de acudir al tribunal para solicitar autorización para el aborto sin que tuviesen primero que buscar el consentimiento de

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

³⁶ *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975)

³⁷ *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979).

sus padres. Indicó además que estos procesos judiciales debían ser confidenciales y expeditos.

Para el 1980, el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo la ocasión de expresarse respecto al derecho al aborto en el caso de *Pueblo v. Duarte*.³⁸ En este caso se impugnó la ley que penalizaba el aborto. El Tribunal Supremo aplicó el caso de *Roe v. Wade* y reconoció el derecho al aborto en Puerto Rico y estableció que el mismo no constituye delito. Allí se revocó la convicción por el delito de aborto a un médico que lo practicó a una joven de 16 años en su primer trimestre de embarazo. El Tribunal Supremo reconoció que el derecho al aborto en Puerto Rico es más amplio que el reconocido por la jurisprudencia de Estados Unidos y no adoptó el esquema de trimestres del caso de *Roe*, sino que extendió el criterio establecido en *Roe* para el primer semestre, a todo el periodo del embarazo. Esto significa que en cualquier momento del embarazo, la mujer en consulta con su médico puede tomar la decisión de terminarlo para proteger su vida o su salud física o mental.

En *Pueblo v. Duarte*, nuestro Tribunal Supremo reconoció además, que no podía concederse un veto absoluto a los padres respecto a la decisión de abortar de una menor, siempre que ésta contara con madurez intelectual suficiente para tomar la decisión de terminar su embarazo. En el caso se discute la amplia interpretación del concepto salud que incluye tanto aspectos físicos como emocionales. El Tribunal no consideró necesario declarar inconstitucional la disposición de ley sobre aborto, sino que la interpretó de la manera más amplia posible. Así señaló que el criterio establecido en el caso *Roe* para el primer trimestre, en Puerto Rico se extendería a todo el periodo del embarazo. Lo importante del caso de *Duarte* es que extiende a todo el embarazo el derecho al aborto sin restricciones y su reconocimiento del derecho al aborto de las menores sin necesidad de exigir el

³⁸ *Pueblo v. Duarte*, 109 D.P.R. 596 (1980).

consentimiento de los padres. Ese es el estado de derecho vigente en Puerto Rico.³⁹

Para el 1980 también, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió el caso de *Harris v. McRae*.⁴⁰ En ese caso el Tribunal rechazó la impugnación de la Enmienda Hyde que restringía el uso de fondos de Medicaid para abortos, permitiendo su uso solamente en casos en que la vida de la mujer estuviera en peligro si llevaba el embarazo a término. Como resultado de esta decisión, prevaleció entonces la restricción en el uso de los fondos de Medicaid para proveer servicios de terminación de embarazo.

Nuevamente para el 1981, el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo ante sí otro caso relacionado al aborto. En *Pueblo v. Najul*⁴¹ el Tribunal tuvo la oportunidad de expresarse acerca del consentimiento de la mujer para realizarse un aborto. El caso trató acerca de las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo un aborto de una mujer que acudió a recibir el servicio, acompañada por un policía con quien había sostenido relaciones sexuales y de quien había quedado embarazada. A pesar de que la mujer rechazó el procedimiento en más de una ocasión, el médico llevó a cabo el aborto. Tanto el médico como el policía fueron acusados del delito de aborto. En este caso, no hubo consentimiento de la paciente, según concluyó el Tribunal. Ante ello, se confirmaron las convicciones de delito y el Tribunal reiteró el derecho de la paciente a consentir al procedimiento de aborto.

³⁹ Todavía el Código Penal de Puerto Rico contiene el mismo artículo que se impugnó en el caso de *Pueblo v. Duarte*, a pesar de que el Código Penal fue enmendado en el 2004 y en estos momentos con el Proyecto del Senado 2021 se persigue derogar el Código Penal del 2004 para aprobar uno nuevo. Este Proyecto fue aprobado por el Senado el 10 de noviembre de 2011 y el 23 de abril de 2012 fue aprobado por la Cámara de Representantes. La última información disponible a través de la Oficina de Servicios Legislativos indica que por no concurrir el Senado con las enmiendas de la Cámara, se solicitó Comisión de Conferencia. Respecto al aborto, la Cámara de Representantes aumentó las penas. Refiérase a los artículos 97 al 100, según re numerados por la Cámara, <http://www.oslpr.org/> (Última visita 3 de mayo de 2012).

⁴⁰ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

⁴¹ *Pueblo v. Najul*, 111 D.P.R. (1981).

Para el año 1983, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Rights*,⁴² declaró inconstitucional varias normas que limitaban el aborto, contenidas en una ordenanza de la ciudad de Akron, Ohio. Las normas invalidadas, entre otras medidas, requerían a las menores de 15 años obtener consentimiento de los padres o judicial para un aborto; requerían a los médicos brindarle información a las mujeres para disuadirlas de procurar un aborto; imponían un período de espera de 24 horas antes de firmar el consentimiento para un aborto y requerían que todos los abortos de segundo trimestre se llevaran a cabo en un hospital. El Tribunal claramente expresó que la ciudad no podía poner estas medidas en vigor.

Una decisión importante del 1986, fue la del caso de *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*.⁴³ En este, el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró inconstitucional, entre otras restricciones, una sección de una ley del estado de Pennsylvania que requería a los médicos usar técnicas de aborto que maximizaran la probabilidad de sobrevivencia del feto, a pesar de que dichas técnicas aumentarían los riesgos a la vida o la salud de la mujer embarazada.

En el 1989, en *Webster v. Reproductive Health Services*,⁴⁴ el Tribunal Supremo de Estados Unidos se enfrentó a la impugnación constitucional de una ley del estado de Missouri que prohibía el uso de instalaciones públicas para realizar cualquier aborto, excepto aquellos necesarios para salvar la vida de la mujer; requería a los médicos hacer pruebas de viabilidad después de las veinte semanas de gestación, además de imponer otras restricciones. El Tribunal Supremo rechazó la impugnación y sostuvo la validez de estas restricciones. Sin embargo, no revocó la decisión de *Roe v. Wade*.

⁴² *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Rights*, 462 U.S. 416 (1983).

⁴³ *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

⁴⁴ *Webster v. Reproductive Health Services*, 429 U.S. 490 (1989).

Posteriormente, en el caso de *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*⁴⁵ resuelto en el 1990, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo la validez constitucional de una ley del estado de Ohio que, entre otras disposiciones prohibía llevar a cabo un aborto a una menor a menos que se notificara a uno de sus progenitores o tuviese una orden judicial. Según el análisis del Tribunal, la notificación no equivalía a consentimiento y que la ley proveía un proceso judicial que le permitía a la menor demostrar su madurez o que proceder a llevar a cabo el aborto era en su mejor interés. Consideró que esta ley cumplía con los requisitos de los casos anteriores que se referían a notificación o consentimiento parental, por lo que sostuvo su validez.

Para el 1992, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió uno de los casos más importantes en torno al derecho al aborto, posterior a *Roe v. Wade*. En *Planned Parenthood v. Casey*,⁴⁶ el Tribunal se apartó del análisis de los trimestres de *Roe* y adoptó un nuevo criterio para el análisis de medidas que propendan a afectar el derecho al aborto. Esta nueva prueba o “test” es el de carga indebida. Conforme a éste, las leyes, o reglamentaciones o actuaciones estatales pueden sobrevivir un ataque a su constitucionalidad siempre y cuando que no coloquen o generen una *carga indebida* para la mujer que procura un aborto de un feto no viable. En el caso de *Casey* se impugnó una ley del estado de Pennsylvania que, entre otras cosas, requería: un tiempo de espera de veinticuatro horas para llevar a cabo el aborto; consentimiento de los padres de una menor con opción de obtener el permiso mediante orden judicial y certificación de la mujer casada de que ha informado al cónyuge antes de realizarse el aborto. El Tribunal Supremo de Estados Unidos utilizó el nuevo criterio de análisis de “carga indebida” y sostuvo la validez de todas las restricciones incluidas en la ley de Pennsylvania, excepto el requisito de certificación de la mujer casada de que había notificado al

⁴⁵ *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990).

⁴⁶ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

cónyuge. Este último se consideró una carga indebida y se declaró inconstitucional.

En el año 2000, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió el caso de *Stenberg v. Carhart*,⁴⁷ en el que se impugnó una ley del estado de Nebraska que prohibía el aborto utilizando un procedimiento que se denominó “partial birth” y lo tipificaba como delito grave. El Tribunal declaró dicha ley inconstitucional porque le imponía una carga indebida al ejercicio efectivo del derecho al aborto de la mujer porque no contenía excepción alguna en protección de la salud de la mujer. La forma en que definía este tipo de aborto parecía restringir todo tipo de aborto, especialmente el que se lleva a cabo durante el segundo trimestre.

Posteriormente en el 2006, en el caso de *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*,⁴⁸ el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo la constitucionalidad de una ley del estado de New Hampshire que requería notificación a padres o tutores de menores 48 horas antes del aborto, pero proveía a las menores la opción de solicitar autorización judicial. El Tribunal consideró que la ley no constituía una carga indebida al ejercicio del derecho al aborto por las mujeres menores de edad porque contenía la excepción de acudir al tribunal, siempre que no se requiriera la notificación en casos de emergencia. El Tribunal devolvió el caso para que el tribunal de instancia determinara si el estado aplicaría la ley en una situación de emergencia, en cuyo caso habría que invalidarla.⁴⁹

⁴⁷ *Stenberg v. Carhart*, 530 US 914 (2000).

⁴⁸ *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 US 320 (2006).

⁴⁹ A lo que se refiere el Tribunal Supremo es a la excepción del remedio judicial en situaciones en que el aborto, a juicio de un médico debe realizarse de emergencia para salvar la vida de una menor o para evitar someter a un riesgo significativo a su salud. Esto debido a que la ley impugnada de New Hampshire no exceptuaba del proceso de autorización judicial a las menores por razón de la salud de la menor en casos de emergencia. En otros estados los médicos tienen discreción para preferir el proceso judicial en el caso de aborto de menores. Refiérase a las secciones II y III de la opinión de *Ayotte* y a la nota 3 de la opinión, *id.*

Un año después, en el 2007, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió el caso de *Gonzáles v. Carhart*,⁵⁰ en el que interpretó la Ley del Congreso *Partial Birth Abortion Ban Act*, que era sustancialmente igual a la ley del estado de Nebraska que fue declarada inconstitucional en el año 2000. En este caso, el Tribunal sostuvo la constitucionalidad de la ley federal porque consideró que no imponía una carga indebida al derecho al aborto, ello a pesar de que no contenía la excepción de la salud de la mujer. Esta ley constituye la primera restricción federal sobre métodos de aborto. Con esta decisión el Tribunal soslayó completamente el principio esencial de *Roe* de proteger la salud de la mujer y revocó su decisión de *Stenberg v. Carhart*. Esta decisión ha sido muy criticada y puede considerarse uno de los retrocesos mayores en torno al derecho al aborto. Sirve además para observar cómo se utiliza el nuevo *test* o criterio de *carga indebida* de manera que coarta derechos de la mujer aún en detrimento de su propia salud. Con esta decisión a la altura del Siglo XXI, se coloca a las mujeres en una situación que les fuerza a acudir clandestinamente a obtener servicios de aborto cuando su única opción sea el aborto mediante la técnica denominada “partial birth”, usada en abortos de tercer trimestre.

En el 2008, en *Arpaio v. Doe*⁵¹ el Tribunal Supremo de Estados Unidos rehusó revisar una decisión del Tribunal de Arizona (Maricopa County) que prohibía a los oficiales de las prisiones interferir con el derecho de las mujeres en prisión a obtener servicios de aborto de manera oportuna, segura y legal. Se trataba de una política no escrita de la prisión que prohibía que los oficiales de corrección transportaran a las prisioneras para obtener servicios de aborto, a menos que obtuvieran primero una orden judicial. Los oficiales transportaban a otros prisioneros sin orden judicial para todos los otros cuidados médicos necesarios,

⁵⁰ *Gonzáles v. Carhart*, 550 US 124 (2007).

⁵¹ *Arpaio v. Doe* (07-839) decisión del 24 de marzo de 2008, a través de: <http://www.aclu.org/reproductive-freedom/high-court-refuses-review-arizona-prison%E2%80%99s-abortion-policy> (Última visita 3 de mayo de 2012).

incluyendo cuidado prenatal y parto; visitas a familiares con enfermedades terminales o funerales de familiares. El caso fue llevado por la American Civil Liberties Union (ACLU por sus siglas en inglés) en representación de una prisionera a quien durante semanas le negaron acceso a los servicios de aborto. La determinación del Tribunal Supremo de Estados Unidos de negarse a revisar la decisión del Tribunal de Arizona tuvo el efecto de sostener el derecho al aborto de las mujeres confinadas en prisión.

III. Estancamiento y retroceso en la construcción de la plataforma: Puerto Rico

Para analizar el proceso de construcción de la plataforma de derechos humanos relacionados con la sexualidad tomamos unos ejemplos de años recientes que denotan el estancamiento y en algunos casos el retroceso. Así por ejemplo, en el 2009 mediante la Resolución del Senado de Puerto Rico 714⁵² se le ordenó a la Comisión de Salud del Senado realizar una investigación con relación al aborto terapéutico o médico mediante el uso del *cytotec* o *misoprostol* y *mifepristone*. Según la citada resolución la investigación debía dirigirse a investigar:

“la alarmante práctica casera de terminación del embarazo mediante la inserción vaginal de un medicamento utilizado y aprobado para reducir el riesgo de úlceras gástricas inducidas por antiinflamatorios no esteroideos; el despacho de éste por parte de las farmacias; la entrega de recetas para la obtención de este medicamento por parte de los médicos; posible acceso de este medicamento vía correo; hacer recomendaciones y crear legislación de ser necesario para evitar esta práctica.”⁵³

De entrada ya se puede anticipar que lo que busca el estudio es crear legislación para prohibir el uso de estos medicamentos (*cytotec* o *misoprostol* y *mifepristone*) para realizar abortos. En la resolución se mencionan estadísticas sobre la efectividad de estos

⁵² R. del S. 714 de 8 de octubre de 2009.

⁵³ *Id.*

medicamentos para abortos en diversos trimestres, pero no se citan las fuentes de estas estadísticas. Una de las razones alegadas por los legisladores proponentes de esta medida es el alegado aumento en ventas en las farmacias del país del *misoprostol* y la alegada preocupación de la Asamblea Legislativa sobre los alegados efectos secundarios de este medicamento (muerte, en algunos casos por sangrado profuso y ruptura del útero).⁵⁴

Resulta sumamente preocupante que tratándose del derecho constitucional al aborto, se pretenda justificar esta nueva modalidad de impedimento al acceso a las mujeres a la que quizás es su única forma de ejercer su derecho. No existe fundamento válido o justificación que relacione el interés del Estado de prohibir la prescripción, la adquisición, el expendio y el uso del *misoprostol*. No se proveen datos acerca de la mortalidad materna debido a su uso, ni datos asociados a la morbilidad en mujeres. La resolución denota claramente su propósito de impedir a las mujeres el ejercicio de sus derechos reproductivos, en especial a las mujeres cuyas limitaciones económicas le impiden acceso a servicios quirúrgicos de aborto. En muchos países donde el aborto no es legal, el uso de estos medicamentos constituye la única opción de las mujeres para terminar sus embarazos. Esta medida constituye un claro ejemplo del proceso de retroceso en la construcción de la plataforma de los derechos humanos relacionados a la sexualidad. No se generan propuestas desde el poder legislativo ni reglamentación o programas desde las agencias gubernamentales para ampliar los derechos en esta área sino para restringir los derechos existentes.

En el área de la reproducción asistida, el Proyecto del Senado 1568⁵⁵ tenía como objetivo enmendar el Código Penal a los fines de “prohibir la utilización de las técnicas de reproducción asistida para procrear embriones humanos que no tendrán un padre o una madre biológicos de identidad conocida al momento del

⁵⁴ Nuevamente, sin indicar estadísticas que puedan sostener esta alegada preocupación. Refiérase al R. del S. 714 de 8 de octubre de 2009 a través de <http://www.oslpr.org> (Última visita 3 de mayo de 2012).

⁵⁵ P. del S. 1568 del 7 de mayo de 2010.

nacimiento; prohibir la utilización de gametos de personas difuntas para la concepción post/mortem; prohibir la utilización de gametos, cigotos, embriones o material genético de procedencia desconocida; y prohibir la compraventa de gametos, cigotos, embriones y prohibir la compensación por el alquiler de vientres”.⁵⁶

Mediante este proyecto el Senado pretendía definir como delito conductas y acciones que constituyen tratamientos médicos legítimos, practicados en países alrededor del mundo para atender la enfermedad de la infertilidad masculina y femenina. Tampoco consideraba que en ocasiones estos tratamientos son las alternativas disponibles para las parejas del mismo sexo que quieren tener y criar hijos en común o para personas sin parejas. Este proyecto claramente atentaba contra el acceso a las tecnologías de reproducción asistida, lo que constituye una violación al derecho a la salud, a la libertad reproductiva, a la autonomía personal y a la intimidad. Carecía de datos que permitieran tan siquiera inferir que existía un problema social, económico, de seguridad o de salud pública que ameritara tan drástica medida. No se demostraba la existencia de casos ante los tribunales, controversias públicas o estadísticas que probaran que había un problema real que requería la intervención del estado con derechos fundamentales. Este intento de criminalizar el adelanto científico representa un retroceso inverosímil en pleno Siglo XXI.⁵⁷ Nuevamente otro intento de detener la plataforma en materia de sexualidad y derechos humanos. Tras varias sesiones de vistas públicas a las que comparecieron varias organizaciones, profesionales de la salud y personas en su carácter privado que se oponían a la medida, el 3 de febrero de 2011, la Comisión de lo Jurídico Penal del Senado rindió un Informe Negativo mediante el cual no recomendó la aprobación de esta medida.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Refiérase al *Informe Negativo del P. del S. 1568* del 3 de febrero de 2011, a la página 79 y a la ponencia presentada por la Asociación Puertorriqueña pro Bienestar de la Familia (PROFAMILIA) del 29 de septiembre de 2012, a las páginas 77-81 del *Informe Negativo*, a través de <http://www.oslpr.org> (Última visita el 3 de mayo de 2012).

El retroceso más reciente relacionado al derecho al aborto lo constituye el Proyecto de la Cámara de Representantes de Puerto Rico número 3270 del 23 de marzo de 2011.⁵⁸ Este proyecto tiene como objetivo “ordenar al Departamento de Salud y al Departamento de la Familia del Estados [sic] Libre Asociado a crear un reglamento relacionado a la práctica del aborto en menores de edad, tomando en consideración las doctrinas constitucionales relacionadas, salvaguardando la integridad física, emocional, mental y el derecho de las menores de edad y el derecho y deber de los padres de conocer las decisiones que toman sus hijos sobre tratamientos médicos invasivos”.⁵⁹ El proyecto persigue restringir el derecho al aborto de las menores de 18 años de edad al imponer requisitos para que estas presten su consentimiento y encarecer el procedimiento al imponer medidas a las clínicas que ofrecen servicios de terminación de embarazos para la contratación de personal de salud mental. Además, promueve que el Departamento de la Familia intervenga en algunos casos. De ser aprobado este proyecto, a nuestro juicio, podría resultar en que las menores de 18 años, reviertan a utilizar alternativas poco seguras para ejercer su derecho al aborto y para así tratar de evitar esta intromisión indebida del estado en su derecho constitucional a la intimidad.

En agosto del 2011 se llevaron a cabo vistas públicas del P. de la C. 3270 ante la Comisión de Salud de la Cámara. La vista pública del 7 de septiembre de 2011 fue cancelada y el 21 de noviembre de 2011 estaba pautada una reunión ejecutiva de la Comisión de Salud de la Cámara sobre el mismo. Esta es la última información publicada sobre el P. de la C. 3270.⁶⁰

Resulta sorprendente que más de tres décadas después del caso de *Roe* y más de dos décadas después del caso de *Duarte*, sin demostrar que se está ante un problema de salud pública por aumento en la mortalidad o morbilidad, el estado ahora en pleno

⁵⁸ P. de la C. 3270 de 23 de marzo de 2011.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Refiérase a <http://www.oslpr.org> (Última visita el 3 de mayo de 2012).

Siglo XXI pretenda imponer restricciones al aborto de las menores de 18 años. La propia historia o trayectoria del aborto en Puerto Rico ha demostrado que no ha sido necesario imponer estas restricciones pues no hay pruebas ni datos fehacientes que indiquen su necesidad. A nuestro juicio la prioridad debe ser la educación sexual temprana para prevenir embarazos no deseados y medidas dirigidas a mejorar las condiciones de vida tanto sociales como económicas de las mujeres en nuestra sociedad.⁶¹ ¿Por qué no pueden dirigir los esfuerzos en la construcción de una plataforma sólida de derechos sexuales y reproductivos? ¿Cuál es el interés apremiante del estado en restringir los derechos y destruir los logros alcanzados por el movimiento a favor de los derechos sexuales y los reproductivos?

IV. Estancamiento y retroceso en la construcción de la plataforma: Estados Unidos

Durante el primer trimestre del 2012 se han presentado múltiples medidas relacionadas a los derechos de salud

⁶¹ Se obtuvo también copia de un anteproyecto del Senado (Rivera Shatz y Vázquez Nieves) que pretendía enmendar la Ley Núm. 408 del 2 de octubre de 2000, (Ley de Salud Mental de Puerto Rico), para “crear un Programa de Planificación Familiar para atender los casos de mujeres drogodependientes y alcohol dependientes, el cual incluía educación, evaluación médica con un médico Ginecólogo, y tratamiento; recomendando la utilización del DIU como método anticonceptivo”. Entre las justificaciones para aprobar una ley que pretendía imponer el uso del dispositivo intrauterino (DIU) se indicaba la alta incidencia de niños nacidos de madres adictas. Un aspecto sumamente preocupante del anteproyecto era que indicaba que era necesario “comenzar a promover resultados de nacimientos positivos y familias sanas, en nuestro país.” La educación a las mujeres así como el tratamiento de planificación familiar se establecía de manera compulsoria y no reconocía el derecho de las mujeres a rehusar tratamiento o a seleccionar el método anticonceptivo de su preferencia. Tampoco atendía las causas que pueden llevar a las personas al uso de drogas o alcohol, ni ofrecía opciones para mejorar las condiciones de estas mujeres y sus futuros hijos o hijas. La única opción que planteaba era el uso del DIU u otros métodos anticonceptivos. A nuestro juicio, este anteproyecto perseguía inhibir la capacidad reproductiva de las mujeres por su alegada condición de drogadicción o alcoholismo, nuevamente colocando el Estado la responsabilidad por la salud reproductiva sobre los hombros de las mujeres. La información obtenida a través de llamadas a la Oficina de Servicios Legislativos del Senado confirmó que el mismo no se presentó como proyecto.

reproductiva en Estados Unidos. La mitad de estas pretenden restringir el acceso al aborto. Setenta y cinco (75) medidas han sido aprobadas por las asambleas legislativas estatales y nueve (9) se han convertido en ley. Para el 2011 se habían aprobado 127 medidas y para el 2010 solamente 46.⁶² Según los informes que publica el Guttmacher Institute,⁶³ un resumen de las áreas que cubren las medidas aprobadas son: requisito de la prueba de ultrasonido antes de practicar un aborto; limitar el acceso al aborto médico y prohibir el aborto en ciertas etapas. También se están considerando medidas para permitir a los patronos rehusar proveer cubierta de métodos anticonceptivos en seguros de salud.⁶⁴ Veamos por área estos retrocesos y cómo los mismos respresentan un estancamiento o retroceso en la construcción de la plataforma de la sexualidad y los derechos humanos.

A. Imposición del requisito de sonograma

Según revelan los estudios del Guttmacher Institute, once (11) estados: Arkansas, Alabama, Idaho, Indiana, Kentucky, Minnesota, Michigan, Mississippi, Pennsylvania, Rhode Island y Virginia, han legislado para que se requiera realizar el sonograma antes practicar el aborto. En febrero de 2012, la Corte de Distrito para del Distrito Federal de Texas sostuvo la constitucionalidad de la

⁶² Refiérase a Guttmacher Institute, *State Policy Trends: Abortion and Contraception in the Crosshairs*, April 13, 2012, a través de <http://www.guttmacher.org/media/inthenews/print/2012/04/13/index.html> (Última visita el 3 de mayo de 2012).

⁶³ Este instituto es una organización no gubernamental sin fines de lucro creada para la investigación de política pública. Inicialmente era parte de la Planned Parenthood Federation of America (PPFA, por sus siglas), pero se incorporó como entidad independiente en el 1977. Para el 2009, el Guttmacher Institute fue designado oficialmente por la Organización Mundial de la Salud y su oficina regional, la Organización Panamericana de la Salud, como el Centro Colaborativo de Salud Reproductiva. Sus objetivos incluyen: adelantar la salud sexual y reproductiva a través de un programa interrelacionado de investigación, análisis de política pública y educación pública para generar nuevas ideas, promover el debate público y el desarrollo de políticas y programas de calidad y bien fundamentadas. Su meta general es asegurar el más alto estándar de salud sexual y reproductiva para todas las personas en el mundo. Refiérase a <http://www.guttmacher.org/about/index.html> (Última visita el 3 de mayo de 2012).

⁶⁴ *Supra* nota 51.

ley de ultrasonido de Texas. En Virginia el gobernador firmó una ley similar a la de Texas. Cuando dicha ley entre en vigor en julio, en total ocho (8) estados tendrán como requisito previo al aborto que la mujer se haga un sonograma y que se le ofrezca la oportunidad de observar la imagen.⁶⁵ Nueve estados que no requieren que se haga el sonograma, sí requieren que se provea la oportunidad a la mujer de observar la imagen, si el proveedor realiza el sonograma como parte de los procedimientos para un aborto. Cinco (5) estados requieren que se le brinde la oportunidad a la mujer de observar la imagen del sonograma. En total, al 1ro de abril de 2012, veinte (20) estados reglamentan el procedimiento de ultrasonido por proveedores del servicio de aborto.⁶⁶

Esta intervención del estado en un procedimiento que no es médicamente necesario en todos los procedimientos de aborto constituye un intento más de coartar los derechos reconocidos. Se trata de una táctica de disuasión y cumple el propósito de encarecer los servicios en aquellos estados en los que se requiere el procedimiento antes del aborto. Desde la perspectiva de las mujeres, con imposiciones como ésta, se perpetúan visiones que consideran que las decisiones de las mujeres de practicarse un aborto son tomadas a la ligera y sin conocer sus consecuencias. Se perpetúa la imagen de las mujeres como carentes de capacidad para tomar decisiones éticas, se les resta poder como agentes de sus propias vidas. Se trata de utilizar la tecnología médica para limitar o coartar los derechos reproductivos, como parte de los esfuerzos de los sectores más conservadores que pretenden destruir la plataforma de derechos sexuales y derechos reproductivos.

B. Limitación al aborto con medicamentos

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Refiérase a Guttmacher Institute, *State Policies in Brief: Requirements for Ultrasound*, April 1, 2012 a través de <http://www.guttmacher.org/sections/index.php?page=spib> (Última visita el 3 de mayo de 2012).

Según surge de los informes del Guttmacher Institute,⁶⁷ en once (11) estados se ha presentado legislación para restringir el aborto con medicamentos. En diez (10) de estos estados, (Alabama, Indiana, Iowa, Mississippi, Minnesota, Missouri, Tennessee y Wisconsin) se busca prohibir el uso de una receta obtenida a través de telemedicina, requiriendo que el médico esté presente en el mismo cuarto que la paciente cuando recete el medicamento que se utiliza para practicar el aborto médico. Cuatro (4) estados (Arizona, Kansas, Nebraska y Dakota del Sur) ya lo prohíben. En los estados de Tennessee y Wisconsin el proyecto ya está para la firma del gobernador. En siete (7) estados (Alabama, Arizona, Indiana, Iowa, Michigan, Mississippi y Missouri) hay proyectos de ley para requerir que se siga el protocolo aprobado por la FDA que prohíbe el uso de un protocolo más sencillo sobre el aborto con medicamentos que ha demostrado ser seguro y efectivo.

Estas medidas para restringir el acceso al aborto con medicamentos constituyen un retroceso muy serio cuando se considera que el aborto por medicamentos es la única opción disponible para mujeres que no pueden costear el aborto quirúrgico, la grave amenaza de estas medidas queda patentemente al descubierto. Aquí encontramos los verdaderos motivos que animan a los proponentes de la Resolución del Senado 714 de Puerto Rico que discutimos antes.

C. Restricciones al aborto por período gestacional

Para abril del 2012, según informes del Guttmacher Institute,⁶⁸ catorce (14) estados han introducido medidas para restringir abortos en períodos avanzados del embarazo pero anteriores a la viabilidad.⁶⁹ Estas medidas van desde una prohibición del aborto de 22 semanas de gestación⁷⁰ en diez (10) estados;⁷¹ todos estos

⁶⁷ Guttmacher Institute, *State Policies in Brief: Medication Abortion*, April 1, 2012, através de http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_MA.pdf (Última visita 3 de mayo de 2012).

⁶⁸ *Supra*, nota 45.

⁶⁹ Viabilidad definida como 7 meses o 28 semanas.

⁷⁰ 20 semanas post fertilización.

utilizaron como modelo la ley de Nebraska del 2010.⁷² En Georgia, está pendiente a abril de 2012, para la firma del gobernador, una medida que solamente permitiría un aborto después de las 22 semanas en casos de peligro de muerte o daño irreversible o sustancial a una función corporal primordial de la mujer o daño fatal al feto. Seis (6) estados (Arizona, Florida, New Hampshire, New Jersey, Oklahoma y South Carolina) buscan prohibir el aborto en otras etapas: 20 semanas gestacionales en Arizona y Oklahoma; 24 semanas en New Jersey y Carolina del Sur; 27 semanas en Florida y tercer trimestre en New Hampshire.⁷³

Continúa la erosión y el intento de restricción del aborto desde que el mismo fue reconocido en *Roe v. Wade*. Con estos proyectos de ley y con las leyes aprobadas, la plataforma en construcción para fortalecer los derechos sexuales y los reproductivos enfrenta un proceso de retroceso y queda incompleta. Estos proyectos y leyes lo que provocan es el retorno a la ilegalidad y el uso de abortos inseguros para atender la necesidad y el ejercicio del derecho al aborto independientemente de su etapa.

C. Rechazo a proveer cubierta de anticonceptivos

El Guttmacher Institute revela en sus informes que en los estados de Arizona, Georgia, New Hampshire, New Jersey y New York, que son estados que tienen legislación que exige cubierta mandatoria de anticonceptivos, se ha presentado legislación para expandir las exenciones que conceden las leyes o crear nuevas exenciones para ciertos patronos.⁷⁴ La propuesta de Arizona permitiría la exención por objeción por conciencia a todos los patronos. La ley actual del estado permite solo la exención para organizaciones sin fines de lucro de base religiosa que emplean y

⁷¹ Florida, Georgia, Iowa, Luisiana, Michigan, Minnesota, Missouri, New Hampshire, Virginia y West Virginia.

⁷² Refiérase a Guttmacher Institute, State Policies in Brief: State Policies on Later Abortions, April 1, 2012, a través de http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_PLTA.pdf (Última visita el 3 de mayo de 2012).

⁷³ *Supra* nota 51.

⁷⁴ *Id.*

sirven a individuos de su fe. Solamente se cubriría el uso de anticonceptivos para otros fines o tratamientos que no sea evitar el embarazo. La propuesta de Georgia se asemeja a la existente en Arizona, solo aplicable a patronos religiosos o de organizaciones de base de fe. Sin embargo la propuesta de New Hampshire busca al igual que la propuesta de Arizona, extender la exención a cualquier patrono por sus ideas o creencias religiosas.⁷⁵

Desafortunadamente, en momentos en que se espera el impacto de la ley federal del 23 de marzo de 2010, *Patient Protection and Affordable Care Act*⁷⁶, (PPACA, por sus siglas en Inglés) que dispone para la cubierta de métodos anticonceptivos por las aseguradoras, algunos estados están expandiendo las exenciones para permitir que aún patronos que no tienen una empresa de base religiosa puedan levantar la objeción por conciencia para no tener que proveer la cubierta de medicamentos anticonceptivos. Anticipamos que medidas como estas pueden provocar litigios en lo que se impugnen estas exclusiones. Resulta muy preocupante que cada vez que hay esfuerzos que aumentan y fortalecen los derechos especialmente de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos se produce la ola de contramedidas para frenar, restringir o eliminar estos. De este modo se genera un proceso que afecta la consecución de la plataforma necesaria para garantizar los derechos humanos aplicables a la sexualidad y lo que es peor se destruye lo que ha tomado décadas construir.

V. Reflexiones finales

En cuanto a la sexualidad y los derechos humanos podríamos interpretar que con el reconocimiento del acceso a métodos anticonceptivos comenzó a construirse una plataforma importante para continuar los desarrollos en esta área. Como todo desarrollo

⁷⁵ Refiérase a Guttmacher Institute, *State Policies in Brief: Restricting Insurance Coverage of Abortion*, April 1, 2012, a través de http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_ICC.pdf (Última visita el 3 de mayo de 2012).

⁷⁶ Public Law 111-148, 124 Stat 119- 1025.

el mismo ha sido lento y ha contado con múltiples desaciertos que han resultado en un proceso de construcción, de estancamiento y de retrocesos que revela la necesidad de seguir el proceso de construcción de una perspectiva que reconozca el derecho a ejercer la sexualidad de forma libre y autónoma y a recibir la información, la educación y los servicios que harán esa meta una realidad. Anticipamos que los retrocesos que se pretenden imponer a través de la aprobación de leyes y reglamentos serán impugnados en los tribunales, como ha ocurrido en el pasado y está ocurriendo en Estados Unidos, entre otras estrategias de la sociedad civil.

En Puerto Rico, la trayectoria del derecho al aborto muestra que, en el pasado el gobierno auspiciaba la esterilización de la mujer y aun cuando el aborto era ilegal hasta el caso de *Roe v. Wade*, el estado toleraba la existencia de clínicas de aborto.⁷⁷ Posteriormente, con la amplia interpretación del Tribunal Supremo en *Pueblo v. Duarte*, basada en la definición del concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud, el derecho de la mujer a decidir sobre el aborto se legalizó en Puerto Rico en cualquier etapa del embarazo. El estado, sin embargo, no provee los servicios gratuitamente a las mujeres interesadas en terminar su embarazo, excepto en casos de incesto o violación, autorizados bajo el programa federal de Medicaid, por lo que el acceso en las situaciones restantes depende exclusivamente de la oferta privada.⁷⁸ La plataforma de derechos humanos no está completa, en la medida en que no existe acceso para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

La limitación de los derechos sexuales y los derechos reproductivos se resume en la frase de la Dra. Alice Colón con respecto al derecho al aborto, “la legalidad no es condición suficiente para hacer viable el derecho al aborto en un clima de legitimidad, ni garantiza el acceso para las mujeres de todos los

⁷⁷ Alice Colón, Ana Luisa Dávila, María Dolores Fernós & Esther Vicente, *Políticas, Visiones y Voces en torno al Aborto en Puerto Rico*, págs. 79-87 (1999).

⁷⁸ *Id.*, en la pág. 88.

sectores sociales.”⁷⁹ En sociedades como la nuestra, es necesario promover y mantener la educación sexual desde temprana edad, el uso y el acceso a los métodos anticonceptivos, proveer los espacios necesarios para garantizar los derechos sexuales y los derechos reproductivos, que permitan la autodeterminación sexual, además de mantener el derecho a decidir sobre el aborto legal y seguro.⁸⁰

Para continuar en la senda de la construcción de la plataforma de derechos humanos relacionados con la sexualidad debemos conocer nuestros derechos sexuales y nuestros derechos reproductivos, estar alertas ante los múltiples intentos de socavar, limitar o eliminarlos. Es importante que cada generación reconozca que tiene el reto de adelantar estos derechos y sacarlos del retroceso o estancamiento en que puedan encontrarse. Para ello es necesario participar activamente en la sociedad civil a través de grupos que afortunadamente están vigilantes en la defensa de los derechos de todas y todos. La incidencia política, la educación, la creación de espacios de reflexión sobre el derecho, la política y la práctica de la libertad, garantizarán la construcción de los derechos humanos relacionados a la sexualidad y la promoción de una perspectiva de respeto a los derechos humanos para todas y todos.

⁷⁹ *Id.*, en la pág. 202.

⁸⁰ Patricia Otón Olivieri, *Agenda Inconclusa: Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos desde la Perspectiva de Salud*, 79 Rev. Jur. U.P.R. 3, 851, 875 (2010).

Aporías pedagógicas y jurídicas: Contrarrestar la violencia y el *bullying* escolar

Mozart Mestey Dávila⁸¹

♪ Each man kills the thing he loves.
Rainer Werner Fassbinder⁸²

Uno se forma siempre ideas exageradas de lo que no conoce.
Albert Camus⁸³

I- Planteamiento

Propongo en esta composición una reflexión sobre las condiciones contemporáneas de la escuela. En particular, pretendo detener la mirada en los fenómenos de la «violencia escolar» y la modalidad de «brutalidad» entre estudiantes reconocida con la denominación de *bullying* o acoso escolar.⁸⁴ Voy a plantear que

⁸¹ Al momento de someter este escrito, el autor cursaba el segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Para deliberaciones ulteriores comuníquese al correo electrónico dpmoszart@yahoo.com.

El autor agradece los comentarios de la Dra. Loida Martínez Ramos, Catedrática en la Facultad de Educación, Recinto de Río Piedras, Universidad de Puerto Rico.

⁸² *Querelle*, Película (Planet Film 1982).

⁸³ *El extranjero* (Emece Editores 1942).

⁸⁴ La difusión de la expresión *bullying* comunica mejor el fenómeno al cual hace referencia que cualquier léxico de uso actual en la lengua castellana. Para comunicar en español lo que logra la voz inglesa habría que sumar conceptos: *bullying* y *mobbing*, etcétera. Algunos términos en español que se utilizan usualmente para denominar al perpetrador del *bullying* son acosador, intimidador, bravucón, abusador, matón y mangoneador. Para propósitos de este trabajo, usaré ocasionalmente el término “acoso escolar” como traducción equivalente de *bullying*, los adjetivos “bravucón” y

estos dos fenómenos –la violencia escolar y la brutalidad del *bullying* en la escuela- tienen una relación con el miedo por el otro y el peligro de dar paso a la curiosidad. Luego, voy a proponer una «pedagogía Queer» como una aporía, que se hace viable al conceder a la posibilidad de una razón diferente que aprecie la contención, los conflictos, la fluidez y los procesos inacabados. Al final, voy a examinar y ponderar el posible provecho de la legislación reciente que ordena el desarrollo de políticas y protocolos ejecutables en contra del *bullying* en las escuelas públicas y privadas de Puerto Rico.

II- Enfoque

A- Aporía social

Puede afirmarse que, en relación con el pensar la escuela predomina la argumentación fácil, debido a que, en la medida en que la misma “impregnó la vida social y cultural” -como una de las instituciones de la modernidad- se convirtió en un acápite con muchísimos opinantes”⁸⁵. Tómese como ejemplo, la muy

“acosador” para nombrar al perpetrador o *bully*, y “estudiante intimidado” o “estudiante acosado” para denominar a la víctima del fenómeno o *bullied*. Aprovecho para descalificar en este escrito el referente “matón”, por parecerme inexacto y alarmista, inclusive de cara a este serio fenómeno.

⁸⁵ L. Garay, *Cuestiones institucionales de la educación y las escuelas y la educación matemática*, 9 La Revista Venezolana de Educación Educere (30 2005).

La emergencia de múltiples “opinantes” constituye obviamente una paradoja suntuosa de la (pos)modernidad. El derecho a la libertad de expresión es reconocido por el Tribunal Supremo de Puerto Rico como la quintaesencia de la sociedad democrática. Véase, por ejemplo, *Universidad de Puerto Rico v. Gabriel Laborde Torres* y otros, 2010 TSPR 225. Se reconoce, entre otros extremos, la envergadura de la libertad de expresión para propiciar el libre fluir de la participación ciudadana en el gobierno. R. Serrano Geyls, *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, Programa de Educación Jurídica Continua/ Facultad de Derecho/ Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. II, 4ta reimpression, San Juan, 2007. El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha señalado, por ejemplo, “to act as good citizens they must be informed”. *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946). No obstante su importancia, la

acuñada –por colectivos y particulares- metanarrativa de que la escuela antes fue provechosa y fuente de modelaje y hoy es perjudicial y un vivero de problemas sociales. Considérese además que, incluso cuando se apuntan las debilidades de la escuela, se insiste desproporcionadamente en sus posibilidades.⁸⁶ Es decir, se reconoce la violencia en las escuelas pero como un problema de los individuos (i.e., el personal docente y administrativo, pero, sobre todo, los alumnos y las familias) y no de la institución. Seguidamente se puntualiza que la escuela es el espacio idóneo para la resolución de la «violencia» social y la promoción de una sociedad armoniosa, progresista y civilizada. La superficialidad del trámite insiste en que el registro de la «violencia escolar» es el efecto de una patología de un afuera violento⁸⁷ -la familia, la sociedad, las bandas criminales, el gobierno- en contraposición a un interior armonioso y solidario.⁸⁸

jurisprudencia federal, local y el derecho internacional de derechos humanos han establecido que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto. En este escrito no hay oportunidad para analizar las pautas, las doctrinas o los escrutinios desarrollados respecto a la validez a la restricción a la libertad de expresión. En cambio, se quiere aquí llamar la atención de que, en el proceso de una mayor complejidad de la sociedad y el Estado, es consustancial a una participación efectiva tanto la formación de las personas a nivel individual o colectivo como el conocimiento especializado.

⁸⁶ Esto, quizá, deriva del vínculo que tiene la escuela con la atribución positiva y positivista que se hace del conocimiento; considérese, a manera de ejemplo, la fuerza cultural de tal atribución en la cotidiana sentencia “el saber nos hará libres”.

⁸⁷ Violencia que es producida y perpetrada, según casi todos los “expertos”, por la familia, y, de acuerdo con las empresas de medios de comunicación (seudo)periodísticos, por la familia y el gobierno.

⁸⁸ C. Lomas, *¿La escuela es un infierno? Violencia escolar y construcción cultural de la masculinidad*, 342 *Revista de educación* 83 (2007). B.E. Hernández Sierra, *La violencia institucional en las escuelas públicas y privadas de Puerto Rico*, 5 *El amautea* 1 (2008). B.E. Hernández Sierra, *Historia de promesas rotas. La violencia institucional en las escuelas públicas y privadas en Puerto Rico desde la vivencia e interpretación*

En estas líneas propongo una reflexión de otro nivel sobre la condición contemporánea de la escuela. Manejando la teoría Queer⁸⁹ como eje transversal, quiero convergir en este escrito el fenómeno de la violencia en la institución escolar⁹⁰ como una

socio-educativa de los estudiantes y familiares (Publicaciones Puertorriqueñas 2008).

⁸⁹ Para propósitos de este escrito, se escribirá Queer, con la letra “Q”, en mayúscula. Ha sido propuesto el uso del término Queer para distinguir y distanciar el movimiento cultural y teórico de la expresión peyorativa queer, con la letra “q”, en minúscula, utilizada en el mundo anglófono para ofender a las minorías sexuales. Véase F. Valdes, *Afterword. Beyond sexual orientation in queer legal theory: Majoritarianism, multidisciplinary, and responsibility in social justice scholarship or legal scholars as cultural warriors*, 75 Denv. U.L.Rev. 1409 (1998).

⁹⁰ El fenómeno de la violencia en la escuela ha sido extensamente objeto de estudio. Los estudios de género han producido un análisis para encarar el sistema patriarcal y la ideología sexista hegemónica en las sociedades y culturas occidentales. Con respecto a la institución escolar, la perspectiva de género ha contribuido con la identificación de seis manifestaciones sexistas (i.e., estereotipación, segregación, omisión, irrealidad, prejuicio lingüístico y selectividad) que sirven como recurso “para mantener la sociedad existente”. L. R. Martínez, *Currículo(s) y género(s)*, en *Género, sociedad y cultura* 281 (L. M. Martínez y M. Tamargo eds., Publicaciones Gaviota 2003). Tales manifestaciones pueden ser consideradas como estrategias para reproducir preceptos y subrayar proscripciones sociales que inciden, al decir del reconocido sociólogo Pierre Bourdieu, en la “(re)creación continuada () de la dominación masculina”. P. Bourdieu, *La dominación masculina* (Joaquín Jordá trad., Editorial Anagrama 2000). A mi manera de ver, constituye una violencia este proceso de transmitir conocimiento y este proceso de privilegiar a los varones heterosexuales sobre las estudiantes mujeres y otras «minorías sexuales» y, de esta manera, reproducir la inequidad en el acceso a los recursos sociales, culturales y económicos por parte de las mujeres y otras minorías de género.

De otra parte, Britzman, partiendo de la intuición del psicoanálisis, sugiere que la estructura y modos de pensar de la escuela presente “pueden ser vistos como criminalmente negligentes” por su censura a la educación de sexo seguro, esto debido a que, según plantea la autora, la sexualidad es la primera condición para la curiosidad y el aprendizaje; sin sexualidad no habría deseo de aprender. D. P. Britzman, *Precocious education*, en

aporía que, a mi manera de pensar, sería posible en función de aprovechar el extrañamiento, el asombro, la ignorancia, lo ajeno, el peligro, los flujos, la contingencia y las aperturas. Por definición, la aporía es el enunciado usualmente inviable de cara a los encuadramientos sociales, institucionales y epistémicos que nos regulan. En este caso, la latente inviabilidad obedece a todo un proyecto —el de la Modernidad— que ha instaurado y consolidado, incluso en la escuela, el discurso científico y político de la razón. Pero se trata de una razón muy particular, abocada a la objetividad, la certeza, la seguridad, el orden, el conocer la realidad y el descubrir la verdad.⁹¹ En fin, una razón que en su raciocinio emprende con parsimonia y poco o nada concede a los flujos, la contingencia, las aperturas y el caos como signos y constituyentes de la vida.⁹² La aporía propuesta se haría viable de conceder a otra razón, acaso la del pensamiento de la complejidad. En el pensamiento complejo son premisas básicas la fluidez, el extrañamiento y lo inacabado que son los procesos. Estos fenómenos deben acompañar en todas las instancias de la vida, particularmente las de formación cognitiva, el ser, el relacionarse y el hacer.

La aporía del ser, el relacionarse y el hacer diferentemente es importante y urgente, particularmente en este asunto. Hablar de la escuela y decantar la violencia y la brutalidad de los actos tiene que realizarse de manera inusual. Acaso obviar todo lo contemplado antes sea una torpeza; sin embargo, es preciso atender los fenómenos sociales con otro lenguaje y otra cognición. El Queer es una posibilidad. Lo Queer es tanto una teoría como

Thinking queer. Sexuality, culture, and education 33 (S. Talburt y S.R. Steinberg eds., Peter Land 2000).

⁹¹ Fernando Mires, *La revolución que nadie soñó o la otra posmodernidad. La revolución microelectrónica; la revolución feminista; la revolución ecológica; la revolución política; la revolución paradigmática* (Nueva Sociedad 1996).

⁹² *Id.*

un activismo; un pensar, un relacionarse y un hacer.⁹³ Contrario al registro más usual, que con cierta naturalidad y justificación histórica lo relaciona a lo sexual,⁹⁴ como una evolución de los movimientos gais y lésbico,⁹⁵ lo Queer tiene posibilidades múltiples en otras áreas lo cual es provechoso para la escuela de cara a las exigencias que las “demandas del mínimo civil”⁹⁶, en una expresión de esquizofrenia,⁹⁷ todavía hoy día hace a las instituciones sociales.

A partir de los entendidos que todavía van constituyendo y haciendo rizoma⁹⁸ en lo Queer, pretendo la reflexión del fenómeno de la violencia y el acoso en los establecimientos escolares. La aporía la practico al secundar una pedagogía que valore que del proceso de enseñanza-aprendizaje puede encadenarse el respeto y la solidaridad hacia todas las personas humanas y los grupos poblacionales. Un pensar y actuar Queer propicia la exploración de y la reflexión sobre las múltiples raridades, las intersecciones de las diversidades y las experiencias intrincadas.

⁹³ Nótese la dificultad de desembarazarse del pensamiento cartesiano: “pienso, luego existo”.

⁹⁴ Confundiéndose y colapsándose, como es usual en la modernidad de los siglos diecinueve y veinte, las categorías sexo, identidad de género y orientación sexual.

⁹⁵ A. R. Jagose, *Queer theory: An introduction* (New York University Press 1996).

⁹⁶ C.A. Torres, *Globalización, en Democracia, educación y multiculturalismo* 95, 107 (Siglo Veintiuno 2001).

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ C. Meloni, *Alianzas: las bodas contra natura entre el feminismo queer y las filosofías de la diferencia*, 4 *Filos* 89 (2007). Meloni sintetiza el concepto de rizoma, de Deleuze y Guattari, como una especie de raíz que crece en todos los sentidos, sin dirección fija, conectándose con otros rizomas, sin un punto de origen ni un centro ordenador.

B- Educación y escuela

Afirma Madeline Román que toda cosa se da “en referencia a un horizonte de sentido que hace posible su darse”.⁹⁹ La institución escolar -la que conocemos hoy día en las sociedades occidentales- es una invención del cronotopo de la modernidad. La escuela fue fabricada como parte de los proyectos modernos de emancipación de los pueblos y los individuos y los proyectos sociales y políticos de libertad, progreso y desarrollo.¹⁰⁰

La crisis actual de la escuela está relacionada con la ininteligibilidad de los fenómenos sociales, locales y globales, contemporáneos. Si bien es cierto que los sistemas de educación pública han asignado abundantes recursos humanos, tiempo y dinero y se han ensayados innumerables programas y enfoques pedagógicos, también es cierto que repetidamente lo han hecho con el motivo de realizar reformas escolares (aquéllas dirigidas a “modificar la organización escolar, el currículo, las modalidades de evaluación, y [] ampliar el espacio de las salas de clase”, pero con el propósito de asegurar el ordenamiento curricular y las relaciones preestablecidas) que han sido confundidas con reformas educacionales (aquéllas vinculadas con la creación de las relaciones posibles, el flujo de la sorpresa con el misterio y la incertidumbre y el desarrollo de la inquietud).¹⁰¹ Aunque estas reformas propendan hacia la eficiencia de la escuela, a fin de cuentas no desarticulan las interrogantes sobre la escuela. Uno de los problemas que los sistemas de educación confrontan reiteradamente en la irresolución de la crisis escolar consiste en

⁹⁹ M. Román, *El acontecer queer o la posibilidad de un político por venir*, 4 Filos 109, 109 (2007).

¹⁰⁰ L.M. Fernández, *El análisis de lo institucional en la escuela. Un aporte a la formación autogestionaria para el uso de los enfoques institucionales. Notas teóricas* (Paidós 1998). C. Pérez-Jiménez, *Formación de docentes para la construcción de saberes sociales*, 33 Revista iberoamericana de educación 37 (2003).

¹⁰¹ C. Calvo Muñoz, *Entre la educación corporal caótica y la escolarización corporal ordenada*, 39 Revista iberoamericana de educación 91 (2005).

que mantienen el mismo discurso con respeto a su visión, misión y programa operacional.

A mi manera de ver, los administradores de los sistemas de educación tienen que asumir la crisis de una manera distinta. Ya no como algo negativo, que amortigua la tarea educativa. Desde el pensamiento de la complejidad la crisis es asumida como constitutiva de la vida, sea individual o colectiva. La crisis y el caos remiten a los procesos inacabados. Siendo la escuela un sistema producto de la sociedad, es importante que en y desde esta institución se comprenda la complejidad de lo social. Lo social no está dado sino que es un continuo hacer. Podemos decir que lo social y la escuela están inconclusos. Por lo cual, salvo brevemente, ningún proyecto de trabajo puede acotar su objeto.

La escuela y los procesos de enseñanza-aprendizaje escolares pueden lograrse sí, partiendo de las consideraciones anteriores, el sistema emprende una nueva ruta de trabajo. Se trata de asumir la complejidad de la educación. Esto implica, primeramente, no confundir educación, escolarización y escuela.¹⁰² La educación es anterior a la escuela. Hoy día coexisten dos modalidades de educación: la formal (al interior de la escuela) y la informal. La educación informal (la cultural, según otras disciplinas y otros estudiosos enunciarían) propende a la creación de relaciones y está relacionada con la incertidumbre. La escolarización es el proceso de educación al interior de la escuela. La escolarización es sistemática, se da en un tiempo-espacio determinado, consiste -lamentablemente- “en repetir relaciones preestablecidas”¹⁰³ y “promueve la mediatización de saberes sociales y de identidades que se materializan en el currículo”.¹⁰⁴

En segundo lugar, en consideración de lo anterior la ruta de trabajo implica apreciar la educación fuera del aula y dignificar la educación dentro del aula. El análisis que sobre la educación y la

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.* a la pág. 91.

¹⁰⁴ Pérez-Jiménez, *supra* nota 20, a la pág. 40.

escolarización provee Calvo Muñoz¹⁰⁵ apunta a un proceso educativo que acoge la complejidad de la que comento: reducir el tiempo escolar; vincular el ocio al estudio; propiciar las expresiones de distracción de los alumnos; aceptar la emergencia de la casualidad (la espontaneidad); “ser uno con la diversidad del otro”; tener en cuenta que la educación es un interpretar, re-crear y re-ordenar; promover el asombro y las interrogantes; dar cavidad al cuerpo tal como se da a la mente; y dejar fluir la improvisación.

En tercera instancia, es necesario propiciar un nuevo paradigma del docente. Inicialmente habría que desvincular al docente del proyecto de educación moderno el cual instauró en este agente social el monopolio del saber de cara a los alumnos. Hoy por hoy habría que conceder que la y el docente no posee el monopolio del conocimiento,¹⁰⁶ por lo cual, es un requisito constante invertir en la formación del magisterio, a nivel individual y como colectivo. También hay que establecer que la base para la pedagogía escolar no es la autoridad¹⁰⁷ sino, al decir de Umberto Eco, “enseñar el arte de la selección”.¹⁰⁸ Además, debe proveerse para que la y el docente tenga en cuenta la importancia de transmitir -a riesgo de romper el encanto relacionado con el proceso de enseñanza/aprendizaje y de constitución del conocimiento, pero a beneficio del proceso de pensar colectivo/individual- a los alumnos la parcialidad y multiplicidad de los saberes.

Habría que trabajar en otros aspectos pero, de por sí, los antedichos ya constituyen una tarea violenta, en el sentido de que

¹⁰⁵ Calvo Muñoz, *supra* nota 21.

¹⁰⁶ Considérese que las tecnologías electrónicas (v.g. internet, *softwares*) y los productos culturales (v.g. documentales) son al menos dos fenómenos que desarticulan la premisa de que el maestro es el único poseedor del conocimiento. Los estudiantes de hoy día lo saben y, por eso mismo, en caso de tener acceso a los recursos del tipo antedichos, algunos confieren mayor valor a los tratados y saberes que no provienen del ámbito escolar.

¹⁰⁷ Hernández Sierra, *supra* nota 8.

¹⁰⁸ U. Eco, *¿De qué sirve el profesor?*, <http://www.lanación.com.ar/910427> (accedido el 21 de febrero de 2008).

implican una carga adicional y que comunica, además, un agotamiento psíquico en tanto, en el contexto de la aceleración del mundo, esto se suma a tantas otras recomendaciones¹⁰⁹ para la escuela y la educación. Aún así, con lo mencionado hasta este punto vale para pasar a considerar la violencia escolar y la pedagogía Queer.

C- Pensamiento *Queer*

El «devenir Queer» en su teorización ha participado de un proyecto más amplio de miembros de la academia y del activismo para la «desfundamentación» de la epistemología moderna.¹¹⁰ En oposición a la racionalidad moderna, en la cual los postulados del estructuralismo acentúan la centralidad, la teorización Queer procura la «descentralización».¹¹¹ Es decir, un distanciarse de las nociones de la verdad y el origen, y además de la norma y la fijación; esto es, un alejamiento de los esencialismos.

La teoría Queer apunta a los límites de las políticas de las identidades. Los teóricos Queer postulan que las categorías de identidad se construyen y son *performance*. La propuesta Queer es en el sentido de que los sujetos culturales proliferen e intensifiquen la crisis de las políticas de las identidades, para desatar las ansiedades o placeres que pueden producirse una vez las categorías que nos predicen y confinan como sujetos pierdan la capacidad de controlar y disciplinar.

Esto informa que la invención del concepto Queer es el producto de un contexto histórico y cultural. Aparece debido a un activismo y una reflexión promovida por sectores del colectivo GLBTT¹¹² que, en un esfuerzo singular para contrarrestar la marca peyorativa y ofensiva del término queer (aquí justificadamente en minúscula, para diferenciar el contenido en ambos casos), se

¹⁰⁹ M. Román, *Estallidos: polisemia y polimorfia del derecho y la violencia* (Publicaciones Puertorriqueñas 2005).

¹¹⁰ Meloni, *supra* nota 18.

¹¹¹ Jagose, *supra* nota 6. Meloni, *supra* nota 18.

¹¹² Acrónimo para gai, lésbico, bisexual, transgénero y transexual.

apropió de la palabra y la resignificó cultural y políticamente.¹¹³ En esa acción lo sustancial está puesto de una parte en la combatividad contra la opresión, la subordinación y la normalización, y de otro lado, en abogar por la igualdad intragrupo e intergrupos y la exigencia de justicia social solidaria y responsabilidad.¹¹⁴ El pensamiento Queer no es un movimiento de oposición a y negación de la heterosexualidad, sino que se encauza contra el heterosexismo y las demás matrices de disciplina.¹¹⁵ Al decir de Francisco Valdés, se trata, en vías de consolidar su propuesta de estudios jurídicos Queer, de moverse del estudio antidiscrimen –que este autor caracteriza como reduccionista y unidimensional- hacia el estudio «antisubordinación» el cual indagaría las intersecciones y la multidimensionalidad¹¹⁶ de las categorías de raza, etnicidad, procedencia geográfica, clase, (dis)capacidad, religión, sexo, género, orientación sexual y otras de cara a las matrices de dominio.

Al hacer el análisis de la sociedad moderna, tomando como objeto de estudio el fenómeno carcelario, en particular el poder panóptico, Foucault elabora el concepto de la «sociedad disciplinaria». Foucault denomina como disciplina a “. . . estos métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad-utilidad”.¹¹⁷ Todas las instituciones sociales de la modernidad –la fábrica, la escuela, el hospital, etcétera- se convierten en «instituciones de encuadramiento» que siguen el modelo de la cárcel panóptica. La prisión panóptica se caracteriza por la importancia que da a la vigilancia y al examen: “trata de verificar si un individuo se

¹¹³ Valdés, *supra* nota 9.

¹¹⁴ *Id.* a la pág. 1423.

¹¹⁵ L. Rose Kepros, *Queer theory: Weed or seed in the garden of legal theory?*, 9 *Law & Sexuality* 279 (1999-2000).

¹¹⁶ Valdés, *supra* nota 9, a la pág. 1424.

¹¹⁷ Michel Foucault, *Vigilar y castigar* 141 (Siglo Veintiuno Editores 1998).

conduce o no como debe, si cumple con las reglas, si progresa o no, etcétera”.¹¹⁸

En el siglo veinte la disciplina habría superado las instituciones de encierro. Dice Foucault que la disciplina “no puede identificarse con una institución ni con un aparato”.¹¹⁹ Recordemos que las disciplinas son métodos para “garantizar la ordenación de las multiplicidades humanas”.¹²⁰ La pretensión es “formar un saber a propósito de [a quienes se aplica] para normalizarlos”.¹²¹ Por ello, la eficacia del poder panóptico descansa en “. . . ‘conduc[ir] conductas’ y arreglar probabilidades”.¹²²

Las categorías sociales como sexo, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, nacionalidad, religión y otras adicionales, tienen un carácter de inventado. Son el producto de intersecciones culturales y políticas y de acontecimientos históricos.¹²³ Las mismas son evidentemente susceptibles de subordinación y explotación ante los ejes de la «colonialidad del poder», esto es, el capitalismo, el imperialismo, el patriarcado, el racismo, el sexismo y el heterosexismo.

D- Violencia y *bullying* escolar

¹¹⁸ *Id.* a la pág. 100.

¹¹⁹ *Id.* a la pág. 218.

¹²⁰ *Id.* a la pág. 221.

¹²¹ *Id.* a la pág. 223.

¹²² Michel Foucault, *Por qué estudiar el poder: la cuestión del sujeto*, en *Michel Foucault más allá del estructuralismo y la hermenéutica* 13 (Hubert L Dreyfus, et. al. eds. Chicago University Press 1983).

Conviene remitir al(la) lector(a) a dos recientes artículos jurídicos que utilizan el marco filosófico de Foucault sobre la vigilancia, el poder panóptico y la disciplina y el control para el análisis de su objeto de estudio: C.L. Selpa Báez, Autor Estudiante, *La mirada constante del Estado y el derecho a la intimidad*, 7 Rev. Clave de Estudios Críticos del Derecho 111 (2011). I. Pérez Vega, *El poder de vigilar: control de acceso a comunidades y calles en Puerto Rico*, 44 Rev. Jur. Univ. Interamericana de P.R. 119 (2009-10).

¹²³ Krepos, *supra* nota 35.

Me parece que en este punto está clara la contención de que la racionalidad moderna que sostiene la educación formal convencional puede ser señalada además como fundadora de la violencia que históricamente ha atravesado a la escuela. Dicho sea de paso, de acuerdo con Hernández Sierra,¹²⁴ el ejercicio de la escolarización está caracterizado por: los “regímenes de trabajo e inscripción de saberes”; la desvinculación de los saberes escolares de los saberes del estudiante; la vinculación entre obediencia y aprendizaje; el énfasis en el modelo militar y fabril; la promoción de prejuicios y discriminación debido a la invisibilidad de las particularidades de los estudiantes; el uso de un “currículo monolítico”; el hostigamiento sexual; y la marginación.

En los establecimientos escolares la incidencia de manifestaciones de hostilidad, explícita e implícita, directa e indirecta, física, verbal, psicológica y ciberespacial, es muy frecuente y muy reportada. No me atrevo a establecer una hipótesis en cuanto a las razones para una incidencia más frecuente de las manifestaciones de hostilidad y agresión en la esfera escolar. En cuanto a un mayor reporte de incidentes hay que considerar que puede ser una consecuencia, sobre todo, de las distinciones que derivan de la continua producción de estudios y la emergencia de categorías que como parte de la burocracia, el academicismo y la cientificidad moderna se producen y, a su vez, propician el surgimiento de nuevas categorías relativas a los fenómenos de violencia, criminalidad y víctimas.¹²⁵

Antes de concentrarme en el fenómeno de la «violencia escolar» cabe la siguiente contención. Es urgente re-significar la violencia y distinguirla de otros fenómenos. Al decir de Madeline Román, la categoría de violencia se ha convertido en un “significante unificador” en el cual, el “‘juicio cotidiano’ [] colapsa fenómenos extremadamente diversos y heterogéneos”.¹²⁶

¹²⁴ Hernández Sierra, *supra* nota 8.

¹²⁵ Propongo conferir al mismo tiempo un doble sentido a este planteo, tanto en su acepción negativa como positiva.

¹²⁶ Román, *supra* nota 29, a la pág. 110.

Román hace referencia a que las categorías de la brutalidad, la barbarie y la crueldad se confunden con la de violencia. De acuerdo con esta autora, la cual sigue en su exposición los presupuestos de los pensamientos de la complejidad, el posestructuralismo y el psicoanálisis, la violencia es constitutiva de la vida. No sólo en el sentido de que la violencia es parte de las relaciones de los sujetos, sino porque es “sinónimo de la vida misma”.¹²⁷ Así, después de extender la discusión a expresiones múltiples de la violencia, la autora propone “resignificar positivamente la violencia constitutiva de lo humano [] de cara a los fenómenos de la brutalidad, la crueldad y la barbarie. . .”.¹²⁸

En consideración de las elaboraciones teóricas repasadas por Román hay que establecer que, con respecto al devenir de los problemas sociales, lo que nos preocupa con mayor urgencia social, educativa y jurídica, no es la violencia sino las manifestaciones de brutalidad, barbarie y crueldad. Estas tres categorías están vinculadas a la técnica para la producción de, mayor control, sujetos normales, sujetos criminales, monstruosidades y otras banalidades.¹²⁹ Estas manifestaciones operan en escenarios o relaciones socialmente muy estimadas como las relaciones de pareja, contra la mujer (i.e., violencia doméstica, conyugal o machista, acoso sexual), contra los menores (i.e., maltrato infantil y castigos), contra las personas envejecidas, acoso entre escolares y en el lugar de trabajo (i.e., *mobbing*); también en actos más resueltos u obvios como la tortura, el genocidio, la esclavitud, los crímenes de odio (i.e., por raza, etnia, nacionalidad, religión, sexo, género, orientación sexual, discapacidad), las desapariciones forzadas; además en acciones un poco borrosas todavía como la exclusión social, la desigualdad de condiciones, la degradación urbanística y el discurso de la inseguridad.

¹²⁷ *Id.*, a la pág. 110 y 183.

¹²⁸ *Id.*, a la pág. 184.

¹²⁹ *Id.*

El fenómeno de la brutalidad es significado como “cualquier ‘gesto que impide un acto libre’”.¹³⁰ Con respecto a los gestos que impiden la libertad en el cosmos de la institución escolar, una de las categorías de mayor notoriedad en la contemporaneidad es la del *bullying*, por lo que en las próximas páginas voy a concentrar la discusión sobre el acoso escolar y no otras formas de barbarie, brutalidad y crueldad.

En cuanto a consideraciones del léxico cabe indagar la etimología y acepciones de la palabra *bullying*. El origen del léxico *bully* en inglés está fijado en la década de 1530.¹³¹ Se teoriza su procedencia del holandés medieval *boel* (i.e., amado, hermano) y este, a su vez, del alemán medieval *buole* (i.e., hermano, amado), como palabra de afecto con la cual se denominaba el equivalente del actual "sweetheart" a una persona de cualquier sexo.¹³² A lo largo del siglo diecisiete el sentido de la voz en inglés cambió de “fine fellow”, utilizado exclusivamente para un amigo hombre,¹³³ a “harasser of the weak” (i.e., bully-ruffian), encontrándose probablemente el sentido conector de una y otra acepción tan dispar en el “protestor de una prostituta”.¹³⁴ Algunas formas obsoletas de la palabra son “sweetheart”, “darling”, “good fellow” y “procurer”.¹³⁵ Como arcaísmo del sustantivo se corrobora la acepción de “hombre contratado para actuar con violencia”. En cuanto a las acepciones contemporáneas del léxico, el mismo tiene presencia como sustantivo, verbo, adjetivo e interjección. En calidad de sustantivo el término *bully*

¹³⁰ Genet, 1974, en Román, *supra* nota 21, a la pág. 110.

¹³¹ Online Etymology Dictionary, <http://www.etymonline.com> (accedido el 10 de marzo de 2011).

¹³² Word Origin & History, <http://dictionary.reference.com/etymology/bully> (accedido el 10 de marzo de 2011). Además, <http://oxforddictionaries.com/definition/bull?rskey=tjVa49&result=1> (accedido el 10 de marzo de 2011).

¹³³ <http://oxforddictionaries.com/definition/bull?rskey=tjVa49&result=1>

¹³⁴ Word Origin & History, <http://dictionary.reference.com/etymology/bully> (accedido el 10 de marzo de 2011).

¹³⁵ *Id.*

sirve para denominar a una persona abrasiva, dominante y pendenciera, que habitualmente utiliza su fuerza o influencia para perseguir, hostigar, intimidar, perjudicar o lesionar a un par más pequeño o más débil.¹³⁶ También se define como “compañero cruel y brutal”.¹³⁷ Como verbo, se refiere a la acción de dominar, intimidar, coercionar o lastimar a otra persona.¹³⁸ El adjetivo describe algo bien hecho, agradable u ostentoso.¹³⁹ Se corrobora que desde 1864 en Estados Unidos de América se usaba la expresión popular *bully for you!* para significar algo admirable (i.e., ¡bien hecho!); todavía persiste tal sentido de la interjección.¹⁴⁰

Mientras el contexto sociolingüístico anglófono contemporáneo acuñó el concepto *bullying*, para designar la conducta que en español llamamos como acoso, bravuconería e intimidación escolar, en otros contextos surgieron conceptos similares. Así, pues, coexisten o coexistieron tanto el *mobbing*, para referirse al acoso moral en el trabajo, como el *jingoism*, que denota el patriotismo chauvinista que aplica una política extranjera beligerante que raya en el acoso político.¹⁴¹ En Estados Unidos de América y Canadá, en los escenarios escolar y universitario se acuñó además el término *hazing*, que apunta a una suerte de rito de pasaje o de iniciación de los alumnos con interés en integrarse en

¹³⁶ Word Origin & History, <http://dictionary.reference.com/browse/bully>; <http://oxforddictionaries.com/definition/bull?rskey=tjVa49&result=1> (accedido el 10 de marzo de 2011).

¹³⁷ <http://www.mnemonicdictionary.com/word/bully> (accedido el 10 de marzo de 2011).

¹³⁸ <http://dictionary.reference.com/browse/bully>; <http://oxforddictionaries.com/definition/bull?rskey=tjVa49&result=1> (accedidos el 10 de marzo de 2011).

¹³⁹ <http://dictionary.reference.com/browse/bully> (accedido el 10 de marzo de 2011).

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Cambridge Dictionaries Online, <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/jingoism> (accedido el 1 de mayo de 2011).

una fraternidad o equipo deportivo.¹⁴² En el escenario escolar de India, Pakistán y Sri Lanka ocurría el *ragging*. Y en la rama militar de la extinta Unión Soviética y la actual Rusia acontecía el *dedovshchina*.¹⁴³

Más allá del sentido lingüístico y sociolingüístico, el acoso escolar es definido por los estudiosos con las siguientes características:¹⁴⁴

- una forma patológica de socialidad;
- expresada en un acto de violencia escolar que va desde injuriar, extorsionar, provocar incomodidad mediante palabra, contacto físico, gesto o exclusión de un grupo o el atentado físico;

¹⁴² M.A. Lentz, *Student harassment and bullying*, Lentz School Sec. § 4:3 (2010).

¹⁴³ R. Braithwaite, *Dedivshchina: bullying in the Russian army*, <http://opendemocracy.net/od.../dedovshchina-bullying-in-russian-army> (accedido el 28 de abril de 2011).

¹⁴⁴ D. B. Weddle, *When will schools take bullying seriously?*, 39 Oct JTLA Trial 18 (2003). M. Chapell, D. Casey, C. De la Cruz, J. Ferrel, J. Forman, R. Lipkin, M. Newsham, M. Sterling y S. Whittaker, *Bullying in college by students and teachers*, 39 (153) *Adolescence* 53 (Primavera 2004). M. Chapell, S. Hasselman, T. Kitchin, S. Lomon, K. MacIver y P. Sarullo, *Bullying in elementary school, high school, and college*, 41 (164) *Adolescence* 633 (2006). M. J. Díaz Aguado, *Por qué se produce la violencia escolar y cómo prevenirla*, 37 *Revista iberoamericana de educación* 17 (2005). L.M. Velázquez Reyes, *Experiencias estudiantiles con la violencia en la escuela*, 10 (26) *Revista mexicana de investigación educativa* 739 (2005). L. Bloom, *School bullying in Connecticut: Can the statehouse and the courthouse fix the schoolhouse? An analysis of Connecticut's anti-bullying statute*, 7 *Conn. Pub. Int. L.J.* 105 (2007). M.A. Roldán Franco, *Bullying: Acoso moral y maltrato entre escolares*, en *Nuevos escenarios de violencia* 119 (A. García-Mina Freire cdra, Universidad Pontificia Comillas de Madrid 2008). M. Gulemetova, D. Drury y C.P. Bradshaw, *Findings from the National Education Association's nationwide study of bullying: Teachers' and education support professionals' perspectives*, <http://www.stopbullying.gov/> (accedido el 11 de marzo de 2011).

- suele incluir burlas, poner nombres, amenazas, intimidaciones, agresiones físicas, aislamiento, insultos;
- es sistemático, llevado a cabo repetida y persistentemente durante el espacio-tiempo escolar;¹⁴⁵
- sin consideración de intención o razón;
- convencionalmente por uno o más estudiantes contra uno o más pares;¹⁴⁶
- típicamente en función de características o percepción de estatus diferenciados, atributos considerados minoritarios o diferentes y relaciones de poder,
- ocurre en el salón de clases, los pasillos, el comedor, las áreas de juegos y los autobuses.

Una autora diferencia el acoso escolar de la «violencia escolar». En la síntesis que Roldán Franco realiza para establecer una aproximación conceptual del acoso escolar, sugiere que la violencia escolar es “cualquier acción u omisión intencionada que en la escuela, alrededores de la escuela o actividades escolares, daña o puede dañar a terceros”, manifestándose aquella dirigida a personas en tres formas: del profesorado hacia el alumno, del alumno hacia el profesor y entre compañeros alumnos. “Esta última se convierte en acoso cuando es reiterada, y se da en un

¹⁴⁵ El espacio-tiempo escolar abarca el aula, los predios escolares, las áreas circundantes, actividades auspiciadas por las escuelas, el tiempo usado para dirigirse hacia o desde la escuela. Véase Calvo Muñoz, *supra* nota 21.

¹⁴⁶ Las investigaciones reportan, además, casos de intimidación por parte del profesorado hacia el estudiantado. Véase: Chapell et al., *supra* nota 64 (2004). Chapell et al., *supra* nota 64 (2006). Díaz Aguado, *supra* nota 64. Velázquez Reyes, *supra* nota 64. L. Crothers y E. Levinson, *Assessment of bullying: A review of methods and instruments*, 82 (4) *Journal of counseling and development* 496 (2004). J. Packman, W. J. Lepkowski, C. C. Overton y M. Smaby, *We're not gonna take it: A student driven anti-bullying approach*, 125 (4) *Education* 546 (2005). K. Varjas, E. Graybill, W. Mahan, J. Meyers, B. Dew, M. Marshall, A. Singh y L. Birckbichler, *Urban service providers' perspectives on school responses to gay, lesbian, and questioning students: An exploratory study*. 11 (2) *Professional school counseling* 113 (2007). Y de los alumnos hacia los docentes: Díaz Aguado, *supra* nota 64.

marco en el que existe un desequilibrio de poder, por lo que la intimidación es un elemento clave del acoso escolar.¹⁴⁷

El acoso escolar es distinguido por los estudiosos en tipologías. Algunos plantean que existen cuatro tipos de acoso (i.e., físico, verbal, psicológico y social); en otro estudio se plantean dos tipos de maltrato (i.e., directo e indirecto), otro autor junto a su equipo investigativo propone cuatro tipos de acoso (i.e., maltrato físico, maltrato emocional, maltrato económico y abuso sexual) y, un último autor sugiere una clasificación de conductas de acoso y tipos de maltrato.¹⁴⁸ En cuanto a esta última taxonomía, de Collell y Escude, el resultado del estudio ha sido la identificación de tres formas de agresión, a saber:¹⁴⁹

- Agresión abierta – Esto es, conducta de acoso físico y maltrato directo (empujar, pegar, tocar, amenazar con armas); conducta de acoso verbal y maltrato directo (insultar, burlarse, poner mote)
- Agresión relacional – Incluye conducta de acoso verbal y maltrato indirecto (hablar mal de uno, difundir falsos rumores); conducta de acoso por exclusión social y maltrato directo (excluir del grupo, no dejar participar); conducta de acoso por exclusión social y maltrato indirecto (ignorar, ningunear)
- Agresión emocional – Remite a la conducta verbal, la exclusión social y la amenaza con armas.

El acoso escolar, según otra autora, puede ser explícito o solapado; y en todo caso es un asunto de relaciones de poder.¹⁵⁰ El acoso escolar explícito incluiría abuso físico, verbal, acoso y humillaciones. Por otra parte, el acoso escolar tácito o de “relación” consistiría de la manipulación de la relación social del estudiante acosado mediante la exclusión social, la difusión de

¹⁴⁷ Roldán Franco, *supra* nota 64, a la pág. 120.

¹⁴⁸ *Id.*, a la pág. 122-123.

¹⁴⁹ *Id.*, a la pág. 123.

¹⁵⁰ Bloom, *supra* nota 64, a la pág. 108-109.

rumores, amenazas, decepción, mentiras y el uso del ciberespacio para realizar actos de acoso escolar.¹⁵¹

Ha sido planteado que la conducta de acoso escolar tiene que ver con el ambiente o clima escolar que permea en un establecimiento escolar particular. Incluso, se señala que algunos ambientes fomentan el acoso escolar, cuando los adultos ignoran la conducta; los adultos consideran que el acoso es parte del crecimiento; si prevalece “el síndrome de no seas un delator”; el personal docente imponen suspensiones inadecuadas al estudiantado; la conducta agresiva prevalece en el hogar; la escuela carece de una política y de regulaciones que prohíban la conducta agresiva, el acoso escolar, el acoso sexual, la agresión y las amenazas; se acepta la actitud de responsabilizar al estudiante acosado.¹⁵²

Para contrarrestar un clima escolar que fomenta el acoso escolar es recomendado la conexión: preguntar al alumnado sobre el acoso sexual, conocer sobre y comprender las relaciones entre pares, construir un aula y un clima democrático, indagar sobre currículos anti acoso escolar e implementar un currículo de aprendizaje socioemocional que sea intelectualmente desafiante.¹⁵³ La escuela, además, debe rehusar tolerar los malos tratos, reconocer el derecho del estudiantado y el personal (docente y administrativo) de estar libres de conducta agresiva y utilizar técnicas de resolución de conflictos.¹⁵⁴ El personal debe también estimar si la escuela fomenta un ambiente que lleva al acoso escolar, si considera las quejas con seriedad, si prohíbe las represalias hacia los informantes sobre el acoso escolar, si existe una política que prohíba el acoso escolar, si la política –de tenerse-

¹⁵¹ *Id.*, a la pág. 109.

¹⁵² *Supra* nota 66.

¹⁵³ P.C. Rodkin, *Bullying and children's peer relationships*, <http://www.stopbullying.gov/> (accedido el 11 de marzo de 2011).

¹⁵⁴ *Id.*

es consistentemente reforzada, si disciplinan apropiada a los ofensores.¹⁵⁵

Por otra parte, en cuanto a los factores de riesgo del *bullying* y la victimización en Estados Unidos de América se reconocen múltiples contextos, a saber: individuos, pares, escuela, familia, comunidad y sociedad.¹⁵⁶

Los factores individuales están relacionados a: género (niños están involucrados a una tasa mayor que las niñas); nivel y grado (prevalencia pico en la escuela intermedia y en los grados de transición de niveles); etnia (minorías); religión (musulmanes, hindúes, pakistaníes); estatus socioeconómico (varía según contexto); destrezas sociales (destrezas deficitarias como ser solitario son exhibidas por víctimas, bravucón-víctima¹⁵⁷ y algunos bravucones; destrezas superiores como ser popular y *cool* son manifestadas por el acosador); logro académico (acosadores y acosados desempeñan bajo el nivel); orientación sexual (colectivos GLBT es abrumadoramente acosado verbal o físicamente); discapacidad (estudiantes autistas); conducta externalizada (los bravucones presentan desorden de conducta); síntomas internalizados (acosadores y acosados presentan depresión).

Los factores grupales remiten a que el acoso es un fenómeno entre pares de un mismo grupo; si un miembro del grupo lleva actos de acoso los demás toman parte; conducta delictiva (es el factor de mayor predicción de acoso y victimización); uso de alcohol o droga.

¹⁵⁵ *Id.* Se recomienda no enfatizar en el número o la severidad del castigo. Véase al respecto, G. Sugai y R. Horner, *Reducing the effectiveness of bullying behavior in schools*, <http://www.stopbullying.gov/> (accedido el 11 de marzo de 2011).

¹⁵⁶ Véase al respecto la síntesis que provee S.M. Swearer, *Risk factors for and outcomes of bullying and victimization*, <http://www.stopbullying.gov/> (accedido el 11 de marzo de 2011).

¹⁵⁷ Esto es, algunos estudiantes actúan como bravucones en algunas relaciones y como estudiantes acosados en otras relaciones, inclusive contemporáneas una a la otra.

En cuanto a los factores de riesgo de la escuela se plantean los siguientes: clima escolar (no cuando no ofrece respaldo ni es saludable; mayor acoso en escuelas con clima negativo y punitivo); actitud de docentes (mayor prevalencia si ignoran o asumen que es cosa de niños); aula (mayor incidencia cuando las relaciones de amistad es negativa, la relación docente-alumno es negativa, ausencia de auto control, y pobre solución de los problemas entre estudiantes); compromiso académico (a mayor compromiso y motivación del estudiantes, menor incidencia); sentido de pertenencia.

Sobre los factores familiares se resalta que los bravucones proceden de familias con poca cohesión, cuyo padre está ausente, y se permiten la agresión; el bravucón-víctima ha sufrido abuso físico y los parientes son negligentes.

Se aduce que las comunidades que presentan factores de riesgo como inseguridad, violencia y desorganización son base para el acoso.

Finalmente, en el área de los factores sociales se señala a los medios de comunicación (violencia mediática) y la intolerancia (los prejuicios son terreno fértil).

Existe una bibliografía considerable de investigaciones empíricas que exploran la incidencia de los actos de acoso escolar. El logro principal de estos estudios radica, principalmente, en la evidencia que comunica las relaciones de hostilidad, subordinación y exclusión que protagonizan la vida en las escuelas, bien sea entre estudiantes o entre docentes y estudiantes. Además que los datos (cuantitativos, regularmente) de estos estudios pueden ser utilizados para la elaboración y evaluación de programas escolares de intervención anti-acoso escolar.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Crothers et al., 2004, *supra* nota 64. Díaz Aguado, 2005, *supra* nota 64. Velázquez Reyes, 2005, *supra* nota 36. Varjas et al., *supra* nota 37. D. Stader y T. Graca, *Student-on-student sexual orientation harassment: Legal protections for sexual minority youth*, 80 (3) *The Clearing house* 117 (2007). D. Glover, N. Cartwright, G. Gough, y M. Johnson, *The*

Muchas de estas investigaciones, no obstante, son deficientes debido a que, en sus enfoques subyace exclusivamente el paradigma positivista del conocimiento científico y que, a su vez, están limitadas en términos de tiempo¹⁵⁹ y financiamiento. Súmese la precaria contextualización teórica y unos enmarcados metódicos peculiares (muestras reducidas; fases cortas para la recopilación de los datos; uso de tan solo un instrumento (regularmente, el cuestionario); análisis cuantitativo exclusivamente); además que la construcción de los estudios y el análisis de los resultados es reduccionista (relaciones causales y mecanicistas).¹⁶⁰

Algunos de los estudios revisados que tratan la incidencia de la intimidación en las escuelas corresponden a objetivos similares. Los siguientes puntos sintetizan los objetivos consignados en algunos de los artículos revisados:¹⁶¹

- explorar la incidencia de intimidación (física, verbal o por exclusión social);
- explorar la continuidad de la intimidación en la escuela (desde el nivel elemental al superior) y la universidad;
- estudiar la visión de los estudiantes sobre quiénes son intimidados;

introduction of anti-bullying policies: Do policies help in the management of change? 18 (1) School leadership and management 89 (1998).

¹⁵⁹ Al menos hasta inicios de 2011 no existía un estudio a nivel nacional (i.e., Estados Unidos de América) que fuera representativo y longitudinal. Swearer, *supra* nota 76.

¹⁶⁰ Una de las excepciones notables lo constituye el trabajo de Velázquez Reyes, *supra* nota 64. .

¹⁶¹ Chapell et al., *supra* nota 64 (2004). Chapell et al., *supra* nota 64 (2006). Díaz Aguado, *supra* nota 64. Velázquez Reyes, *supra* nota 60. Stader et al., *supra* nota 78; Varjas et al., *supra* nota 66. A. Frisén, A. Jonsson y C. Persson, *Adolescents' perception of bullying: Who is the victim? Who is the bully? What can be done to stop bullying?* 42 (168) *Adolescence* 749 (2007).

- estudiar la visión de los estudiantes sobre los mecanismos comprendidos en la intimidación;
- investigar las relaciones de género en las relaciones de intimidación,
- y examinar el impacto potencial de la intimidación en las víctimas.

Para propósitos de este escrito es atendido particularmente la investigación llevada a cabo por Frisén et al.¹⁶² Estos autores realizaron la investigación en dos escuelas superiores de Suecia, con los objetivos de explorar las percepciones de los estudiantes sobre los mecanismos de la relación de intimidación y de los perpetradores y las víctimas. Los participantes del estudio fueron 119 estudiantes adolescentes de las edades de 15 a 20 años, a los cuales se interrogó sobre sus experiencias como bravucones o víctimas o bravucón y víctima en cada uno de los periodos de edades segmentados (i.e., 7-9, 10-12, 13-15, 16-18, segmentación que tiene correspondencia con el sistema escolar sueco). También se preguntó sobre sus opiniones con respecto a tres inquietudes: (a) por qué los estudiantes son intimidados, (b) por qué unos estudiantes intimidan y (c) qué hace que se detenga la intimidación. No me detengo a mencionar todos los resultados estadísticos obtenidos, más bien reparo en aquellos resultados que tienen relación con la línea de esta reflexión, es decir cómo la presencia del otro da vuelo al acoso escolar por los pares.

Las respuestas de las y los estudiantes informantes a las tres preguntas que exploran los motivos para los actos de acoso escolar fueron codificadas en categorías. Así, las categorías relacionadas con los fundamentos para ser acosados en la escuela son: apariencia, conducta, características del bravucón, trasfondo social del bravucón y otros. Las categorías abstraídas como los motivos para intimidar son: problemas del bravucón, baja auto-estima del bravucón, intimidar se siente bien (i.e., *cool*), celos de la víctima,

¹⁶² Frisén et al., *supra* nota 81.

enfado con la apariencia o conducta de la víctima, el bravucón es también víctima de intimidación, presión de grupo y otros.

De acuerdo con las y los estudiantes informantes, la apariencia y la conducta de la víctima son los detonadores principales de la intimidación (la frecuencia fue de 40% y 36%, respectivamente). Para las y los estudiantes informantes, lo que provoca intimidar a los pares es la baja auto-estima del bravucón y lo bien que se siente (la frecuencia fue de 28% y 26%, respectivamente). Los estudiantes, sorpresivamente, no correlacionan las razones del victimario con las justificaciones para que los estudiantes sean intimidados. Sólo el 5% de las respuestas destacan la apariencia o la conducta de la víctima como factores para que el victimario lleve a cabo la intimidación.¹⁶³

A partir de estos datos quiero subrayar en la discusión que la extrañeza por la presencia del otro es motivo de miedo y odio para los alumnos. Lo raro y lo inusual no provocan el asombro, sino que suscitan la hostilidad por y hacia miembros particulares de la comunidad escolar. Frisén et al.,¹⁶⁴ expresan claramente que las diferencias de apariencia a las que los informantes se refieren son el peso y la estatura, y las diferencias de conductas que los alumnos informantes destacan son de comportamiento, acento, timidez e inseguridad. No empece, es posible extrapolar los motivos a otros aspectos: percepción de la capacidad académica e intelectual, raza, etnia, sexo, género, percepción de la orientación sexual, discapacidades y otros.¹⁶⁵

¹⁶³ Los autores, al concentrar el análisis en las frecuencias y las desviaciones, no se detienen a evaluar en el artículo esta “incoherencia” de los fundamentos que ofrecen las y los estudiantes informantes.

¹⁶⁴ Frisén et al., *supra* nota 81.

¹⁶⁵ J. Kenway y L. Fitzclarence, *Masculinity, violence and schooling: Challenging “poisonous pedagogies”*, 9 (1) *Gender and education* 117 (1997). K. Quinlivan y S. Town, *Queer pedagogy, educational practice and lesbian and gay youth*, 12 (5) *Qualitative studies in education* 509 (1999). E. Remolds, “Coming out”: *Gender, (hetero)sexuality and the primary school*, 12 (3) *Gender and education* 309 (2000). Díaz Aguado,

Cabe decir que el fenómeno de la intimidación tiene una relación estrecha con una sociedad que está compelida en sus prácticas hacia lo mismo, lo propio. Tómese en cuenta, por ejemplo, que en el estudio de Frisén et al.,¹⁶⁶ la categoría agrupada más frecuente que indica, de acuerdo a las y los estudiantes informantes, por qué se detiene la intimidación es aquella relacionada al cambio de “habitus”, la invisibilidad y el silenciamiento de las condiciones especiales¹⁶⁷ de la víctima. El acoso escolar cesa porque la víctima se defiende (“stands up”) o se cambia de clase o escuela o deja de ser diferente.

Este último aspecto –deja de ser diferente- detona la relación que el miedo a la diferencia tiene con toda la contención teórica acogida en el concepto de “narcisismo de las pequeñas diferencias”.¹⁶⁸ El narcisismo es la “copulación con lo mismo”.¹⁶⁹ El narcisismo remite a la imposibilidad de valorar lo diferente, de conceder otras formas de vida. Así, sus expresiones más extremas son la brutalidad, la barbarie y la crueldad. Su consecuencia última es la cancelación de la singularidad.

Precisamente, a esto apunta la educación Queer. Una pedagogía Queer acaso puede lidiar con el desafecto por la diferencia. Compele intentar el proyecto Queer de la ruptura, la «extitución», el disenso, la implicación y el ser, el relacionarse y el hacer, para así contrarrestar las “fugas” cotidianas que tienen que realizar, de las maneras más creativas, los estudiantes intimidados en vías de evitar el acoso.

Apreciar la diferencia implica, en múltiples sentidos, conocer. Desde las coordenadas del pensamiento de la complejidad, al repasar el proyecto de la modernidad, particularmente el proceso

2005, *supra* nota 64. Velázquez Reyes, *supra* nota 60. Lomas, *supra* nota 8. Stader et al., *supra* nota 78. Varjas et al., *supra* nota 66.

¹⁶⁶ Frisén et al., *supra* nota 81.

¹⁶⁷ Velázquez Reyes, *supra* nota 64.

¹⁶⁸ Román, *supra* nota 29, a la pág. 179.

¹⁶⁹ *Id.*

escolar, se puede afirmar que el conocer constituye un peligro.¹⁷⁰ Esto en el sentido de que el discurso de la ciencia moderna presupone la posibilidad de la completitud del conocimiento. Una vez el maestro (o el experto) está posicionado y autorizado en el saber, lleva a cabo un proceso anti-dialógico. Es decir, la comunicación no es con el otro sino dirigida hacia el otro.¹⁷¹ Por esto mismo la pedagogía moderna es bancaria y simultáneamente es y no es un monólogo.

Nietzsche, en un acto de grave insolencia filosófica afirma que “. . . hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal.”¹⁷² De este axioma atestado de escepticismo surgen dos consideraciones importantes: Nietzsche plantea sobre el conocimiento su carácter de inventado y que el momento de su invención fue el más mentiroso. El concepto nietzscheano de invención supone ruptura y mezquindad.

Respecto a esta proposición, Foucault sintetiza que la invención consiste en la creación y el establecimiento de cierta relación de poder “por una serie de pequeños mecanismos”.¹⁷³ Esto es, la invención es algo cuyo conocimiento es pequeño e inconfesable: “. . . pues fue de mezquindad en mezquindad, de pequeñez en pequeñez, que finalmente se formaron las grandes

¹⁷⁰ Propongo que en este punto no vinculen la palabra peligro con la categoría violencia. El saber, el proceso de saber es, ciertamente, peligroso, pero además es un acto de violencia. Piénsese, a manera de ejemplo, que una de las manifestaciones contemporáneas más descarnadas del peligro de (no)saber está encarnada en las modalidades de los interrogatorios (i.e., policíacos, militares, jurídicos, incluso mediáticos) que constituyen la “lucha contra el terrorismo”.

¹⁷¹ P. Freire, *Cartas a quien pretende enseñar* (Stella Mastrangelo trad., Siglo Veintiuno 2003).

¹⁷² Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* 19 (Enrique Lynch trad., Gedisa 1995).

¹⁷³ *Id.*, a la pág. 21.

cosas.”¹⁷⁴ Así, por ejemplo, se inventaron y fabricaron entre otros la poesía, la moral, las ideas y el Derecho. La noción de invención comunica que el conocimiento y el sujeto de conocimiento no se dan *a priori* y terminantemente. El conocimiento es producto de los juegos estratégicos, la confrontación, la pregunta y la respuesta, la batalla, el choque de los instintos que se batan y al final se comprometen produciendo algo.¹⁷⁵ “El conocimiento ha de luchar contra un mundo sin orden, sin encadenamiento, sin formas, sin belleza, sin sabiduría, sin armonía, sin ley.”¹⁷⁶ Por consiguiente, el conocimiento es una relación de violencia y violación de las cosas, que consecuentemente produciría políticas de la verdad, en cuanto se trata de una relación estratégica de carácter perspectivo.¹⁷⁷

Una educación Queer, en cambio, presupuesta el diálogo y la deliberación. La comunicación es con el otro puesto que la contención es que el saber es inconcluso, se va elaborando mediante el extrañamiento, el ruido (y los silencios) y el conflicto (i.e., la violencia). También es dialógica en tanto valora el ignorar. La sentencia cotidiana “si no sabes calla” no se enuncia ni valida. Todo lo contrario, el ignorar (el saber que se ignora) conlleva el interrogar.¹⁷⁸ Y el acto de interrogar es el acto de dialogar, ya con la sociedad, con el texto y/o con otros sujetos.

Hacia ese proceso tienen que apuntar las prácticas relacionadas con el proceso de enseñanza-aprendizaje. Sobre todo en tiempos en los cuales la contención colocada en la discursividad de los derechos humanos tramita el asunto del derecho a la educación en términos del acceso y la calidad de la misma.

¹⁷⁴ *Id.* El diccionario define «mezquindad» como cualidad de mezquino. En cuanto al adjetivo una de las acepciones que incorpora consiste de «3. Pequeño, diminuto». *Diccionario de la Lengua Española*, vol. II, 1500 (22da edición, Real Academia Española, 2001).

¹⁷⁵ *Id.*, a la pág. 22.

¹⁷⁶ *Id.*, a la pág. 24.

¹⁷⁷ *Id.*, a las págs. 24-30

¹⁷⁸ Comparar con Britzman, *supra* nota 10.

E- Pedagogía Queer

En un nivel más particular, una propuesta de «pedagogía Queer» debe estar dirigida a atender la crisis escolar mediante, no la (única) resolución convencional de los problemas, sino mediante continuas aporías con las cuales, en conjunto con el movimiento general Queer, “elaborar versiones alternativas a fin de aprender a pensar de un modo diferente en relación con el sujeto, a fin de inventar nuevos marcos de organización, nuevas imágenes, nuevas formas de pensamiento”.¹⁷⁹

¿Cómo establecer y lograr una pedagogía Queer en el salón de clases? En tiempos de administración minuciosa y vigilancias y controles múltiples es preciso corresponder, de alguna manera, a las exigencias de planificación curricular, justificar con “criterios científicos” los modelos de escolarización y satisfacer los índices de aprovechamiento académico. Más importante -esta vez distanciado del exceso agotador de burocracia administrativa y avalúo- es registrar los cambios que suceden a la implementación de una pedagogía para, aun concediendo a la singularidad, determinar a qué vale la pena prestarle atención en ocasiones posteriores. Aprovechemos para revisar cinco modelos de prontuarios provisionales para la pedagogía Queer.

El primero lo ha confeccionado Asún Pié Balaguer.¹⁸⁰ Esta autora señala que la praxis del proyecto educativo moderno se sostiene “en una serie de elementos de estabilidad pedagógica, constituidos fundamentalmente por declaraciones reguladoras que no son objeto de reflexión”.¹⁸¹ Es decir, el proyecto educativo moderno encuadra determinadas prescripciones y proscripciones epistemológicas y sociales. La educación moderna, añade la autora, “mantiene cierta atracción hacia la verdad pura y las

¹⁷⁹ Braidotti, en Meloni, *supra* nota 13, a la pág. 95.

¹⁸⁰ A. Pié Balaguer, *De la teoría queer y sus otras formas de pensar la educación*, 4 Filos 65 (2007).

¹⁸¹ *Id.*, a la pág. 75.

identidades estables ignorando, recurrentemente, las contradicciones”.¹⁸²

La pedagogía Queer de Pié Balaguer, en cambio, apela a la exploración de “las distintas maneras en que se imaginan las experiencias de las personas ‘diferentes’”.¹⁸³ Esto proveería la “ruptura” y la “subversión” con respecto de los procesos de socialización de la modernidad. Para la autora, la clave de la pedagogía Queer es la «deseducación», la «extitucionalización» y el «disenso».¹⁸⁴ Como vemos, la pedagogía Queer es posible en tanto negación de los fundamentos de la racionalidad epistemológica y programática de la educación de la modernidad. Racionalidad y programa que ha repercutido en la exclusión, la invisibilidad, el silenciamiento y otras manifestaciones de hostilidad hacia sujetos inusuales al esquema de las identidades políticas modernas.¹⁸⁵

La posibilidad de la pedagogía Queer de Pié Balaguer encuentra su mayor dificultad no tanto en las cancelaciones mencionadas arriba, sino en el no pormenorizar cómo propiciar y desarrollar esta pedagogía. Plantea esta autora que no hay un manual de la pedagogía Queer; la misma depende de una hermenéutica de la discursividad.

Otro prontuario provisional de los métodos de enseñanza puede tomarse de Bryson y De Castells.¹⁸⁶ Estas dos profesoras ofrecieron en conjunto un curso subgraduado dirigido potencialmente a cualquier estudiante de la institución universitaria donde laboran. Estas autoras acentúan los pesares del curso y los dolores asociados a “ser” Queer, incluso en la

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*, a la pág. 77.

¹⁸⁴ *Id.*, a las págs. 78-80.

¹⁸⁵ En primer lugar, hombre, heterosexual, blanco y occidental y, en segundo lugar, desde tiempo atrás, las antinomias convencionales, ya fagocitadas y/o asimiladas.

¹⁸⁶ M. Bryson y S. De Castell, *Queer pedagogy: Praxis makes im/perfect*, 18 (3) Canadian Journal of education 285 (1993).

universidad. La experiencia con el «curso queer» fue en el sentido de que el mismo, lejos de resolver el problema de los esencialismos, operó para muchos estudiantes y académicos que realizan “turismo intelectual” como una suerte de carnaval. Esta experiencia proveyó a las autoras con una conclusión muy importante que las acerca, según ellas mismas plantean, a la incógnita descifrada antes por Spivak: “la pregunta ¿quién debería hablar? es menos crucial que la pregunta ¿quién escuchará?”.¹⁸⁷

El tercer prontuario ha sido preparado por Bird.¹⁸⁸ La profesora comenta sobre un curso graduado para estudiantes de la facultad de Educación. Una vez aprobado el curso “Difference and diversity in education”, Bird pudo utilizar a favor del proceso de enseñanza-aprendizaje las expectativas variadas que los estudiantes tenían del curso. Es decir, si bien la autora no pudo concentrar exclusivamente los trabajos en temas de la sexualidad como pretendía inicialmente, en cambio, a partir de las intersecciones de experiencias de género, sexualidad, raza, etnia, clase social, (dis)capacidades, etcétera, logró, mediante un “diálogo transversal”,¹⁸⁹ hacer referencia a la “matriz de dominación”¹⁹⁰ social y discutir cada categoría de diferencia. En relación con esto último aplicó para cada categoría el dispositivo que da cuenta de la secuencia de tres fases de la trayectoria de las luchas emancipadoras: conservación de los dualismos y valoración del dominante; valoración del grupo minoritario conformado en el dualismo; y la deconstrucción de los dualismos con la creación de otras posibilidades.

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ L. Bird, *A queer diversity: Teaching difference as interrupting intersections*, 1 (1) Canadian on-line journal of queer studies in education 1 (2004). <http://jqstudies.oise.utoronto.ca/journal/viewarticle.php?id=4&layout=html> (accedido abril de 2008).

¹⁸⁹ *Id.* a la pág. 4.

¹⁹⁰ La autora, citando a Hill, define la matriz de dominación como “the social organization within which intersecting oppressions originate, develop and are contained”. Bird, *supra* nota 104.

Estas autoras –Bryson et al. y Bird- ofrecieron dos cursos de pedagogía Queer en dos instituciones universitarias haciendo uso de novedades pedagógicas en el proceso de enseñanza-aprendizaje y de evaluación. Aunque los dos cursos no fluyeron de la manera que esperaban las docentes -puesto que, de alguna manera configuradas, todavía, por las circunstancias epistemológicas que pretenden subvertir y romper, olvidaron el valor de la contingencia como clave en el devenir Queer-, pueden considerarse como alternativas a las prácticas de la escolarización normalizadora propiciadora de la exclusión social. El fenómeno de la contingencia es un elemento clave para dilucidar los aspectos que propician las jerarquías sexuales, el heterosexismo, la homofobia y la exclusión social, y que, a su vez, implican múltiples prácticas de encuadramiento en otras instancias socio-culturales.

Acaso elaborar una pedagogía Queer más abarcadora, cuya sutileza interrumpa definitivamente la dirección actual de la escuela y la educación e irrumpa en el aula, pueda dar respuesta a la interrogante anterior de Bryson et al., Para la descripción de esa pedagogía consideremos las propuestas de otros dos autores.

El trabajo de David Ruffolo¹⁹¹ es muy sugestivo para la creación de una pedagogía Queer. Ruffolo, luego de repasar el pensamiento queer, particularmente para insistir en el abandono de las categorías de identidad binaria, señala que la pedagogía Queer “no es un proyecto que trabaja hacia la creación de ‘nuevas’ identidades, más bien es un proyecto que re-trabaja las identidades existentes de modo que se aprecien y exploren identificaciones (queer) subjetivas que son móviles y fluidas –identificaciones que son equitativas.”¹⁹² La intención de esta pedagogía va dirigida a la construcción del sujeto Queer. Considérese que el sujeto Queer

¹⁹¹ D. Ruffolo, *Reading students as queer: Disrupting (hetero)normativity for an equitable future*, 2 (1) Canadian on-line journal of queer studies in education 1 (2006).

<http://jqstudies.oise.utoronto.ca/journal/viewarticle.php?id=25&layout=html> (accedido abril de 2008).

¹⁹² *Id.* a la pág. 6; mi traducción.

comunica una ruptura con las identidades y la soberanía. Una ruptura con las identidades, puesto que éstas inscriben una unidad sólida, que en su precipitación también produce las más mayores monstruosidades.¹⁹³ Una ruptura con la soberanía, ya que la misma subsume al sujeto a las imposiciones del pueblo tramitadas mediante el voto y el consenso (los cuales, en su faz, son técnicas democráticas que también, paradójicamente, mediatizan la anti-democracia).

Una pedagogía Queer es un proyecto para la creación de espacios subjetivos.¹⁹⁴ En ese proceso requiere aceptar que el aprendizaje es “(re)producido” por el consciente y el inconsciente; es conflictivo y el conflicto es aprendizaje; no es concreto ni estable; es un proceso.¹⁹⁵ Proceso que destaca, además, porque permite y requiere que el estudiante diferente se transforme en sujeto hablante y el estudiante normal escuche lo que él y la sociedad temen escuchar.¹⁹⁶

Por último, Deborah Britzman¹⁹⁷ propone una pedagogía Queer que consiste en un método; es decir, consiste de una acción y un relacionarse, y no de actores ni de contenidos. La pedagogía de Britzman parte de tres métodos de estudio: el estudio de los límites, el estudio de la ignorancia y el estudio de las prácticas de lecturas.

La pedagogía de Britzman rehúsa las prácticas normales y las prácticas de normalización y en cambio inicia con una preocupación ética por las lecturas que uno hace, con un interés en explorar qué no podemos conocer y con interesarse en imaginar una sociedad que no prenda de un orden de dominación. Esta pedagogía presupone una «desencialidad» común. Y en definitiva

¹⁹³ Román, *supra* nota 29.

¹⁹⁴ Ruffolo, *supra* nota 107.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ P. Dilley, *Queer theory: under construction*, 12 (5) *Qualitative studies in education* 457 (1999).

¹⁹⁷ D. Britzman, *Is there a queer pedagogy? Or, stop reading straight*, 45 (2) *Educational Theory* 151 (1995).

no se restringe a refutar la heterosexualidad, sino que todas las formas de normalización y subordinación.

F- Legislación anti *bullying*

Una perspectiva jurídica del asunto produce varias interrogantes: ¿qué es el acoso escolar?, ¿cómo afecta concretamente a las escuelas y sus estudiantes?, ¿es viable un estatuto para atender el fenómeno?, ¿qué debe contener y proteger el estatuto legislativo?, ¿la legislación debe ser penal o civil?

La violencia es constitutiva del Derecho,¹⁹⁸ y este último tiene una relación de complicidad con la ley, las políticas de la verdad, las formas jurídicas, las formas de gobernabilidad y la producción de algo (v.g., la justicia, el delito, el sujeto criminal, el sujeto víctima, etcétera). En tanto que invención y sistema, el Derecho no es estático y sus relaciones no son fijas ni únicas. El Derecho fue inventado, es reinventado y se reinventa a sí mismo como consecuencia de las transformaciones políticas que se suceden.

A mi manera de ver, el Derecho constituye una maquinaria de conocimiento y poder históricamente necesaria en el Estado para la producción de verdades y sujetos, la autorización de relaciones y el establecimiento de certezas jurídicas. En la medida que es significativamente una producción de la Modernidad, el Derecho tiene la necesidad de dar certidumbre, instaurar un orden, descubrir la verdad y conocer la realidad. De todas maneras, en cuanto que cada enunciación lleva consigo el germen de su refutación vale dar cuenta del carácter paradójico que cunde la vida, lo social, el pensamiento y el conocimiento. El Derecho -reitero- es maquinaria de poder: de inicial perfil imperialista, colonialista y racista, no fue inventado para atender la conflictividad social. En el trayecto humano, su relación con otros sistemas produce, en distintos momentos y en distintas localidades, formas diversas de poder y dominio. Asimismo, en el devenir en él se han buscado y tramitado muy variadas y elocuentes emancipaciones y reivindicaciones individuales y sociales. Quiere esto decir que el

¹⁹⁸ Román, *supra* nota 29.

Derecho en su complejidad misma (i.e., interna) produce monstruosidades y belleza, desarraiga y alienta, excluye e incluye, domina y subordina, cancela y acentúa la libertad, promueve y erradica el totalitarismo, desencanta y alienta la justicia, confunde y comprende la cotidianidad, disuelve y constituye identidades.

La gramática social contemporánea abunda en retortijones y fugas inesperadas. El sistema jurídico de entrada lo debe asumir y aportar para que su injerencia sea efectiva y balanceada. Procede, por tanto, propiciar que el Derecho sirva como instrumento para el cambio social en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan. Es necesario un Derecho sin imposturas, abocado a la justicia y que conceda a los otros saberes académicos y culturales y a la proliferación de sujetos y comunidades políticas de interpretación.¹⁹⁹ En este sentido, el Derecho debe puntualizar la potencialidad de la dignidad de los individuos y los colectivos y propiciar un constante reflexionar democrático.

Las formas de constituir el y las fuentes del Derecho son la ley, la jurisprudencia, la reglamentación, la costumbre y la doctrina. Es de sumo valor que, de cara a los fenómenos que nos afectan individual o colectivamente, se configure una norma que dé un impulso a una mayor democracia, igualitarismo, libertad y protección.

La Constitución del Estado Libre Asociado reconoce, entre otros extremos, como derechos de los ciudadanos la inviolabilidad de la dignidad del ser humano;²⁰⁰ una educación que propenda al pleno desarrollo de toda persona y al fortalecimiento del respeto de los derechos del hombre [y la mujer] y de las libertades fundamentales,²⁰¹ y la protección de ley contra ataques

¹⁹⁹ Véase B. Sousa Santos, *The postmodern transition: Law and politics*, en *Lloyd's introduction to jurisprudence* 1206 (Sin dato 1991).

²⁰⁰ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Artículo II, 1 L.P.R.A. § 1.

²⁰¹ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Artículo II, 1 L.P.R.A. § 5.

abusivos.²⁰² Estos derechos constitucionales, de suma importancia para la protección de las personas, no necesariamente son reclamables frente a personas privadas, sino que son justiciables cuando surge un reclamo ante el Estado.

El Código Penal vigente, por su parte, incluye un conjunto de tipos delictivos – por ejemplo, agresión, agresión agravada, agresión grave atenuada, agresión sexual, actos lascivos, acoso sexual, restricción a la libertad, robo, alteración a la paz²⁰³ que sancionan una conducta o un acto cometido en violación a una ley que lo prohíbe. Estas disposiciones tan solo atienden la vía penal y punitiva contra la persona que sea señalada y encontrada culpable de conducta delictiva.

Por su parte, el Código Civil incorpora el precepto normativo de la responsabilidad extracontractual que, en lo pertinente, lee “[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. ...”.²⁰⁴ Este enunciado exige del promovente de la acción probar, conforme al estándar probatorio establecido, que se produjo un daño, que hubo una acción u omisión, y la relación entre el daño y la acción u omisión.

Por último, la legislación federal contiene disposiciones que con cierta creatividad y la alegación específica de los hechos y el derecho quizás pueden servir de recursos en una acción por acoso escolar. Al respecto deben verse el Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964, el Título IX de las Enmiendas de Educación de 1972, la Sección 504 de la Ley de Rehabilitación de

²⁰² Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Artículo II, 1 L.P.R.A. § 8.

²⁰³ Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, Código Penal del Estado Libre Asociado, Artículos 121, 122, 123, 142, 144, 146, 167, 198 y 247, respectivamente, 33 L.P.R.A.

²⁰⁴ Artículo 1802, 31 L.P.R.A. § 5142.

1973 y el Título II de la Ley de Americanos con Discapacidades de 1990.²⁰⁵

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América (en adelante TSEUA), sin embargo, ha establecido un estándar de responsabilidad muy difícil de satisfacer, cuyo peso de la prueba es abrumador para la parte promovente de la acción. Hasta la fecha, el Congreso de Estados Unidos de América no ha aprobado una pieza legislativa que atienda directa y específicamente el fenómeno del acoso escolar. De todas maneras, estudiantes que han sufrido de acoso escolar han instando acciones al amparo de estatutos federales como el Título VI, el Título IX u otros, haciendo alegación de que el acoso escolar ha deparado en discriminación perjudicial para su persona.

Una casuística incipiente que, en el sistema federal, atiende casos y controversias relativas al acoso escolar descansa en *Davis v Monroe County Board of Education*,²⁰⁶ precedente en la materia hasta el momento. La madre de una estudiante de quinto grado alegó que esta última había sido víctima de un prolongado patrón de acoso sexual por uno de sus pares. Alegó la peticionaria que reportó los incidentes a la maestra y el director de la escuela, pero que ninguna acción disciplinaria fue tomada en contra del estudiante acosador y que ni siquiera se hizo un esfuerzo para separar al compañero de clase del aula de su hija. Alegó, además, que la escuela no contaba con una política en contra del acoso escolar entre pares ni adiestraba al personal sobre las medidas a tomar ante incidentes de acoso sexual. Tras el desarrollo procesal del caso, la peticionaria levantó ante el TSEUA las controversias siguientes: si la alegada conducta de acoso sexual entre pares estaba proscrita por el Título IX, y si procedía una acción privada

²⁰⁵ Véase Letter de Russlynn Ali, Secretaria Auxiliar de Derechos Civiles, Departamento de Educación de EUA, Oficina de Derechos Civiles, para Colegas, Carta: Bullying and Harassment (26 de octubre de 2010), <http://www.stopbullying.gov/> (accedido el 11 de marzo de 2011).

²⁰⁶ 119 S.Ct. 1661 (1999).

en contra de la escuela por los daños suscitados al no responder en a pesar del acoso sexual.

El TSEUA respondió en la afirmativa a cada una de las interrogantes. El foro señaló que como norma, una entidad que recibe fondos federales es responsable si ha sido notificada de su potencial responsabilidad y si es deliberadamente indiferente de actos de los que tiene conocimiento.²⁰⁷ Por excepción, la entidad es responsable de los daños si actúa intencionalmente en una clara violación del Título IX al permanecer deliberadamente indiferente ante actos de acoso entre pares.²⁰⁸

El TSEUA resolvió que el estándar para asignar responsabilidad a la escuela, por acoso sexual entre estudiantes, en una causa de acción privada al amparo del Título IX 20 U.S.C. sec 1681(a), consiste en “conocimiento real del ambiente hostil”, “indiferencia deliberada” y “acoso muy severo, perjudicial y ofensivo”, que prive a la víctima de acceso a los beneficios y las oportunidades de la escuela, siempre y cuando la entidad ejercite suficiente control sobre el acosador y el contexto en donde ocurre el acoso, es decir para prescribir y controlar la conducta.²⁰⁹

²⁰⁷ *Davis v Monroe County Board of Education*, 119 S.Ct. 1661, a la pág. 1670 (1999).

²⁰⁸ *Id.*, a la pág. 1671.

²⁰⁹ *Id.*, a las págs. 1675 y 1676 (1999). Véase una crítica al estándar construido por el TSEUA en Weddle, *supra* nota 60. Este autor propone abandonar el estándar de “supervisión razonable”, basado en la negligencia crasa, que supone la ausencia de supervisión. En cambio, propone que el estándar de “supervisión razonable” consista de: (a) tomar medidas razonables para crear un ambiente seguro y proveer seguridad al estudiantado, (b) establecer la responsabilidad de la escuela por su fracaso para tomar acciones deliberadas y basadas en la investigación para proveer un ambiente libre de acoso escolar (que tenga que superar una presunción controvertible de supervisión negligente), y (c) proteger a las escuelas que participan de procesos legítimos para reducir el acoso escolar (que gocen de una presunción controvertible de supervisión razonable).

Por lo tanto, persiste la interrogante de qué protecciones inmediatas, preventivas y explícitas tienen los alumnos en Puerto Rico que son acosados en el escenario escolar.

En vista de la frecuencia y visibilidad de los incidentes de acoso escolar, que la conducta que podría constituir acoso escolar acontece en instituciones públicas y privadas y que la misma es realizada mayormente por estudiantes, la Legislatura de Puerto Rico aprobó en 2008 dos leyes que atienden el fenómeno. La Ley Número 37 de 10 de abril de 2008²¹⁰ y la Ley Número 49 de 29 de abril de 2008²¹¹ son dos piezas legislativas que reconocen las consecuencias perniciosas del *bullying*.²¹² Es por ello que la Legislatura decretó dos medidas para “ensamblar una estructura firme de acción en los planteles escolares, que envuelvan todos y cada uno de los factores reseñados dentro de la legislación ya establecida en los diferentes Estados a nivel nacional.”²¹³ Con la legislación aprobada la Legislatura procura erradicar la violencia en las escuelas públicas²¹⁴ y asegurar que las escuelas privadas “pongan de su parte para evitar tal conducta tan reprochable”.²¹⁵ Pasemos a revisar el contenido de ambas leyes.

Ley Número 37 de 10 de abril de 2008:

Esta ley enmienda la Ley del Consejo General de Educación de Puerto Rico de 1999, con el propósito de incorporar un nuevo inciso con el que se requeriría y sujetaría la renovación o expedición de licencias de escuelas privadas a que las instituciones evidencien fehacientemente que cuenta e implantan una política y un protocolo en contra del acoso escolar. Según el Artículo 2 el “hostigamiento e intimidación [] entre estudiantes se referirá a la acción de violencia sistemática, sicológica, física o sexual por

²¹⁰ 18 L.P.R.A.

²¹¹ 3 L.P.R.A. §144g *et seq.*

²¹² Ambas leyes se refieren al fenómeno del *bullying* como “hostigamiento e intimidación”; ninguna utiliza el concepto de acoso escolar.

²¹³ Ley Número 49 de 29 de abril de 2008, Exposición de motivos.

²¹⁴ Es el caso de *id.*

²¹⁵ Es el caso de la Ley Número 37 de 10 de abril de 2008.

parte de un alumno p grupo de alumnos hacia uno o más compañeros de clase, que no están en posición de defenderse a su mismos". El Artículo 3 señala que el requisito es de aplicación prospectiva.

Ley Número 49 de 29 de abril de 2008:

Esta ley es más abarcadora que la Ley Núm. 37 de 10 de abril de 2008. Con la misma se enmienda la Ley Orgánica del Departamento de Educación de Puerto Rico de 1999, a fin de establecer como política pública la prohibición del acoso escolar entre los estudiantes de las escuelas públicas.²¹⁶ De acuerdo con el Artículo 1 de esta ley se enmienda el Artículo 3.08 de la Ley Orgánica del Departamento de Educación, de suerte que dispone que el Secretario de Educación promulgará un reglamento de estudiantes del sistema de educación pública y los Consejos Escolares adoptarán reglamentos complementarios.²¹⁷ Ambos reglamentos reconocerán el derecho de los estudiantes a la seguridad personal; estar libre de hostigamiento e intimidación; estudiar en un ambiente sano; la intimidad y la dignidad personal; promover la formación de organizaciones estudiantiles. Además, ambos reglamentos reconocerían la obligación de los estudiantes de auxiliar a sus compañeros y respetar la integridad física y moral de sus maestros y compañeros. El Artículo 3.08a establece que el Secretario promulgará una política pública enérgica para la prohibición y la prevención de hostigamientos e intimidación entre estudiantes, dentro de la propiedad o predios de la escuela o áreas circundantes o actividades auspiciadas por la escuela o autobuses escolares.

La Ley establece la definición del acoso escolar que debería contener el reglamento: acción intencional, mediante gesto –verbal, escrito o físico- que atemorice a los estudiantes e interfiera con la educación, las oportunidades y el desempeño de éstos. Además,

²¹⁶ 3 L.P.R.A. §144g-1, Ambiente de la escuela, Política pública para prevenir el hostigamiento e intimidación de los estudiantes.

²¹⁷ 3 L.P.R.A. §144g-2, Ambiente de la escuela, Establecimiento de un código de conducta de los estudiantes.

dispone que, para propósitos de la ley el acto generalmente debe ser uno continuo, pero que un solo suceso puede considerarse como hostigamiento e intimidación. Más adelante, la ley señala que lo dispuesto antes “será ponderado dentro de la perspectiva de los que una persona razonable entendería sería una situación nociva o de riesgo para los estudiantes o sus propiedades”. Al considerar la conducta del “abusador” se considerará la severidad, la persistencia, la constancia y la consecuencia de sus acciones. De acuerdo con la ley, el reglamento establecerá la prohibición del acoso escolar, lo que constituye el acto de acoso escolar, los métodos para reportar incidentes de acoso escolar, el proceso para dilucidar los casos de acoso escolar y las consecuencias que tendrán los estudiantes que infrinjan las normas.²¹⁸

Esta ley dispone además que todo estudiante, personal o voluntario que presente un informe sobre incidentes de intimidación estará protegido de cualquier acción de daños o represalias.²¹⁹ Por otra parte, el Secretario proveerá programas, talleres y actividades diseñados para orientar y aconsejar sobre el acoso escolar entre estudiantes.²²⁰ Los trabajadores sociales y los consejeros escolares tendrán que orientar a los estudiantes en torno al problema de hostigamiento e intimidación. Por último, el Secretario remitirá a la Asamblea Legislativa informes anuales sobre los incidentes y las acciones tomadas en ocasión de acoso escolar.²²¹

En particular la Ley Número 49 de 29 de abril de 2008, por ser una más ambiciosa y abarcadora que la Ley Núm. 37 de 10 de abril de 2008, cabe juzgarla a partir de las pautas establecidas por comentaristas y administradores que en torno al acoso escolar se han manifestado.

²¹⁸ 3 L.P.R.A. §144g-1, Ambiente de la escuela, Política pública para prevenir el hostigamiento e intimidación de los estudiantes.

²¹⁹ 3 L.P.R.A. §144g-3, Ambiente de la escuela, Presentación de informes sobre incidentes de hostigamiento e intimidación.

²²⁰ 3 L.P.R.A. §144g-4, Ambiente de la escuela, Programas, actividades, talleres, capacitación, orientación y consejería.

²²¹ 3 L.P.R.A. §144g-5, Ambiente de la escuela, Remisión anual de informe de incidentes a la Asamblea Legislativa.

A nivel de los estados de la unión federal, los estatutos anti acoso escolar definen el fenómeno en una de cinco categorías: (1) a base de la responsabilidad civil extracontractual; (2) a base del estándar jurisprudencial de “interrupción sustancial”; (3) creación de un ambiente hostil (conducta severa, perjudicial y ofensiva); (4) según la doctrina de palabras de riña, y (5) a base de la intención de ridiculizar.²²² Si bien la Ley Número 49 de 2008 no es un estatuto que cree una causa de acción para la persona que sea víctima de la conducta de acoso escolar, la misma contiene un fraseo que permite colegir que remite a la primera de las categorías. Apuntala que “lo anteriormente expuesto será ponderado dentro de la perspectiva de los que *una persona razonable entendería sería una situación nociva o de riesgo* para los estudiantes o sus propiedades”.²²³

Un autor señala que un estatuto anti acoso escolar debe contener seis elementos.²²⁴ Estos son: una exposición de motivos clara y que incorpore hallazgos; una prohibición clara y sin vaguedad; establecer la aplicabilidad a las actividades escolares; establecer un sistema de informes y proveer inmunidad a los informantes; requerir de adiestramientos y educación al estudiantado y el personal docente y administrativo; e implementar un proceso para manejar incidentes. A su vez, la Oficina del Secretario de Educación del Departamento de Educación de Estados Unidos de América ²²⁵ ha enumerado los once componentes clave de una política contra el acoso escolar, a saber:

²²² K. Hart, *Sticks and stones and shotguns at school: The ineffectiveness of constitutional antibullying legislation as a response to school violence*, 39 Georgia L.R. 1109 (2005).

²²³ Énfasis suplido.

²²⁴ A.J. Speraw, *No bullying allowed: A call for a national anti-bullying statute to promote a safer environment in American public schools*, 44 Val. U. L.R. 1151 (2010).

²²⁵ Memo de Arne Duncan, Secretario Educación, Departamento de Educación de EUA, Oficina de Derechos Civiles, para Colegas, Memo: *Bullying Law and Policy* (16 de diciembre de 2010) <http://www.stopbullying.gov/> (accedido el 11 de marzo de 2011).

1. Exposición de motivos – efecto en detrimento, conducta inaceptable, cada incidente necesita ser tomado en serio;
2. Alcance – cubre conducta en el plantel, actividades auspiciadas por la escuela, transportación escolar y equipo de tecnología propiedad de la escuela;
3. Especificación de la conducta prohibida – definición del acoso escolar, incluyendo *ciberbullying* y la intención de hacer daños; la definición tiene que ser consistente con leyes federales, estatales y locales;
4. Enumeración de características específicas – incluye pero no se limita a acciones basadas en las características reales o percibidas de la persona acosada;
5. Desarrollo e implementación de políticas – ordena a agencias educativas locales a desarrollar e implantar políticas que prohíben el acoso escolar, mediante procesos colaborativos;
6. Componentes de políticas en agencias educativas locales – definición, procedimiento para informar los actos, procedimiento de investigación y respuestas, expedientes escritos, sanciones, referidos a consejería y servicios de salud;
7. Revisión de políticas locales – provee para que con regularidad la política sea revisada;
8. Plan de comunicación – notificación a estudiantes, familias y personal, incluyendo las consecuencias de participar en actos de acoso escolar;
9. Adiestramiento y educación preventiva – adiestramientos a docentes y asistentes, personal no docente, choferes; para la prevención, identificación y respuesta, y educación preventiva según edades y comunidades;
10. Transparencia y monitoreo – escuela informan anualmente al Estado los incidentes y las medidas tomadas, se provee para los datos sean públicos,
11. Exposición de derecho y recursos legales – señala que la política no impide que la víctimas busquen remedios legales.

La pieza aquí en consideración satisface algunos de tales elementos en la medida que ordena al Secretario del Departamento de Educación configurar un reglamento de estudiantes que incorpore las aristas resaltadas. Por sí mismo, el estatuto manifiesta la preocupación por el fenómeno, pero no contiene hallazgos cuantitativos ni cualitativos sobre cómo se representa el problema en el país. La ley provee una definición,²²⁶ pero la misma no incorpora el *ciberbullying*. La pieza establece que el Secretario prohibirá enérgicamente el hostigamiento y la intimidación y señala el alcance en cuanto a lugar y tipo de actividades; por lo que, solo mediante un tropo, la Legislatura expresa la proscripción y la aplicabilidad, aunque deja afuera una referencia al uso de tecnologías propiedad de la escuela. La legislación, como vimos, incorpora el sistema de informes y ofrece protección a los informantes. Esta ley encarga la participación en programas de capacitación sobre el acoso escolar. Sobre el elemento de la implementación de un proceso para el manejo de incidentes, la ley es silente. La ley, además, no hace una enumeración de características específicas, no establece procesos colaborativos entre las agencias educativas, no hace mención sobre mantener expedientes escritos, no toca el tema de las consecuencias y las sanciones y no plantea los referidos a consejería.²²⁷ Tampoco incorpora un inciso sobre revisión regular de la política pública anti acoso escolar ni incorpora una

²²⁶ “[C]ualquier acción realizada intencionalmente, mediante cualquier gesto, ya sea verbal, escrito o físico, que tenga el efecto de atemorizar a los estudiantes e interfiera con la educación de éstos [sic], sus oportunidades escolares y su desempeño en el salón de clases.”

²²⁷ Ante la Legislatura se presentó el P. de la S. 1656, de 1 de junio de 2010. El mismo propone sanciones contra los estudiantes que realicen actos de acoso escolar (i.e., suspensiones) y contra los funcionarios y profesionales que no informen ni refieran los actos de acoso escolar al Departamento de la Familia (i.e., multas administrativas). Hasta donde esta investigación alcanza, la misma no ha sido aprobada por la Asamblea Legislativa. Cabe decir que la literatura no recomienda sanciones de suspensión de la escuela a los estudiantes que realizan actos de acoso escolar.

exposición de los derechos de las víctimas a procurar remedios legales.

Independientemente del contenido de este estatuto -el cual provee para la elaboración de una política pública de prohibición y prevención del acoso escolar, pero no crea una causa de acción para las personas estudiantes víctimas de acoso escolar-, la conducta de algunos estudiantes puede activar la responsabilidad de la escuela bajo algunas leyes federales, si el acoso escolar es suficientemente serio, perjudicial y ofensivo, crea un ambiente hostil y es promovido o tolerado o no atendido adecuadamente o ignorado por el personal escolar. Así las cosas, lo conveniente para las escuelas es establecer una política abarcadora y precisa para prohibir y prevenir el acoso escolar, establecer programas de capacitación, promover un clima escolar de conexión con el alumnado, propiciar relaciones de convivencia y alentar relaciones democráticas.

III- Conclusión

Desarrollé en las líneas que preceden una reflexión crítica sobre los fenómenos de la «violencia escolar» y la modalidad de brutalidad entre estudiantes denominada acoso escolar. Planteé ampliamente que los dos fenómenos tienen una relación con el miedo por el otro y el peligro de dar paso a la curiosidad. En ese sentido, como alternativa para atender la violencia escolar y el acoso escolar, propuse una «pedagogía Queer» que da paso al estudio de la rareza, los entrecruzamientos de las experiencias y las formas de subordinación y anti subordinación.

La premisa de la pedagogía Queer no es amenazar, sino enriquecer la vida social. En este sentido la aporía de la pedagogía Queer descansa en su posibilidad de configurar una «incomunidad».²²⁸ Esto es, según elabora Duchesne Winter, una comunidad no como un conjunto de propiedades ontológicas, sino, en cambio, como instancias de “estar-en-con” cualquiera y lo que

²²⁸ J. Duchesne Winter, *Fugas incomunistas* (Ediciones Vértigo 2005).

llega.²²⁹ Esto es importante en el espacio escolar, de manera que no se aliente la amenaza y la hostilidad, sino la curiosidad, el respeto y la conexión, particularmente entre estudiantes y el personal docente y administrativo con los estudiantes.

La aporía educativa y jurídica consiste en la fuga de las predeterminaciones que cooptan la vida misma. La violencia y la brutalidad relacionadas con el espacio-tiempo escolar deben y pueden ser encaradas. La institución escolar promueve la violencia en sus símbolos, ordenamientos, prácticas, investiduras y omisiones. El proceso educativo fomenta la violencia en tanto que es corrientemente monolítico, monológico, insiste en estrategias de memorización y asociación, es descontextualizado y no considera la multiplicidad de inteligencias y formas de aprender. De la misma manera, el y la estudiante asume la violencia y, peor aún, las formas de brutalidad como hábito de vida en la relación con sus pares escolares. De cara a esto, la pedagogía Queer y la perspectiva jurídica de la multidimensionalidad e intersección de las categorías de identidad aquí propuestas tienen mayor sentido porque constituyen modelos, educativo y jurídico, para reestructurar el espacio-tiempo escolar y otras esferas de la vida social. Es decir, practicar la educación Queer supone un trabajo sin tiempo ni dirección fijo, que debe fluir, hacer rizoma en estar-en-con todos los implicados en la sociedad. A su vez, la pedagogía puede evitar casos y controversias en los tribunales por acoso escolar y, en cambio, fomentar un clima democrático.

²²⁹ *Id.*

La política pública de acceso a la justicia y la población de personas de edad avanzada en los tribunales de Puerto Rico: a la búsqueda de las claves para una intervención interdisciplinaria

Andrés M. Negrón Landrón²³⁰

“Los espejos están llenos de gente. Los invisibles nos ven. Los olvidados nos recuerdan. Cuando nos vemos, los vemos. Cuando nos vamos...¿Se van?”

Eduardo Galeano²³¹

I. Introducción

Al formular su plan estratégico para el periodo 2007-2011, la Rama Judicial de Puerto Rico tomó en cuenta la encomienda constitucional que le ha sido impuesta y el reclamo social de un orden justo. Ordenó además mediante este plan sus prioridades bajo cinco áreas medulares o imperativos estratégicos²³². Entre estos imperativos se destaca el que se plantea “[garantizar] el Acceso a la Justicia²³³.” Ello es congruente con la visión formulada sobre los tribunales para el siguiente lustro en dicho documento. Dicha visión expresa al inicio de su enunciado que la “... Rama Judicial será accesible a toda persona” y especifica que

²³⁰ Estudiante de segundo año en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

²³¹ *Espejos: Una Historia casi Universal* (Siglo XXI 2009).

²³² “Los imperativos estratégicos son grandes compromisos que adquiere la organización frente a sus públicos o frente a ella misma, los cuales se convierten en mandatos organizacionales para alcanzar a través del tiempo.” Alcaldía de Santiago de Cali, *Direccionamiento Estratégico – Tecnologías de Información – Taller 6* (accedido en 7 de octubre de 2011 en <http://www.cali.gov.co/publico2/cto/documentos/Taller6.pdf>).

²³³ Tribunal General de Justicia. *Obra de Justicia – Plan Estratégico de la Rama Judicial de Puerto Rico 2007-2011*, pág. 9.

con ello pretende “[proveer] acceso a toda persona a los tribunales. [Educar] y [orientar] a la ciudadanía sobre los procesos judiciales [y asegurar] que tenga la debida representación legal cuando comparezca ante los tribunales como parte de un litigio.”²³⁴

Por otra parte, tanto el susodicho imperativo estratégico como los otros cuatro se proyectan, según se consigna en el propio documento, hacia el largo plazo. En consecuencia, del proceso de formulación del plan se identificaron varias tendencias y escenarios posibles que “impactarán la naturaleza de las controversias que la ciudadanía litigará en los tribunales, *definirán el tipo de población a la que servirá Rama Judicial* e influirán en las expectativas que la ciudadanía tendrá de ésta”²³⁵. La primera tendencia que enumera el documento es el envejecimiento y mayor longevidad de la población²³⁶. Se deriva explícitamente de ahí la necesidad de repensar muchos aspectos sobre la forma en que se ha administrado la justicia en Puerto Rico y a formular nuevos enfoques y estilos que permitan la evolución de los servicios que se brindan a la ciudadanía²³⁷.

Como corolario de lo anterior y al tomar en cuenta ambos elementos mencionados (la aspiración de garantizar el acceso a la justicia y la tendencia en el crecimiento de la población envejeciente), indefectiblemente tenemos que plantear las siguientes interrogantes: ¿cuál es el contenido específico de dicha política y cómo se ha configurado?, ¿qué desarrollos previos al citado Plan Estratégico han condicionado el concepto de acceso a la justicia? (o sencillamente, ¿qué quiere decir “acceso a la justicia”?). Además, ¿cuál es la pertinencia específica de la política sobre acceso a la justicia con la tendencia citada (envejecimiento de la población), más allá de lo que evidentemente podría derivarse de su simple proclamación? y ¿cómo puede ello asistir en el desarrollo de unas guías o una “hoja

²³⁴ *Id.* pág. 17.

²³⁵ *Id.* pág. 13 (énfasis nuestro).

²³⁶ *Id.* (subrayado nuestro).

²³⁷ *Id.*

de ruta” para concretar una intervención formal y deliberadamente dirigida a la población envejeciente que acude a los tribunales?

Las claves para contestar a estas interrogantes están en el examen de la literatura asociada al concepto de “acceso a la justicia” y a las actividades coordinadas y desarrolladas que sirvieron de base para la formulación del Plan Estratégico. En particular aquellas que constituyeron hitos en el camino para repensar la administración de la justicia, especialmente la concepción misma de acceso a la justicia. De obligada mención son la Comisión Futurista y su informe *Visión Ruta al Futuro* de abril de 2002. El evento fue, según destacara el ex Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Hon. José A. Andréu García, la primera ocasión en la que un grupo independiente de ciudadanos examinó a fondo el funcionamiento de los tribunales a la luz de la realidad del Puerto Rico actual. También se plantearon las tendencias que se vislumbraron para el presente siglo y se formuló una visión sobre el futuro de los tribunales con recomendaciones a corto y a largo plazo para implantar las mismas²³⁸.

En segundo término y de igual importancia está la Vigésima Segunda Conferencia Judicial que sirvió de marco para el Primer Congreso de Acceso a la Justicia. Durante el mismo se ponderó sobre el estado y los problemas de acceso al sistema de justicia que enfrentan varios sectores en Puerto Rico. En ésta reconocidos profesionales del campo del Derecho discutieron múltiples temas sobre factores que afectan el acceso a la justicia, entre ellos: la política pública sobre acceso a la justicia en Puerto Rico, el acceso a la justicia de las personas insolventes, los grupos con necesidades especiales: pobres, inmigrantes, víctimas de violencia doméstica, orientación sexual, *envejecientes*, pacientes VIH-SIDA, personas sin hogar, entre otros. Es pertinente también tomar en cuenta también la adhesión de la Rama Judicial de Puerto Rico a

²³⁸ Comunicado de Prensa, *Celebrarán Conferencia Judicial y Primer Congreso Acceso a la Justicia* (26 de febrero de 2002), accedido en 15 de septiembre de 2011 en <http://www.ramajudicial.pr/Miscel/conferencia-judicial.htm>.

políticas mediante las cuales se incorporaron enfoques como los de “justicia terapéutica” y “problem-solving courts”.

Como último elemento a considerar, aunque posterior a la formulación del Plan Estratégico pero de necesaria incorporación a nuestro análisis para abordar los contornos de la política pública sobre acceso a la justicia de la Rama Judicial de Puerto Rico, está la Declaración de Brasilia²³⁹ de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana²⁴⁰. El Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Hon. Federico Hernández Denton es uno de los firmantes de dicha declaración, por lo que su contenido se incorpora a la política pública de la Rama Judicial de Puerto Rico. En el cuerpo del texto de la declaración se enuncia la convicción de todos los signatarios “...la trascendental importancia que en nuestras sociedades tiene *el acceso a la justicia*, entendido no sólo como acceso a los tribunales, sino también como acceso al goce pacífico y pleno de los derechos, y en especial, de los derechos fundamentales, así como a las diversas alternativas para la resolución pacífica de los conflictos”²⁴¹.

Del análisis de este acervo acumulado por la gestión de la Rama Judicial de Puerto Rico, a la luz de otras fuentes que forman parte del cuerpo teórico sobre el tema de acceso a la justicia, pretendo obtener un esquema para adentrarme en los aspectos demográficos y jurídicos asociados a las personas envejecientes, o como se les conoce en la carta de derechos mediante la cual el Estado tutela sus intereses en Puerto Rico, *personas de edad avanzada*²⁴². Ante el evidente acento en la colaboración con las

²³⁹ 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

²⁴⁰ La Cumbre Judicial Iberoamericana es un organismo que integra a los Tribunales Supremos de los países de América Latina, España y Portugal para reflexionar y plantear cursos de acción para atender los principales retos en la administración de la justicia en el ámbito iberoamericano.

²⁴¹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, *Declaración de Brasilia*, pág. 9 (2008). (Énfasis nuestro).

²⁴² Ley Núm. 121 de 12 de julio de 1986. *Carta de Derechos de la Persona de Edad Avanzada*. (8 L.P.R.A. secs. 341 et. seq.), según enmendada.

demás instituciones (gubernamentales y no gubernamentales) que pone la política de acceso a la justicia se pasará revista por la legislación, políticas públicas y programas asociados a la población de personas de edad avanzada. Se analizarán también los principales retos y desafíos que ha supuesto para dicha aspiración de ofrecer acceso a la justicia dicha conjunto de ciudadanos y ciudadanas. Puede adelantarse que una característica de esta población es su ubicuidad en gran parte de las materias que atienden las salas en los Centros Judiciales de nuestro sistema. No obstante, como se verá, en el ámbito estadístico de los tribunales, es tan escasa la información que se recoge sobre estas personas que puede decirse que son virtualmente “invisibles” en el contexto judicial. Ello debe ser parte de ese “repensar” de cómo ha sido la administración de la justicia y de cómo debe adecuarse a retos como éste a tenor con las aspiraciones que del concepto de acceso a la justicia.

Por último, se reseñan prácticas modelo (*best practices*) con las que se han abordado las necesidades de las personas de edad avanzada en otras jurisdicciones y que están en sintonía con política sobre acceso a la justicia en nuestro contexto nacional.

La expectativa con esta aportación es que se produzca un punto de partida para que esos “invisibles” que nos ven dejen de serlo. Para que, aunque “olvidados” muchas veces (por no decir siempre), nos recuerden por nuestro esfuerzo en vindicar efectivamente sus derechos consignados. De manera que cuando nos miremos en el espejo de nuestras políticas proclamadas, los veamos. Para que cuando nos vayamos de nuestros puestos públicos, sepamos que ellos no se van, porque hacia allí, hacia donde están ellos, vamos nosotros también.

En un artículo reciente el antropólogo Jorge Duany²⁴³ sintetizó magistralmente los aspectos históricos y demográficos del fenómeno del envejecimiento de la población en Puerto Rico. Se

²⁴³ Jorge Duany, *Una Sociedad Envejeciente*. El Nuevo Día 64 (8 de junio de 2011).

caracterizó al población del Puerto Rico del siglo XIX como una muy joven: “[en] 1887, por ejemplo, el 35% de la población de personas mayores de 60 años no llegaba al 3%.” La pirámide de edad durante dicho periodo fue una típica de una sociedad industrial con altas tasas de natalidad y mortalidad. Dicha distribución de edades se mantuvo básicamente intacta hasta mediados del siglo XX.²⁴⁴ A partir de entonces la población del país ha envejecido a ritmo acelerado. Del último censo realizado en Puerto Rico (2010), las personas mayores de 15 años han reducido su proporción total y las mayores de 65 años han incrementado la suya, “...achicando la base más joven y ensanchando los estratos más viejos.” Todo ello ha promovido la elevación notable en el porcentaje de viejos en Puerto Rico.

Entre los factores que el autor destaca como los que han promovido la elevación notable de los viejos en Puerto Rico están el descenso notable de las tasas de natalidad y mortalidad, la difusión de los métodos anticonceptivos y la consecuente reducción del promedio de hijos por mujer; el control de enfermedades infecciosas disminuyó el número de defunciones por cada mil habitantes y la emigración masiva de jóvenes. El aumento dramático se caracteriza cuando se indica que “[el] progresivo envejecimiento de la Isla se refleja en dos indicadores adicionales: (1) la duplicación de la mediana de edad de 18.1 años en 1899 a 36.9 en el 2010 y (2) la extensión de la esperanza de vida al nacer, de sólo 30.4 a 78.8 años en ese mismo periodo.”²⁴⁵ Ante este patrón infiere que los grupos de mayor crecimiento serán los de mayor edad y los de menor crecimiento, los de menor edad.

De lo anterior el profesor Duany infiere que Puerto Rico se parece cada vez más a las sociedades industriales avanzadas e identifica como consecuencias prácticas del fenómeno el recorte gradual de la fuerza laboral mediante el mecanismo del retiro y

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Id.*

alza en los costos de los programas de bienestar público, particularmente el seguro social y el seguro médico.²⁴⁶

Lo anterior coincide con las proyecciones de la Comisión de las Comunidades Europeas o Comisión Europea en documento que preparara sobre el tema en el año 2006²⁴⁷. Sobre el impacto que tendrá el fenómeno sobre el mercado de trabajo, la productividad y el crecimiento económico se dice en el informe que “[en] la próxima década, la población en edad de trabajar empezará a disminuir, cuando un gran número de niños del *baby-boom* se jubilarán.”²⁴⁸

En cuanto al impacto del fenómeno en las políticas de protección social y las finanzas públicas se señala en el informe que “[con] las políticas actuales, el envejecimiento ejercerá una presión significativa creciente sobre los gastos públicos, si bien se observan grandes diferencias de un país a otro. Para la EU-25, las proyecciones muestran que los gastos públicos relacionados con la edad aumentarán entre los 3 y 4 puntos del PIB entre 2004 y 2050, lo cual representaría un incremento del 10% de los gastos públicos. Estas presiones al alza se notarán a partir de 2010 y serán particularmente fuertes entre 2020 y 2040. Afectarán las pensiones, a la salud y a los servicios prestados a las personas de edad avanzada.”²⁴⁹ Plantea de manera contundente y como consecuencia tangible que ello hará que las finanzas públicas sean insostenibles en muchos países de la Unión, llegando a poner en peligro el futuro equilibrio de los sistemas de pensiones y

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad*, (Bruselas 2006).

²⁴⁸ *Id.* p. 5

²⁴⁹ *Id.* pp. 6-7. Las siglas EU-25 se hace referencia al conjunto de los 25 países que componen la Unión Europea. Por PIB se significa el Producto Interno Bruto, el cual representa el valor en el mercado de todos los bienes y servicios producidos en una economía. Véase a Campbell R. McConnell y Stanley L. Brue, *Economics: Principles, Problems and Policies* (McGraw-Hill 2005), p. 92.

protección social en general. Se percibe entonces que dicho resultado acabaría, entre otras cosas, con el potencial de crecimiento económico y exigiría un replanteamiento dramático de las pensiones y de las prestaciones sanitarias, lo cual tendría consecuencias desfavorables de gran importancia para el bienestar futuro de los jubilados y de los contribuyentes. Tal ha sido la envergadura percibida que se plantea como estrategias la promoción de la prolongación de la vida laboral activa en personas de edad avanzada y el aumento en la cantidad de hijos por familia.

En virtud de la semejanza señalada por Duany entre la sociedad puertorriqueña y las sociedades industriales (como la del continente europeo), no es desacertado pensar que iguales riesgos se ciernen sobre nuestros sistemas, tanto el fiscal y el de retiro. Sobre ello tendrán que actuar las ramas políticas del gobierno (Legislatura y Ejecutivo). Pero, dado ese indiscutible impacto que el fenómeno del envejecimiento de la sociedad tendrá sobre las instituciones medulares de nuestra sociedad, ¿cuál será el impacto específico que puede preverse sobre uno de los tres pilares de nuestro gobierno, esto es, sobre los tribunales?

Según plantean Rothman y Dunlop, poco se conoce sobre dicho impacto; a pesar de ciertos esfuerzos desarrollados en lo que se ha conocido como derecho de vejez (*elder law*), ha sido escaso el esfuerzo por examinar las repercusiones del envejecimiento de la sociedad sobre la administración de la justicia, el acceso a los tribunales y la resolución de los problemas sociales que subyacen a las controversias asociadas con las personas de edad avanzada y que promueven su arribo a las salas de nuestros centros judiciales.²⁵⁰

II. El concepto de acceso a la justicia

Algunos autores que han estudiado el tema admiten la dificultad para establecer una definición clara del contenido de la

²⁵⁰ Max B. Rothman & Burton D. Dunlop, *Judicial Responses to an Aging America* 42 Ct. Rev. 8 (2005).

frase “acceso a la justicia”. Sin embargo, ven la utilidad de la misma para fijar la atención sobre dos fines básicos del sistema jurídico – “...el sistema por el que las personas pueden vindicar sus derechos y / o resolver sus disputas bajo la tutela del Estado. En primer lugar, el sistema debe ser igualmente accesible a todos; en segundo lugar, éste debe ser conducente a resultados individual y socialmente justos.”²⁵¹

Se ha identificado a la Revolución Francesa como el evento histórico que marcó lo que se ha llamado la primera generación de derechos, fundamentalmente individuales, como garantía frente al poder absoluto del soberano, vinculados al ser humano en su condición de tal.²⁵² Esto significó un importante avance en el igualitarismo jurídico, centrado en la igualdad de los ciudadanos ante la norma jurídica. Se ha aceptado que, no obstante el reconocimiento de la igualdad de derechos ante la ley (igualdad formal), ese hecho ha sido insuficiente para lograr la eficacia del ideal de igualdad “...de tal manera que en muchos ámbitos y numerosos lugares las desigualdades reales son cada vez mayores.”²⁵³ Como reacción a ello, las sociedades en el siglo XX fueron abandonando el individualismo propio de las corrientes liberales, reconociendo obligaciones sociales de los poderes públicos. Surgió entonces lo que se ha designado como una segunda generación de derechos, caracterizada por el incremento de las funciones de un Estado preocupado por extender los servicios sociales (Estado de bienestar o *welfare state*). En esta línea “[muchos] países han dado un importante paso hacia la efectividad de la igualdad facultando a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos que impiden la igualdad

²⁵¹ Mauro Cappelletti & Bryan Garth, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. 27 Buff. L. Rev. 181 (1977-1978).

²⁵² XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Documento de Sustentación p. 48 (2008).

²⁵³ *Id.*

sustancial o material: la desigual situación de partida requiere la adopción de medidas que tienen a reequilibrar dicha situación.”²⁵⁴

Durante este periodo, especialmente durante la década de 1960 tuvieron lugar esfuerzos de reforma en los sistemas jurídicos, dirigidos a fortalecer el “acceso a la justicia” para grupos en desventaja y la ciudadanía en general. El concepto surge en una era de “...creciente conciencia de los derechos, y se le identificó con el esfuerzo del Estado por incrementar los servicios sociales y la ampliación de las oportunidades para la resolución de disputas.”²⁵⁵ En el estudio internacional desarrollado por los juristas Cappelletti y Garth y por el cual se popularizó el concepto de acceso a la justicia, éstos identificaron tres tendencias que enmarcan en el esfuerzo reformador mencionado (1960). La primera giró en torno a esfuerzos para garantizar la disponibilidad de asistencia legal para los pobres; en la segunda se promovieron las acciones representativas y otros procedimientos que habilitaron para la atención de muchas reclamaciones a través de una sola acción (v. gr., la acción de clase). Por último, la tercera tendencia se caracterizó por iniciativas para reformar ampliamente el sistema judicial. En esta última se destacaron los métodos alternos para la solución de disputas (ADR, por sus siglas en inglés) y otras iniciativas de índole procesal. Gracias a estos desarrollos la idea del acceso a la justicia se ha mantenido equiparada con la asistencia legal, ADR y otras estrategias de reforma judicial.²⁵⁶ En esto coincide Rhode cuando plantea:

“Despite the conceptual difficulties in defining what precisely we mean by access to justice and how much is enough, several core principles should command broad agreement.

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ The World Bank, *Law and Justice Institutions, Access to Justice – Topic Brief*, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20756347~isCURL:Y~menuPK:1990386~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:1974062,00.html>

²⁵⁶ *Id.*

- First, equal access to justice may be an unattainable ideal, but adequate access should be a social priority. To that end, courts, bar associations, law schools, legal aid providers, and community organizations *must work together to coordinate comprehensive systems for the resolution of disputes and the delivery of legal services.*
- Second, these systems should maximize individuals' opportunities to address law-related problems themselves, without expensive representation by attorneys.
- Third, those who need legal services, but cannot realistically afford them, should have access to competent assistance. Opportunities for help should be available for all individuals of limited means, not just the 'worthy poor' now eligible for federally funded civil legal aid.²⁵⁷

Actualmente la aspiración del acceso a la justicia es adoptada a través de todo el espectro político e ideológico, desde defensores de indigentes en busca de asistencia legal hasta reformadores preocupados por el impacto de procesos sobre la *capacidad de los ciudadanos para obtener remedios a través de los tribunales.*²⁵⁸ En este ámbito se incluyen las denominadas acciones afirmativas. Citando a Díez Picazo, en el Documento de Sustentación de la Declaración de Brasilia de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se indica que la expresión positiva comprende todo "trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial, en especial a favor de las personas pertenecientes a *grupos tradicionalmente preteridos.*"²⁵⁹ De lo anterior se deriva en el citado documento el carácter de la Ley

²⁵⁷ Deborah L. Rhode, *Access to Justice* (Oxford U. Press 2004), p. 20.

²⁵⁸ *Id.* Bastardillas nuestras.

²⁵⁹ *Id.*

como instrumento de dinamización del cambio social. “Efectivamente, frente a la violación de un derecho reconocido por el ordenamiento (conflicto) originada por la actuación de un particular o de una institución pública, el Estado debe ser capaz de dar protección al ciudadano titular del derecho, amparo que se realiza a través del otorgamiento a un órgano público de la facultad de resolver el conflicto mediante la aplicación de la Ley (función jurisdiccional o judicial).”

En este ámbito, el sistema judicial juega un rol protagónico en la efectividad de los derechos reconocidos por el ordenamiento. Se concibe entonces el concepto de acceso a la justicia como “...el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses a través de una resolución pronta, completa e imparcial.”²⁶⁰

Destacando la envergadura de este concepto, se subraya que en su dimensión colectiva, el acceso a la justicia se manifiesta como un “...elemento esencial no solamente para el sistema jurídico, sino también para la propia cohesión social. Y, como quiera que implica centrar la atención en el ciudadano como sujeto de acceso a la justicia, lleva consigo una visión de la justicia como servicio público.”²⁶¹ Esto tiene una gran importancia, ya que “...la existencia de una adecuada tutela judicial supone una pieza clave para el funcionamiento del sistema democrático y del propio Estado de Derecho, pues la eficacia del propio ordenamiento depende del acceso a los ciudadanos al sistema de justicia para la defensa de sus derechos.”²⁶²

En el contexto de las sociedades que se precian de ser democráticas, el efectivo acceso a la justicia es un objetivo esencial para lograr y mantener la legitimidad social del sistema de

²⁶⁰ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Documento de Sustentación p. 48 (2008).

²⁶¹ *Id.*

²⁶² *Id.* p. 49.

justicia y en especial, el judicial. Por legitimidad social "...se alude al grado de confianza y de credibilidad social que una determinada institución pública genera entre la ciudadanía. Se trata de un rasgo imprescindible de los sistemas de justicia, no un atributo opcional con el que pueden aparecer caracterizados: de Justicia eficiente pero sin autoridad moral difícilmente puede esperarse que logre llevar a cabo con éxito las funciones que tiene encomendadas."²⁶³ A esto le sirve de colofón lo declarado en el 2007 por la Organización de Estados Americanos en el sentido de que existe "...vinculación intensa entre democracia y acceso a la justicia. La calidad de una democracia se mide por la tutela y vigencia de los derechos humanos, entre los cuales se encuentra la posibilidad o no que tienen los ciudadanos y ciudadanas de proteger sus derechos acudiendo a un sistema o mecanismo de justicia independiente."²⁶⁴

Es decir, los tribunales construyen su legitimación social frente a los ciudadanos cuando en el ejercicio de su función jurisdiccional atienden las necesidades de la ciudadanía. *Dichas necesidades adoptan durante el transcurso del tiempo nuevas exigencias que deben ser atendidas en aras de mantener dicha legitimación.*

En este sentido el ejercicio de dicho poder jurisdiccional debe ser sensible. Por ello, la finalidad principal en la gestión para hacer efectivo el acceso de los ciudadanos a la justicia debe ser la adaptación de este poder a las exigencias que la sociedad impone en cada momento.

Lo expuesto delata ya la urgencia de atender el impacto que supone el crecimiento acelerado de la población de personas de edad avanzada en el sistema judicial de Puerto Rico y realizar las acciones que le permitan cumplir con sus exigencias inherentes. Con esto cobra sentido el orden de las aspiraciones enunciadas en

²⁶³ *Id.* p. 51

²⁶⁴ Organización de Estados Americanos, *Acceso a la Justicia: Llave para la Gobernabilidad Democrática* (Washington, D.C. 2007).

la visión de la Rama Judicial de Puerto Rico en el documento de Plan Estratégico 2007-2011, en cuya secuencia se menciona en primer lugar el ser “accesible a toda persona” y concluyendo la meta de ser “acreedora de la confianza del pueblo”.

III. Política pública de acceso a la justicia

Realizado el examen anterior del concepto de acceso a la justicia en las fuentes consultadas, procede examinar las actividades que a nuestro juicio marcaron la política de la Rama Judicial de Puerto Rico en este aspecto y consignada en el imperativo correspondiente de su plan estratégico.

El profesor emérito de ciencias políticas Thomas R. Dye se formula la pregunta de por qué dedicar tiempo al estudio de la política pública. Contesta que “...entender las causas y consecuencias de la política pública nos permite aplicar el conocimiento de las ciencias sociales en la solución de problemas prácticos. El conocimiento fáctico es un prerrequisito en la prescripción para los males de la sociedad. *Si ciertos fines son deseados, la pregunta sobre qué políticas implantan mejor aquellos es una pregunta destacada...*”²⁶⁵ Por tanto, la política pública puede examinarse con el propósito de “...asegurar que [se adopten] las políticas ‘correctas’ para lograr las metas ‘correctas’.”²⁶⁶ La pregunta lógica es entonces ¿qué es política pública?

El mismo autor propone que política pública es “...cualquier cosa que los gobiernos elijan hacer o no hacer”. Agrega además que las políticas públicas “...pueden tratar una amplia variedad de áreas fundamentales – defensa, energía, ambiente, asuntos exteriores...”. Agregamos a esta lista como área fundamental, por supuesto, la administración de la justicia. Lo expuesto supone entonces describir el contenido la política pública de la

²⁶⁵ Thomas R. Dye, *Understanding Public Policy* (Prentice Hall 1995), p. 4 (énfasis suplido).

²⁶⁶ *Id.*

organización, en este caso la Rama Judicial de Puerto Rico. Para ello entendemos apropiado abordar las actividades medulares que determinaron el cariz de las iniciativas y proyectos que hoy se enmarcan bajo el imperativo estratégico de acceso a la justicia.

A. Comisión Futurista de los Tribunales

La Comisión Futurista de los Tribunales constituyó un precedente histórico ya que fue la primera vez que un panel independiente de ciudadanos examinó a fondo el funcionamiento de los tribunales a la luz de la realidad de Puerto Rico.²⁶⁷ Dicha comisión fue creada para analizar las tendencias y posibles escenarios futuros que permitirían a la Rama Judicial prepararse de forma proactiva y abarcadora para atemperar el sistema judicial a las necesidades y demandas del futuro. Definió su responsabilidad como la de elaborar y proponer una visión sobre el futuro de los tribunales de Puerto Rico, indicando sus características principales, así como identificar los instrumentos básicos que impulsaran dicha visión de modo que esta se lleve a la realidad.

Al examinar las tendencias demográficas de Puerto Rico “[uno] de los cambios identificados como de más contundencia está asociado al número de personas de edad avanzada que residen y residirán en Puerto Rico. El fenómeno del envejecimiento de la población a todas luces continuará y se incrementará, a menos que el factor migratorio se altere radicalmente, lo cual no parece ser posible.”²⁶⁸

Entre los impedimentos principales a la consecución de justicia a tiempo y para todos, el informe de la Comisión da cuenta, por ejemplo, estuvo la escasez de representación legal adecuada.

²⁶⁷ Comunicado de Prensa del Juez Presidente Andréu García, 26 de febrero de 2002.

²⁶⁸ Comisión Futurista de los Tribunales, Tribunal Supremo de Puerto Rico. *Informe: Visión en Ruta al Futuro*. abril (2000), p. 41.

Se consideró crítica tanto en su magnitud como en su carácter y reside como una seria preocupación de todos los consultados.

Sobre esta aspecto se reporta que en "...el área civil, a pesar de las numerosas demandas frívolas que se radican, se reconoce la realidad de que ciudadanos con reclamos válidos no logran acceso a la justicia por no ser rentables sus casos para abogados privados. En el área de relaciones de familia, la población de ingresos moderados y bajos principalmente dirime sus controversias en la calle o en la violencia del hogar, al no poder pagar representación legal."²⁶⁹ Agrega además que el "...acceso a la justicia está también limitado por la falta de información básica para la protección de las partes y para el flujo expedito de los procesos judiciales. Los litigantes carecen de información suficiente sobre el status y el posible desenlace de sus casos debido a la poca información u orientación que a menudo reciben de sus propios abogados. Las víctimas del crimen y sus familiares, los menores intervenidos y sus familiares, así como los acusados con representación legal inadecuada, atraviesan los largos procesos judiciales básicamente en un estado de incertidumbre general."²⁷⁰

Por otra parte, indicó además que en "...las áreas criminal, de menores y de familia, la lentitud se atribuye, además, en gran medida a la desconexión entre los componentes del sistema de justicia (policías, fiscalía, procuradores, tribunales, sistema penal y juvenil), como también graves deficiencias en las agencias de servicio del Ejecutivo (en particular los Departamentos de Educación, Familia y Salud) que con sus limitaciones y fallas multiplican la carga de los tribunales y limitan sus facultades dispositivas."²⁷¹ En torno al sentir sobre el sistema de justicia, el informe destacó que es "...unánime el reclamo por servicios básicos que protejan a la sociedad, que asistan al tribunal en sus funciones y que se dirijan a habilitar menores descarriados u otras personas en desventaja. Sin esta prioridad, los tribunales tendrán

²⁶⁹ *Id.* p. 65.

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ *Id.* pp. 66-67.

pocas o nulas alternativas para encauzar efectivamente dramas personales o injusticias sociales, como tampoco tendrán margen para hacer valer sentencias merecedoras de tratamiento y medidas correctivas.”²⁷²

En cuanto al sistema de justicia, hubo también unanimidad en la aspiración de su manifestación ideal como “...uno en que haya acceso para cualquier persona que tenga una reclamación o haya sido acusada de algún delito o falta y que en el proceso sea tratada con equidad, independientemente de su raza, sexo, condición económica o creencias...discurre en una sociedad en que la ciudadanía está debidamente informada sobre todos los aspectos básicos del sistema y en que cada ciudadano recibe el debido apoyo, en caso de convertirse en parte de un litigio.” Resalta además el reclamo consignado para que se promueva un cambio de enfoque en el papel del juez, “...para que sea más facilitador y creador de soluciones, bajo un enfoque preventivo y con visión interdisciplinaria.”

De entre los elementos que recoge la Comisión en su informe salta a la vista el que propone como medida para implantar la visión de la Rama Judicial de Puerto Rico el provisto en el área de acceso y educación ciudadana:

“Los tribunales deben proveer el más amplio acceso de la ciudadanía a sus sistema de justicia y el disfrute efectivo de la igualdad de derechos, *mediante la educación ciudadana y la orientación de las partes; el trato equitativo y la representación legal adecuada; así como la agilización de los procesos de resolución.*”²⁷³

B. Congreso de Acceso a la Justicia

Como se mencionó al principio de nuestra exposición, en esta actividad se abordó el estado y los problemas de acceso al sistema de justicia que enfrentan varios sectores en Puerto Rico.

²⁷² *Id.* pp. 69-70.

²⁷³ Comisión Futurista de los Tribunales, *id.* p. 79.

Reconocidos profesionales del campo del Derecho abordaron una diversidad de cuestiones sobre factores que afectan el acceso a la justicia. Algunos de estos fueron la política pública sobre acceso a la justicia en Puerto Rico, el acceso a la justicia de las personas insolventes, los grupos con necesidades especiales: pobres, inmigrantes, víctimas de violencia doméstica, orientación sexual, envejecientes, pacientes VIH-SIDA, personas sin hogar, entre otros.

Es importante subrayar que dicho congreso fue llevado a cabo en el marco de la Vigésima Segunda Conferencia Judicial que es la actividad que el Tribunal Supremo de Puerto Rico, a través del Secretariado de la Conferencia Judicial, realiza cada cierto tiempo para “...considerar el estado de la administración judicial, promover medidas tendentes a mejorar los procedimientos judiciales, considerar y recomendar legislación con respecto a la adopción de reglas de procedimiento para los tribunales y, en general, para tratar asuntos relacionados con el sistema judicial, el mejoramiento del mismo y la efectiva administración de la justicia.”²⁷⁴ Este hecho le imprime una evidente relevancia al tema objeto de nuestra consideración.

Una de las consideraciones durante la sesión plenaria sobre la política pública sobre acceso a la justicia en Puerto Rico fue la implicación que tiene la encomienda de los tribunales en cuanto a la resolución pacífica y ordenada de las controversias entre los ciudadanos o entre el Estado y los ciudadanos. Se planteó que debido a esto Por ello, *la erradicación de las barreras e inequidades socioeconómicas que aún pueden subsistir en la administración de dichas instancias es una de las más altas prioridades de cualquier sociedad que se precie en ser democrática.*”²⁷⁵ Se puntualizó además sobre los esfuerzos de reforma de la administración de la justicia que los mismos

²⁷⁴ Orden del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1957 – Conferencia Judicial, 4A L.P.R.A. Ap. V. Art. I (énfasis suplido).

²⁷⁵ Tribunal Supremo de Puerto Rico. XXII Conferencia Judicial. *Primer Congreso de Acceso a la Justicia*. (2005).

“...tienen, por necesidad, que ajustarse a las nuevas condiciones de vida que nos impone el Puerto Rico de hoy. Estamos en tiempos de vertiginoso cambio en todas las esferas de nuestra interacción humana. Esta realidad tiene graves implicaciones para el derecho y para la administración de la justicia.”²⁷⁶ Citando al Ex Presidente del Gobierno Español, Felipe González Márquez, el entonces Presidente de la Cámara de Representantes, Hon. Carlos Vizcarrondo indicó que las “...normas no están cambiando pero la realidad está cambiando. Hay, por tanto,..., una gran obsolescencia, cuando no un gran vacío, produciéndose ante nuestra vista y estamos aplicando criterios normativos conocidos, no podemos aplicar otros, y establecidos previamente a situaciones que empiezan a ser radical y crecientemente diferentes, nuevas. Es decir, la realidad se está escapando del orden jurídico.”²⁷⁷

Por su parte, la entonces Secretaria de Justicia, Hon. Anabelle Rodríguez Rodríguez subrayó la importancia del esfuerzo que animó la actividad al indicar que “...de poco ha de valer un estado óptimo de las cosas en los renglones sustantivos y procesales en la administración de la justicia si el acceso a ésta se ve impedido o dificultado por circunstancias de distinta índole. *De manera que es prioritaria la tarea de examinar con rigor los distintos renglones a ese acceso, pues de ello ha de depender que la promesa constitucional de igual protección de las leyes se haga realidad para todos.*”²⁷⁸ En esta ponencia se dio especial peso al conocimiento sobre los derechos, deberes y mecanismos oficiales para hacerlos cumplir como indicador sobre el cual debe pasarse juicio sobre el estado del acceso a la justicia. Sentenció la Licenciada Rodríguez Rodríguez que quien “...desconozca su razón de pedir, jamás acudirá al foro correspondiente o si lo hace sería tardía o fallidamente.”²⁷⁹ Se planteó sobre la magnitud de la injusticia que queda impune o sin reparar, simplemente porque el

²⁷⁶ *Id.* p. 21.

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ *Primer Congreso de Acceso a la Justicia, id.* p. 24 (énfasis suplido).

²⁷⁹ *Id.* p. 24.

perjudicado desconoce su derecho o no sabe a dónde acudir oportunamente. Derivó por lo tanto como función primordial del Estado la de "...divulgar, no solamente el estado de derecho, sino los mecanismos oficiales que existen para hacerlo una realidad."²⁸⁰ Seguidamente abordó el aspecto sobre las dificultades de acceso físico, en términos de las dificultades de orden práctico para llegar al sistema de justicia y procurar que se le atienda satisfactoriamente.

Bajo el aspecto de la asistencia legal, consideró la realidad de que, aún cuando el País cuenta con un número considerable de profesionales del derecho, aclara que "...no se trata de una cuestión numérica solamente, pues, como en tantos otros renglones de la existencia, el problema más agudo de acceso a la justicia lo tienen los pobres y las personas de recursos económicos modestos."²⁸¹

Los anteriores elementos mencionados por la Licenciada Anabelle Rodríguez Rodríguez fueron calificados como *elementos de umbral* en el ámbito del acceso a la justicia. No obstante aclaró que existen otros tan importantes como aquellos ya que, estimó que "[de] poco vale insertarse en el cauce procesal si el tiempo que ha de tardarse la dilucidación de un hecho ha de ser tan largo que un gran sector del país no ha de resistir la demora y su consto."²⁸²

Siguiendo el razonamiento anterior, consideró los casos que requieren tratamiento especializado. Indicó que hay "..., condiciones propias a ciertos individuos o grupos humanos que los colocan en situación desventajosa dentro del marco social general, dificultando su acceso a la administración de la justicia. En estos casos el Estado tiene el deber ineludible de hacer esfuerzos especiales para allanarles el camino."²⁸³ Acotó finalmente con una exhortación para que "..., si el ordenamiento no provee remedios adecuados, no vacilemos en diseñar unos nuevos que respondan a

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Id.* p. 26.

²⁸² *Id.* p. 27.

²⁸³ *Id.* pp. 28-29.

las necesidades manifiestas de una realidad distinta. Si la justicia está en dar a cada uno lo que se merece, entonces, *para ser verdaderamente justos hay que dar atención particular a aquéllos cuya circunstancia de distinta índole les coloca en una posición desventajosa.*²⁸⁴

C. La Resolución 22 en apoyo a los principios y métodos de los “problem-solving courts”

La Rama Judicial de Puerto Rico ha estado vinculada a la Conferencia de Jueces Presidentes y la Conferencia de Administradores Judiciales Estatales (CCJ-COSCA, por sus siglas en inglés). Dicha organización, se estableció en 1955 y se dedica al fortalecimiento de los sistemas de tribunales estatales.

El 3 de agosto de 2000 los estados y jurisdicciones con representación en esta entidad aprobaron la Resolución 22 en la que endosaron los principios y métodos inherentes a lo que se designó como *problem-solving courts*.

Estos han sido considerados como la respuesta formal y más abarcadora a las situaciones particulares que derivan los casos de violencia doméstica, abuso de sustancias controladas, relaciones de familia, salud mental y otros de similar naturaleza. Los casos bajo dichas materias involucran a personas con una gama de problemas médicos, psicológicos y sociales para los que los procesos judiciales tradicionales no fueron diseñados; es decir, no fueron diseñados para atender los problemas sociales y psicológicos que promovieron que dichas personas llegaran al tribunal. De tal forma, los tribunales han estado emitiendo decisiones *jurídicamente pertinentes* pero *socialmente inefectivas*. Aun cuando se disponga de los casos, los mismos no son realmente resueltos porque los problemas subyacentes no son

²⁸⁴ *Id.*

atendidos.²⁸⁵ Por tanto, dicho enfoque presta particular énfasis en la importancia de los vínculos con los proveedores de servicios médicos, sociales y de tratamiento y generalmente ha sido implantado mediante programas y procesos especializados. Ejemplos de estos pueden mencionarse en Puerto Rico los Salones Especializados en Casos de Sustancias Controladas (mejor conocidos como *Drug Courts*), las Salas de Violencia Doméstica, las Salas Especializadas de Familia y Asuntos de Menores y los Centros para Litigantes por Derecho Propio (*Pro Se*). Aunque todos estos programas varían sobre la materia sobre la cual trabajan, todos comparten la característica común y distintivo operacional de la coordinación de servicios.²⁸⁶

En la resolución se indica: “[t]hese principles and methods have demonstrated great success in addressing *certain complex social problems, such as recidivism, that are not effectively addressed by the traditional legal process...*”²⁸⁷ Considera por otro lado: “[t]he application of these principles advance the trust and confidence of the public...”²⁸⁸

Resuelve por tal motivo a fomentar el estudio y evaluación cuidadosos de los principios y métodos bajo el enfoque de referencia y su aplicación *a otras cuestiones significativas que enfrentan los tribunales estatales*. En consecuencia exhorta a, en donde sea apropiado, a integrar ampliamente dichos principios y métodos en la administración de la justicia para mejorar los procesos judiciales y sus resultados mientras se preserva el imperio de la ley, se fortalece la efectividad judicial y *se atienden*

²⁸⁵ P. Casey & W.E. Hewitt. *Court Responses to Individuals in Need of Services: Promising Components of a Service Coordination Strategy*. National Center for State Courts. Williamsburg, Virginia. (2001), pp. 7-9.

²⁸⁶ *Id.* p. 9.

²⁸⁷ Conference of Chief Justices & Conference of State Court Administrators. *Resolution 22: In Support of Problem-Solving Court Principles and Methods*. (2000).

²⁸⁸ *Id.*

*las necesidades y expectativas de los litigantes, las víctimas y la comunidad.*²⁸⁹

IV. Las personas de edad avanzada ante los tribunales

Las personas de edad avanzada constituyen un “...conglomerado tan heterogéneo y variado como otros segmentos de la población y *se le ubica entre los grupos más vulnerables y desprotegidos del mundo*. Esta situación obedece a que las instituciones, en términos estructurales e ideológicos, aún no se han adaptado a la nueva estructura etaria de la población y asocian la vejez con la palabra ‘pérdida’.”²⁹⁰ Por otra parte, estas personas, “...por su edad cronológica, pueden sufrir pobreza, invisibilidad y discriminación que puede manifestarse en diferentes expresiones. Su situación es peor aún si se suman otras fuentes de desigualdad como el origen étnico o el género... Además, tienen poder limitado como grupo social.”²⁹¹

Según se establece en el informe del Congreso de Acceso a la Justicia de 2002, la pobreza es “...uno de los obstáculos más importantes, ya que un 56% de la población de edad avanzada, está bajo el nivel de pobreza, por tanto, no tienen recursos económicos para contratar representación legal.”²⁹²

Entre las características típicas de esta población en cuanto al acceso a la justicia y que enumeraron los panelistas que en el congreso abordaron el tema están:

1. No suelen reclamar su pensión alimentaria por desconocimiento o vergüenza.

²⁸⁹ *Id.* (bastardillas nuestras).

²⁹⁰ Astrid Soto López. *Los derechos humanos de las personas mayores y la Procuraduría de las Personas de Edad Avanzada en Puerto Rico: Su efectividad para cumplir con la política pública y cómo afecta el Plan de Reorganización Núm. 1 de las Procuradurías*. 7 Rev. Jur. Clave 1 (2011), p. 174.

²⁹¹ *Id.* pp. 174-175.

²⁹² Conferencia Judicial. *Primer Congreso de Acceso a la Justicia*. *Id.*, p. 234.

2. Constituyen un grupo que no se une para ejercer presión y exigir derechos.
3. Muchas veces no cuentan con apoyo familiar.
4. No hay sensibilidad en la sociedad hacia ellos.
5. La burocracia es abrumadora y hay una gran exigencia de documentos.
6. Muchos jueces y juezas desconocen la Carta de Derechos de las Personas de Edad Avanzada.
7. Existe gran desconocimiento y a veces una gran insensibilidad por parte de las agencias y de empleados de agencias que no cumplen las leyes.
8. Existen demasiadas barreras físicas en los tribunales.

Entre las recomendaciones del panel para abordar los problemas de acceso a la justicia de las personas de edad avanzada nos parecen muy pertinentes, dado el análisis en las secciones anteriores, las que sugieren la creación de una oficina de servicios integrales, el establecimiento de una coordinación interagencial adecuada, el entrenamiento especializado de funcionarios especializados que trabajen con personas de edad avanzada y la creación de bases de datos adecuadas.

D. En torno a las necesidades legales de las personas de edad avanzada

Puede inferirse del repaso de los puntos abordados en el Congreso de Acceso a la Justicia que, y como se indica en un artículo sobre el tema, “[las] necesidades legales de las personas mayores, particularmente las de escasos y medianos recursos, constituyen sólo un punto en la extensa lista de necesidades en las manos del Gobierno.”²⁹³ La estadística asociada a este tema es exigua y se reconoce que el mismo es uno novedoso. De acuerdo a un estudio realizado por la Corporación de Servicios Legales de

²⁹³ F. Ferrer-López. *Abriendo camino: los servicios legales para personas mayores en Puerto Rico*. 79 Rev. Jur. U.P.R. 45 (2010).

Puerto Rico la preocupación mayor en esta esfera “...es el maltrato en instituciones y hogares, seguida por el poco acceso a servicios, el discrimen, el abuso económico o fraude y el problema de adquisición de viviendas.”²⁹⁴ De entre los servicios legales dirigidos a las personas de edad avanzada nos llama grandemente la atención la experiencia de la Corporación de Servicios Legales de Puerto Rico con la primera línea telefónica dirigida a las personas de 60 años o más conocida como Telenvejeciente. A través de éste la persona llamaba y quien atendía la llamada verificaba si aquella cualificaba para la asesoría gratuita. Si cualificaba, dicha persona era referida al abogado o abogada en línea y, si necesitaba de mayor atención, ésta era referida a su vez al Centro de Servicio Directo de Servicios Legales más cercano.²⁹⁵ Al igual que sucedió con otros servicios dirigidos a dicha población (v.gr., como en la anterior Oficina de la Procuradora de las Personas de Edad Avanzada), “...el asunto legal era mínimo en muchas de las llamadas que recibía Telenvejeciente y *mayormente requerían un intervención de índole social*. En estos casos, la Coordinadora de Recursos y Planificación se ocupaba de dar seguimiento, *con el propósito de asegurar que la parte social del problema fuera atendida por las agencias correspondientes*.”²⁹⁶

Se destaca en lo anterior cómo se comprueba la necesidad de incorporar una solución multidisciplinaria a los problemas que subyacen a las situaciones que se pretenden canalizar por la vía legal, en este caso de las personas de edad avanzada. Es de notar también la importancia que tiene la renuencia y temor que manifiestan en muchas ocasiones los viejos y las viejas para recurrir a esta vía.

V. Claves para el desarrollo de una intervención multidisciplinaria con las personas de edad avanzada

²⁹⁴ *Id.* p. 54.

²⁹⁵ *Id.* p. 61.

²⁹⁶ *Id.*

Las experiencias que se han acumulado de un tiempo a esta parte con los proyectos y desarrollos innovadores bajo el enfoque mencionado de *problem-solving court*, aunque no han acometido directamente las situaciones relacionadas con los problemas de las personas de edad avanzada, tienen considerable relevancia con las cuestiones que les afecta.²⁹⁷ Se considera muy apropiado para efectos de la trayectoria que ha tenido la Rama Judicial de Puerto Rico en el desarrollo de su política de acceso a la justicia identificar las buenas prácticas en los ámbitos que pudieran ser aplicables a las necesidades de las personas de edad avanzada.

Las iniciativas desarrolladas bajo el enfoque de *problem-solving court* se consideran excelentes escenarios para la aplicación de prácticas dirigidas a dicha población dada su característica primaria de su uso intensivo de la colaboración interagencial (recuérdese que uno de los problemas identificados en términos del acceso a la justicia en esta población es la falta de coordinación interagencial). Dado que la identificación de las necesidades de servicios y la capacidad para movilizar recursos en respuesta a dichas necesidades, la experiencia con programas como el de *Drug Courts*, las Salas Especializadas de Violencia Doméstica y los Centros para Litigantes por Derecho Propio deben estudiarse cuidadosamente a dichos fines.

²⁹⁷ Max B. Rothman, *Id.* p. 9.

Derecho a la igualdad en una sociedad desigual

*Carmen Leonor Selva Báez*²⁹⁸

I. Introducción

La naturaleza intrínseca de los seres humanos es la diferencia. No obstante, a través de los tiempos la sociedad se ha empeñado en igualar a las personas. En este afán aquellos ubicados en esferas de poder han utilizado su posición para imponer sus normas y oprimir a los distintos. Mientras que los sectores marginados han iniciado intensas luchas para que se les reconozca como parte integrante de la sociedad y se les acepte tal cual son.

Las luchas rindieron frutos y los tribunales han reconocido ciertos derechos a grupos minoritarios como los negros y las mujeres. Sin embargo, los ex convictos, los homosexuales y otras minorías, continúan siendo excluidos por el ordenamiento jurídico. Lamentablemente el Tribunal, el foro con competencia para vindicar los derechos de la ciudadanía en ocasiones le ha cerrado las puertas a personas ubicadas dentro de los grupos minoritarios contribuyendo así a la exclusión social y a la violación de su dignidad.

En atención a lo anterior, se han desarrollado discursos en los cuales se exige igualdad social y se proclama que todos somos iguales. Pero la realidad es que no todos somos iguales, aunque todos somos acreedores a un trato igualitario ante la ley. Por eso, a través de este escrito abordamos las desigualdades entre los distintos grupos excluidos de la sociedad y el trato dado a éstos por el ordenamiento jurídico. También señalamos algunos de los derechos inalienables al ser humano y explicamos cuál es su fundamento.

²⁹⁸ Al momento de someter este escrito, la autora cursaba el segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

II. El Reconocimiento de la Igualdad

Los conceptos de derechos humanos podemos encontrarlos en documentos tan antiguos como el Código de Hammurabi y el Código Justiniano²⁹⁹. Mientras que la Ilustración es el movimiento que con más frecuencia se asocia a las concepciones modernas de derechos humanos³⁰⁰. Dicho movimiento impulsó el individualismo, luchó contra el poder religioso y se apoyó en la razón y en la ciencia³⁰¹. La Ilustración, creó una ideología liberal nueva que transformó las realidades políticas, sociales y económicas en todas partes³⁰². A raíz de la Ilustración y la Revolución Francesa, la nación norteamericana acogió el concepto de igualdad ante la ley en su Constitución³⁰³. Empero, las minorías en la sociedad norteamericana, como las personas de la raza negra, no recibían un trato igualitario lo que los llevó a librar intensas luchas para recibir protección constitucional.

A pesar de los distintos movimientos que reconocían los derechos de dignidad e igualdad ante la ley de todo ser humano no existía un instrumento jurídico internacional que obligara a los demás países. No fue hasta luego de la Segunda Guerra Mundial que surgió una preocupación renovada por los derechos humanos, lo cual desembocó en la creación de la Organización de las Naciones Unidas y, el 10 de diciembre de 1948, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicho instrumento jurídico dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en

²⁹⁹ Raúl Serrano Geyls, *Derecho Constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico* Vol II, 763 (Lillington, NC 2007) (citando a Carlos I. Gorrín Peralta, *Human Rights: Individual and Collective Freedom for the Satisfaction of Human Needs* (Tesis inédita para el grado de Maestro en Derecho, LL.M., de la Universidad de Harvard, 1985) págs. 4-7, 10-11, 15-16).

³⁰⁰ *Id.*

³⁰¹ Gregorio Peces-Barba Martínez y Javier Dorado Porras, *Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: El Contexto de los Derechos Fundamentales en Historia de los Derechos Fundamentales* T. III, Vol. I, Libro I 35-36 (Dykinson 2007).

³⁰² Serrano Geyls, *supra*, a la pág. 764.

³⁰³ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda XIV.

dignidad y derechos³⁰⁴. Disposición que contribuyó al desarrollo de las normas de derechos internacionales y la posterior creación de distintos organismos internacionales para la protección de los derechos humanos³⁰⁵. A continuación, exponemos el fundamento para el reconocimiento de los antedichos derechos y la importancia de una sociedad que reconozca la diferencia.

III. La Dignidad: el Fundamento de los Derechos Humanos

Existen dos vertientes de pensamiento para explicar el origen de los derechos humanos, estas son: la tesis del derecho humanitario y la tesis positivista. La primera, plantea que por el sólo hecho de ser humano se es acreedor de ciertos derechos³⁰⁶. Mientras que la tesis positivista subordina el reconocimiento de los derechos a lo dispuesto en la ley³⁰⁷. Es cierto que el reconocimiento de la igualdad ante la ley fue un avance en la lucha contra las arbitrariedades cometidas por el Estado, pero la igualdad de los seres humanos tiene un fundamento más abarcador que la norma jurídica.

La dignidad de los seres humanos de suyo es digna de respeto, independientemente de lo dispuesto en los instrumentos legales³⁰⁸. Ello es así ya que todos los seres humanos somos seres dotados con singularidad, unicidad, irrepetibilidad e irreductibilidad³⁰⁹. El reconocimiento del Otro y el respeto de la diferencia son los aspectos prácticos en el respeto de la dignidad humana³¹⁰. Lo contrario, el igualitarismo ciego a la diferencia, sería contrario a la

³⁰⁴ Declaración de los Derechos Humanos, Art. I.

³⁰⁵ Tales como, La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otras.

³⁰⁶ Eduardo A. Russo, *Identidad y Diferencia*, 38 Rev. Jur. UIPR 127, 127 (2003).

³⁰⁷ *Id.*

³⁰⁸ Ilva Myriam Hoyos, *De la Dignidad y de los Derechos Humanos* 193 (Temis, SA 2005).

³⁰⁹ *Id.*, 194.

³¹⁰ *Id.*, 196.

condición de persona que ostenta todo ser humano, lo cual constituiría una exclusión de una práctica del principio de dignidad humana³¹¹. Ese acto de reconocimiento encierra en sí mismo justicia porque al atribuir a cada uno lo suyo no se excluye a nadie, todo lo contrario se incluye a todos los seres humanos³¹². Ésa es la razón por la cual los instrumentos legales recogen la dignidad de todos los seres humanos y la igualdad ante la ley. No obstante, los tribunales han interpretado que no se requiere un trato estrictamente igual, sino uno conforme a la circunstancias particulares de las personas similarmente situadas como veremos a continuación.

IV. La Igualdad ante la Ley según interpretada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos

Por años, la sociedad norteamericana practicó la segregación racial en los espacios públicos y al brindar servicios a la población. Las personas de la raza negra y las de la raza blanca recibían servicios separados en los hospitales, restaurantes, en la transportación pública y en las escuelas. El Tribunal Supremo de Estados Unidos avaló esta práctica en el caso *Plessy v. Ferguson*³¹³, en el cual se impugnó la constitucionalidad de la segregación racial en la transportación. El Tribunal resolvió que la separación no infringía la igualdad ante la ley reconocida en la Constitución siempre que las condiciones de los negros fueran iguales a las de los blancos. El Tribunal expresó que la separación entre ambos grupos no colocaba un sello de inferioridad en la raza negra como alegaban los demandantes, añadió que dicho argumento era una falacia y que el sello de inferioridad fue uno autoimpuesto por la raza negra y no por la ley³¹⁴. Esta doctrina se denominó “separados pero iguales” y fue el estado de derecho durante muchos años en los Estados Unidos. Es absurdo que el

³¹¹ *Id.*

³¹² *Id.*

³¹³ 163 US 537 (1896).

³¹⁴ *Id.*, 551.

foro llamando a hacer justicia a las personas, no importa cuál sea su procedencia, apoyara la segregación racial y con ello las desigualdades arbitrarias entre las personas.

Afortunadamente, el Tribunal revocó la doctrina de “separados pero iguales” declarándola inconstitucional, en el caso *Brown v. Board of Education*³¹⁵. En esa ocasión el Tribunal se enfrentó a la segregación racial en el contexto de la educación pública. Los demandantes alegaron que las leyes que prohibían la admisión de niños de la raza negra a las escuelas a las que asistían niños de la raza blanca eran inconstitucionales porque violaban la igual protección de las leyes garantizada en la Enmienda XIV. El Tribunal resolvió el caso de acuerdo a un escrutinio estricto, por lo que determinó que la clasificación racial era una sospechosa y por lo tanto infringía la disposición constitucional de igualdad ante la ley. Por último, ordenó a las escuelas a aceptar a los estudiantes de la raza negra en las escuelas a las que asistían los estudiantes de la raza blanca. En cuanto a la doctrina de “separados pero iguales”, el Tribunal expresó que instalaciones educativas separadas para los estudiantes era en efecto desigualdad³¹⁶. En esta ocasión el argumento de los demandantes en el sentido de que la segregación racial creaba un sentido de inferioridad en las personas de la raza negra respecto a las personas de la raza blanca fue acogido por el Tribunal³¹⁷.

El caso Brown fue uno significativo para las minorías raciales que luchaban por ser consideradas iguales ante la ley, irónicamente luchaban porque el Estado les reconociera un derecho dispuesto en la Constitución. Sin embargo, el fin de la doctrina de “separados pero iguales” no fue el fin de la desigualdad y el discrimen en los Estados Unidos. El mismo Tribunal que declaró dicha doctrina inconstitucional luego determinó que las escuelas debían desarrollar un sistema de inclusión de los estudiantes de la raza negra “with all deliberate

³¹⁵ 347 US 483 (1954).

³¹⁶ *Id.*, 493.

³¹⁷ *Id.*, 494.

speed”³¹⁸. Dicha expresión significaba que las escuelas debían solucionar los problemas locales en cuanto a la planta física y cambios en las leyes “lo más pronto posible”, debido a que el Tribunal no podía imponer la inclusión de los estudiantes negros porque si tomaba esa decisión iba a interferir con la función del Estado de proveer educación a las personas³¹⁹. Por tal razón, determinó que se permitía la segregación racial absolutamente necesaria para que el Estado pudiera ejercer su rol de proveer educación³²⁰. A pesar de que el primer caso *Brown* fue un paso adelante para las luchas de las minorías raciales nuevamente el Tribunal permitió la clasificación sospechosa, amparado en el interés apremiante del Estado en resolver los problemas que supuestamente obstaculizaban la inclusión de los estudiantes de raza negra en las escuelas a las que asistían los estudiantes de la raza blanca. Mientras tanto, la segregación racial continuaba en las escuelas aunque la Constitución garantizaba la igualdad ante la ley.

V. La Igualdad ante la ley según interpretada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico

Uno de los casos mas trascendentales resuelto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en torno a la igualdad ante la ley fue *Zachry International v. Tribunal Superior*³²¹. En el mismo la demandante alegó la inconstitucionalidad de una ley que le imponía al patrono la obligación de conceder veinte minutos de descanso a las mujeres que trabajaban más de cuatro horas³²². El Tribunal determinó que en efecto la ley era inconstitucional por establecer una clasificación por sexo, clasificación prohibida expresamente por la Constitución. *Zachry* constituye una interpretación progresista del derecho y un paso adelante para una minoría históricamente excluida y subordinada al sexo dominante,

³¹⁸ *Id.*, 301.

³¹⁹ *Id.*, 300.

³²⁰ *Id.*

³²¹ 104 DPR 267 (1975)

³²² *Id.*, 269.

el masculino. El propio Tribunal, por voz del honorable juez Negrón García, así lo reconoce al expresar que el argumento esbozado por el Estado en cuanto a la constitucionalidad de la ley se nutría de premisas erróneas, tradicionales y estereotipadas que emanaban de una visión masculina que tenía su razón de ser en la concepción de la mujer como “sexo débil”³²³. Además, la ley disminuía las posibilidades de la mujer en la obtención de un empleo ya que el patrono prefería reclutar un empleado varón, al que no tenía que pagarle un descanso, sobre una mujer³²⁴. En esta ocasión el Tribunal hizo justicia a las mujeres al posicionarlas igual que el varón en el ámbito laboral y al determinar que la clasificación por sexo es una sospechosa³²⁵.

No obstante lo anterior, la desigualdad entre hombres y mujeres subsiste en la sociedad y en el Ordenamiento Jurídico. Ello queda evidenciado en el contexto de la violencia doméstica, ya que a pesar de ser el hombre también una víctima de dicho delito, la mujer es la que en la mayoría de los casos resulta afectada. Sin embargo, en el caso *Pueblo v. Flores Flores*³²⁶, el Tribunal por estar igualmente dividido, confirmó la determinación del Tribunal de Apelaciones en cuanto a que la Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica (Ley 54) no es de aplicación a un incidente de violencia dentro de una relación adulterina. Aunque el Tribunal la decisión del Tribunal no sienta precedente, las expresiones en la opinión de conformidad emitidas por el honorable juez Kolthoff Caraballo, así como la opinión disidente de la honorable juez Fiol Matta nos muestran el sentir de varios miembros de dicha curia sobre este asunto.

³²³ *Id.*, 282.

³²⁴ *Id.*

³²⁵ La clasificación por sexo en Estados Unidos recibió un tratamiento distinto ya que el Tribunal Supremo no la consideró una clasificación sospechosa. Véase, *Craig v. Boren*, 429 US 190 (1976); *Michael M. v. Superior Court*, 450 US 464 (1981); *Rostker v. Golberg*, 453 US 57 (1981).

³²⁶ 2011 TSPR 38; 2011 JTS 43.

El honorable juez Kolthoff Caraballo en su opinión de conformidad con la decisión, esbozó como fundamento el que la Ley 54 tenía el propósito de proteger la unidad familiar ya que el legislador hizo mención de la palabra familia³²⁷. Fundamentándose en el principio de legalidad, indica que el Tribunal no puede ignorar el propósito del legislador al formular la ley y de acuerdo a su interpretación, el propósito en la Ley 54 fue proteger únicamente la integridad familiar³²⁸. Esta opinión es desacertada ya que excluye a la mujer en una relación adulterina prologando el estigma social sobre ella. Entonces, ¿dónde queda el propósito primordial de la legislación en brindar protección a la vida y dignidad de las víctimas de maltrato por parte de sus parejas? Tal como expresara la honorable juez Fiol Matta en su opinión disidente, la Ley no propone mantener los valores de paz, dignidad y respeto sólo para ciertos tipos de parejas o para quienes encajan en determinado molde de familia, son principios que deben imperar para el beneficio de la sociedad en general³²⁹.

De la misma manera las personas homosexuales, han sido perseguidas y criminalizadas porque su preferencia sexual no encaja en los moldes tradicionales. Por eso con la aprobación del Código Penal de 1902, en Puerto Rico se tipificó como delito la sodomía³³⁰. Sin embargo, las ocasiones en que el Tribunal Supremo se enfrentó a casos en que se acusaba por el delito de sodomía no lo definió por lo repugnante del acto, según expresiones de dicho foro³³¹. Tales manifestaciones nos muestran el rechazo hacia las personas que llevan a cabo estas prácticas y la

³²⁷ *Id.*, 992.

³²⁸ *Id.*, 990.

³²⁹ *Id.*, 1000.

³³⁰ Julio Fontanet, *De-construir el artículo 103 del Código Penal de Puerto Rico* (Ponencia presentada en la Conferencia De-construyendo el Artículo 103, auspiciada por el Colegio de Abogados de Puerto Rico), en 33 *Rev. Jur. UIPR* 411 (1999).

³³¹ Véase: *Pueblo v. Marin Vega*, 105 DPR 576 (1977), *Pueblo v. Santos Molina* 133 DPR 416 (1993) y *Pueblo v. Gutiérrez*, 71 DPR 840, 841 (1950).

manera en que el propio Tribunal lesiona la dignidad e intimidad de unas personas por tener una preferencia sexual distinta.

En el Código Penal de 2005 el legislador tipificó nuevamente la sodomía como delito, pero esta vez hubo grupos opositores que debatieron intensamente, por lo que fueron amenazados con ser acusados, como fue el caso de la Lcda. Margarita Sánchez³³². A los debates, se sumó la decisión del Tribunal Supremo Federal en el caso *Lawrence v. Texas*³³³, en el cual declaró inconstitucional la disposición del Código Penal de Texas que prohibía la sodomía ya que para poder procesar a una persona por dicho delito el Estado tenía que inmiscuirse en la vida privada del individuo. Todo ello provocó que la Asamblea Legislativa eliminara el delito de sodomía del Código Penal, lo que significó un adelanto para los homosexuales en el reconocimiento y protección de sus derechos en el ordenamiento jurídico. No obstante, en el caso *Pueblo v. Ruiz Martínez*³³⁴, el Tribunal dejó desprovistos de las protecciones de la Ley 54 a los homosexuales al determinar que dicho estatuto no los cobija. Una vez más el Tribunal fundamentó su decisión en la definición de familia adoptada en nuestra jurisdicción la cual excluye relaciones entre personas del mismo sexo. Así, el Tribunal negó el derecho a la igual protección de las leyes a una víctima de violencia doméstica por razón del sexo de su agresor, tal como expresó el honorable juez presidente Hernández Denton en su opinión disidente:

“...interpretar la Ley Núm. 54 de modo que la misma sólo proteja a parejas heterosexuales, tiene el efecto de colocar al estatuto en cuestión al margen de la Constitución en la medida en que se le niega a la víctima de autos la igual protección de la ley por la única consideración del género de la persona que le agredió. El efecto de dicha interpretación es que se le da un trato

³³² *Sánchez v. Secretario*, 157 DPR 360, 365 (2002).

³³³ 539 US 558 (2003).

³³⁴ 159 DPR 194

*discriminatorio a la víctima, y se deja impune a un maltratante por la única razón de su orientación sexual. Dicha conclusión no sólo es injusta para la víctima, sino que además es jurídicamente insostenible en nuestro sistema de derecho”.*³³⁵

Este es el estado de Derecho al presente, uno en el que se excluyen a personas de las protecciones de la ley por el hecho de pertenecer a cierto grupo social, por tener preferencias sexuales distintas. Vemos como el Tribunal se apartó de la interpretación liberal y progresista de la Ley sujetándose a una visión tradicional de lo que es una familia, rechazando de esta manera brindar protección a personas que pertenecen a ciertos grupos sociales. De esta manera, el foro al que le corresponde velar por la dignidad de las personas, contribuyó a la marginación de las minorías sociales al negarse a reconocerle los mismos derechos que a las demás personas y al cerrarle las puertas por ser distintos a los demás, a pesar de la garantía constitucional a la igual protección de las leyes.

Las puertas del Tribunal también se han cerrado para los ex convictos. Ello es así, ya que en el caso *Rosario v. Toyota de PR*³³⁶, el Tribunal al estar igualmente dividido se negó a reconocer el discrimen por poseer antecedentes penales como un discrimen por condición social. El demandante, Rosario, solicitó un empleo en la corporación Toyota de Puerto Rico el cual obtuvo, pero luego le requirieron un Certificado de Antecedentes Penales. Rosario proveyó el certificado en el cual constaba que éste había sido convicto de Homicidio Involuntario y de una violación a la Ley de Armas, aproximadamente 20 años antes³³⁷. Por tal razón, un ejecutivo de Toyota se comunicó con Rosario y le indicó que no se le había dado el visto bueno a su contratación debido a las

³³⁵ *Id.*, 221.

³³⁶ 166 DPR 1.

³³⁷ *Id.*

convicciones reflejadas en el Certificado³³⁸. Entonces Rosario presentó una demanda en el Tribunal de Primera Instancia contra Toyota reclamando una indemnización por daños y perjuicios. En la demanda, entre otras cosas, alegó que Toyota le había hecho una oferta formal de trabajo que luego retiró al conocer el contenido de su récord penal y que dicha actuación constituyó un acto discriminatorio por razón de su condición social³³⁹.

El Tribunal de Primera Instancia desestimó la demanda bajo el fundamento de que la demanda no aducía hechos que justificaran la concesión de un remedio, por lo que Rosario recurrió al Tribunal de Apelaciones³⁴⁰. Dicho foro revocó y determinó que luego de examinar las alegaciones de la demanda Rosario podía ser acreedor en derecho a la concesión de un remedio a la luz de la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico³⁴¹. Inconforme con tal determinación, Toyota recurrió al Tribunal Supremo alegando que procedía la revocación de la sentencia emitida por el tribunal apelativo³⁴². El Tribunal Supremo, al estar igualmente dividido, confirmó la sentencia emitida por el foro intermedio. No obstante, las opiniones en este caso merecen consideración ya que reflejan la concepción del Tribunal en cuanto al discrimen por condición social.

El honorable juez Rebollo López emitió una opinión de conformidad a la que se unieron el honorable juez Rivera Pérez y la honorable juez Fiol Matta. En la misma expresaron que condición social es una situación o estado especial en que se encuentran los miembros de un grupo específico en nuestra sociedad, que por motivo de sus características en común y por tratarse de un sector tradicionalmente estigmatizado, son objeto de marginación y trato deferencial³⁴³. También expresaron que para

³³⁸ *Id.*

³³⁹ *Id.*, 5.

³⁴⁰ *Id.*, 6.

³⁴¹ *Id.*

³⁴² *Id.*, 6-7.

³⁴³ *Id.*, 21.

que una clasificación basada en la condición social de la persona se considere sospechosa bajo nuestra Constitución la misma tiene que ser el resultado de una marcada y constatable tendencia social a relegar a las personas situadas dentro de dicho grupo³⁴⁴. Estos tres jueces reconocen que un ex convicto es estigmatizado por la sociedad por haber sido condenado, aun cuando ha cumplido su deuda³⁴⁵. Por lo que concluyen que la condición de ex convicto es una condición social, por ende está prohibido por la Constitución discriminar por tal motivo³⁴⁶. Me parece que ésta es una visión acorde con el principio de igualdad y dignidad humana dispuesto en la Carta de Derechos de nuestra Constitución. No obstante, las expresiones de la opinión disidente emitida por el honorable juez Fuster Berlingeri, a la cual se unieron el honorable juez presidente Hernández Denton y la honorable juez Rodríguez Rodríguez³⁴⁷, nos presentan una perspectiva distinta. La opinión disidente establece que reconocer la categoría de ex convicto dentro del concepto de condición social sería proscribir jurídicamente el discrimen contra los indigentes, los homosexuales, los físicamente incapacitados, los dementes, los deambulantes y los ex confinados³⁴⁸. Además, indica que la interpretación propuesta por el demandante extendería el discrimen por condición social para abarcar el trato desigual con estigma social experimentado por todos los grupos de personas desfavorecidas y que tradicionalmente han sido objeto de burlas³⁴⁹. De acuerdo a la opinión de los jueces disidentes las puertas del Tribunal deben cerrarse a los grupos tradicionalmente excluidos, ya que según ellos la Constitución no los cobija. Me parece un contrasentido que los jueces disidentes opinen de esta manera, mientras la Ley

³⁴⁴ *Id.*

³⁴⁵ *Id.*

³⁴⁶ *Id.*, 22.

³⁴⁷ *Id.*, 39 (Opinión disidente del Juez Fuster Berlingeri, a la cual se unieron el Juez Presidente Hernández Denton y la Juez Rodríguez Rodríguez).

³⁴⁸ *Id.*, 40.

³⁴⁹ *Id.*

de la Judicatura dispone que la Rama Judicial será accesible a la ciudadanía y prestará servicios de forma equitativa³⁵⁰.

Aunque en el antedicho caso, Rosario obtuvo un remedio en ley la decisión no sienta un precedente por la división del Tribunal. Siendo ello así, los demás ex convictos no tienen protección constitucional ante los discrimenes que tendrán que afrontar por sus errores pasados. La sociedad continuará estigmatizando a estas personas quienes aún en la libre comunidad y fuera de los barrotes continuarán cumpliendo una condena.

VI. Otras formas de desigualdad social

El trato desigual, trasciende la esfera jurídica y se manifiesta en el contexto social. Así por ejemplo, a pesar de que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró la segregación racial inconstitucional, hoy día el blanco continúa percibiéndose como superior a la raza negra. Ello queda evidenciado al mirar las desigualdades económicas entre negros y blancos. Los ingresos de las personas de raza blanca son más altos que los de la raza negra, por ende los primeros tienen mejores condiciones de vida que los últimos³⁵¹.

Por otro lado, los inmigrantes también son vistos como los delincuentes y los pobres que viajan a los Estados Unidos a “vivir del gobierno”. Sin embargo, los inmigrantes luego de recorrer largos y peligrosos caminos llegan a realizar el tan anhelado sueño americano, dispuestos a realizar extensas jornadas de trabajo y soportar los malos tratos por parte de los ciudadanos americanos³⁵².

³⁵⁰ Ley de la Judicatura del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 2003, Ley Núm. 21 de 22 de Agosto de 2003, 4 LPRA § 24a (Lexis 2009).

³⁵¹ Michael Powell, “*Wealth, Race and the Great Recession*”, sitio web “The New York Times”, entrada del 17 de mayo de 2010, consultado el 3 de abril de 2011. URL: <http://economix.blogs.nytimes.com/2010/05/17/wealth-race-and-the-great-recession/>.

³⁵² Arthur Brice, “La travesía mexicana de los inmigrantes que conduce a una fosa común”, sitio web “CNN”, entrada del 27 de agosto de 2010, consultado

A lo anterior se añade la construcción por el gobierno federal de una muralla entre la parte sur de los Estados Unidos y la frontera con Méjico para atajar el paso de los inmigrantes de manera ilegal por la frontera y supuestamente controlar el narcotráfico³⁵³. Pero esta muralla no es más alta que aquella que se eleva en las mentes de los que ostentan el poder en el gobierno tanto federal, como estatal. Como lo es la aprobación de una ley en el estado de Arizona, la cual catalogó de ilegal a todos los inmigrantes que trascendiera sus fronteras³⁵⁴. La ley permite que las autoridades registren, sin orden, si tienen una sospecha razonable de que la persona es un inmigrante ilegal. Sospecha que podría basarse en los aspectos físicos de la persona y por ende en su raza, en clara contravención de los derechos constitucionales. De la misma manera, la Generalitat de Cataluña tiene una política de mano dura contra los inmigrantes en situación irregular o que deban renovar sus permisos de residencia al disponer que estos deben dominar el catalán como requisito indispensable para la integración a la sociedad³⁵⁵.

Las políticas de exclusión de los inmigrantes deben cambiarse, las fronteras artificiales entre las naciones no deben considerarse legales o una excusa para excluir a las personas que traspasan las mismas en la búsqueda de condiciones de vida dignas³⁵⁶. Además, ¿cómo una persona puede ser ilegal si de acuerdo a la Declaración

el 5 de mayo de 2011. URL: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/27/la-travesia-mexicana-de-los-inmigrantes-que-conduce-a-una-fosa-comun>.

³⁵³ CNN, “*El muro combatirá el narcotráfico: Bush*”, sitio web “CNN”, entrada del 7 de marzo de 2007, consultado el 3 de abril de 2011. URL: <http://www.cnnexpansion.com/actualidad/2007/3/7/bush-asegura-muro-combatira-narcotrafico>.

³⁵⁴ Ariz. Rev. Stat. Ann. § 11(B) (West, 2011).

³⁵⁵ Miquel Noguer “Mas amenaza con expulsar a inmigrantes que no sepan catalán”, sitio web “El País”, entrada del 16 de marzo de 2011, consultado el 2 de abril de 2011. URL: http://www.elpais.com/articulo/espana/amenaza/expulsar/inmigrantes/sepan/catalan/elpepiesp/20110316elpepinac_14/Tes

³⁵⁶ William P. Quickley, *Revolutionary Lawyering: Addressing the Root Causes of Poverty and Wealth*, 20 Wash. U. J.L. & Pol’y 101, 143 (2006).

Universal de los Derechos Humanos todos somos hermanos y hermanas?³⁵⁷. Lamentablemente aún resta mucho camino por recorrer para que la sociedad reconozca y acepte las diferencias entre las personas.

De la misma manera las diferencias religiosas no son aceptadas en la sociedad. Ejemplo de ello lo es la reciente aprobación por el Senado Francés de una ley que prohíbe el uso del velo en público³⁵⁸. El argumento esbozado por la ministra de Justicia Francés, Michelle Alliot Marie, para defender la prohibición del velo es que “vivir juntos supone la aceptación de la mirada del otro”³⁵⁹. Precisamente, la aceptación se da cuando se puede mirar al otro, al distinto, tal cual es. Así que más que una cuestión de aceptación, la prohibición del velo³⁶⁰ es una cuestión de exclusión de una minoría por razón de sus creencias religiosas. Sin embargo, el Gobierno de Cataluña también proyecta regular el uso del velo bajo el pretexto de preservar la dignidad de las mujeres³⁶¹. Pero si ese es un libre ejercicio del culto, ¿qué de la dignidad de las mujeres que deseen practicar libremente su religión?

³⁵⁷ *Id.*, 144. Véase también, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 1.

³⁵⁸ Ana Teruel “Francia veta el ‘burka’ en la calle con un respaldo abrumador”, sitio web “El País”, entrada del 15 de septiembre de 2010, consultado el 2 de abril de 2011. URL: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Francia/veta/burka/calle/respaldo/abrumador/elpepisoc/20100915elpepisoc_5/Tes

³⁵⁹ *Id.*

³⁶⁰ Las mujeres musulmanas consideran el velo como un reflejo de fe, pureza y obediencia al islam. Para la mayoría de ellas el velo representa la devoción a su religión, el regreso a los valores islámicos. Susie Hawkins, *La Esencia del Velo* en, Ergun Mehmet Caner, *El Mundo del Islam y la Mujer Musulmana: Voces detrás del Velo* 97-98 (Portavoz 2003).

³⁶¹ El País “El Gobierno quiere regular el ‘burka’”, sitio web “El País”, entrada del 7 de marzo de 2011, consultado el 2 de abril de 2011. URL: http://www.elpais.com/articulo/cataluna/Gobierno/quiere/regular/burka/elpepie_spcat/20110307elpcat_6/Tes

A las diferencias rechazadas por la sociedad discutidas anteriormente, se añade la diferencia entre los sexos. Las mujeres viven subordinadas a los hombres, pues hasta el lenguaje tiene una construcción masculina ya que la mayoría de las palabras en el diccionario están en su forma masculina³⁶². Evidenciando así que lo masculino se percibe como la norma, mientras que lo femenino existe en función del primero³⁶³. Esa percepción del hombre como el paradigma en la sociedad es lo que impulsa la violencia sexual y los asesinatos de las mujeres en distintos países del mundo. En Puerto Rico, por ejemplo, tales actos desafortunados contra la mujer van en aumento cada día, ya que en los primeros meses de este año, 2011, se han registrado once asesinatos de mujeres en incidentes de violencia doméstica³⁶⁴. Mientras que en Nicaragua la situación es aún más alarmante, entre 1998 y 2008 se registraron más de 14,300 casos de violación, de las cuales más de dos tercios eran niñas menores de 17 años³⁶⁵. Situación que se agrava con la prohibición del aborto y la falta de apoyo para cuidar de la criatura una vez nace³⁶⁶.

VII. Conclusión

Es imperativo que como sociedad comencemos a reconocer la diferencia, reconozcamos que en este mundo en el que vivimos existen personas distintas, con pensamientos distintos. Aceptemos al Otro aunque tenga otro color de piel y aunque sus preferencias sexuales también sean distintas a las de la mayoría. Esto lo

³⁶² Alda Facio, “*El Derecho como Producto del Patriarcado*”, en Rosalía Camacho y Alda Facio, “*Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronos y otros Varones*” 8 (Llanud 1993).

³⁶³ *Id.*, 8.

³⁶⁴ Daniel Rivera Vargas, “Otra mujer asesinada por su pareja”, sitio web “El Nuevo Día”, entrada 28 de marzo de 2011, consultado el 2 de abril de 2011. URL: <http://www.elnuevodia.com/otramujerasesinadaporsupareja-925078.html>.

³⁶⁵ Amnistía Internacional, *Las niñas víctimas de violencia sexual alzan su voz*, Amnistía Internacional, Revista sobre Derechos Humanos Núm. 106 (Enero 2011).

³⁶⁶ *Id.*

podemos lograr como individuos mediante la educación y el aprendizaje, no podemos delegarlo al Derecho solamente³⁶⁷.

Sin duda, el Derecho es un instrumento útil de cambio social y adelanto de las luchas de las minorías en la sociedad, pero no es la única manera de lograr un cambio en la percepción de las personas hacia el Otro. El ordenamiento jurídico no es la única manera de lograr el cambio porque las violaciones de los derechos humanos no son sólo violaciones de la ley³⁶⁸, ya que los seres humanos tenemos derechos por nuestra condición como tal y no porque la ley los prescriba. Por tanto, actuar en menoscabo de los derechos humanos trasciende los estatutos, es una lesión a la dignidad de la persona, aquello que la caracteriza del resto. Por eso es necesario abandonar la concepción individualista de los derechos humanos, limitado por los derechos que la ley le reconoce a los demás³⁶⁹. Esa concepción de que “mis derechos comienzan donde terminan los tuyos”, visión que sólo respeta, en el sentido de no violar los derechos de los demás³⁷⁰. Dicho pensamiento se circunscribe al respeto impuesto por la ley, pero no a la aceptación del Otro porque la ley no obliga a ello. Este es el discurso que debe cambiarse si de verdad aspiramos a una mejor sociedad, una en donde en lugar del individualismo e indiferencia imperen la solidaridad y el respeto al Otro, incluyendo al distinto.

³⁶⁷ Pierre-Henri Imbert, *Los Derechos Humanos en la Actualidad en Monografías Jurídicas: Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio* 84 (Marcial Pons 1996).

³⁶⁸ *Id.*

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ *Id.*

Oficina de Iniciativa Comunitaria y Bases de Fe: Vistazo de su desarrollo con un enfoque constitucional bajo la Cláusula de Establecimiento.

Gaily M. Bultrón Pereyra³⁷¹

In the words of Jefferson, the clause against establishment of religion by law was intended to erect 'a wall of separation' between church and state.

*Justice Hugo Black, Everson v. Board of Education*³⁷²

I. Introducción

Las instituciones de una nación o país se definen en: sector público, manejado por el gobierno y el sector privado, que son organizaciones y corporaciones con fines de lucro. Por las pasadas décadas ha aumentando el desarrollo de organizaciones sin fines de lucro, tanto secular como religioso, para apoyar al desarrollo pleno de la población. En su mayoría atienden problemas sociales no atendidos en su totalidad por el Gobierno y son enfocados a personas con necesidad. Aunque no se limita a esto ya que también los hay para animales y el ambiente. Sí, tienen en común el llenar un vacío de servicios y de conciencia social que el gobierno no puede o no quiere suplir de manera efectiva.

Este tercer sector ha sido definido de muchas maneras por diferentes escritos. El alto crecimiento del mismo, la alta delegación de responsabilidad indirecta o directamente entregada a estos y la confianza del ciudadano hacia ellos, ha creado que cada día mas se hablar sobre ellos y se estudia su desarrollo. La creación de empleos directos que crean han llevado a desarrollar la idea del llamado *Profesionismo dentro las instituciones sin fines de lucro*, también el desarrollo de técnicas gerenciales que vayan

³⁷¹ Estudiante de segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

³⁷² 330 US 1 (1947).

más acorde con los objetivos de estas organizaciones. Otros autores han descrito este crecimiento como el “fracaso del gobierno” o “fracaso del mercado”.³⁷³ Otro entienden que es un “enfoque altruista” de viejos males de la sociedad.

Como quiera que se defina, se puede concluir que es un conjunto de organizaciones creadas por personas y entidades con deseos de ayudar al más necesitado o crear conciencia de nuestro entorno y de cómo protegerlo. Este sector ha sido por muchos años el “alivio” del Estado Benefactor cuando no cumplen con su deber social. Son las instituciones donde descansan los ciudadanos, en muchas ocasiones como primera opción, para buscar ayuda a sus problemas.

El objetivo de este artículo es mirar como el Estado ha creado vías para facilitar el desvío de fondos públicos hacia estas instituciones. Como veremos en la creación de estas vías se enfatiza en incluir a Comunidades con Bases de Fe, entiéndase iglesias. Esto despierta una bandera roja al mirar las cláusulas constitucionales que prohíben el establecimiento de una religión por parte del Estado. Se mirara el trasfondo de estas medidas y el desarrollo de las medidas y de cómo el gobierno ha respondido a ellas. Nos enfocaremos en mirar cómo se puede tener una violación a la cláusula de establecimiento estas medidas.

Con este escrito no se pretende menospreciar la labor ardua, responsable que realizan estas instituciones. Reconozco y se de primera mano la labor que realizan las organizaciones sin fines de lucro. La intención es mirar críticamente la relación entre las ayudas económicas realizadas a comunidades con bases de Fe y las repercusiones constitucionales que esto pueda acarrear.

II. Cláusula de Establecimiento

³⁷³ Tesis de Burton Weisbrod discutida en: “*The New Theory of government non-profit partenship: A Hayekian critique of the Salamon paradigm*”. David L. Prychtic.

http://www.conversationsonphilanthropy.org/PDFs/Prych_Boettke.pdf
(accedido el 20 de septiembre de 2011)

Antes de adentrarnos en como el gobierno apoya al llamado tercer sector, demos un vistazo a la Constitución de EEUU y Puerto Rico, para así sentar las bases del estudio.

La Constitución de EEUU en su primera enmienda establece: *“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”* . Esta cláusula es conocida como la Cláusula de Establecimiento. Cuando fue promulgada se hizo con el propósito de establecer una separación entre iglesia y estado. Al igual prohibir que el Gobierno estableciera, patrocinara o discriminara contra una religión sobre otra.

Si miramos la historia de EEUU podemos ver cómo ha cambiado el Congreso, la Rama Ejecutiva y el Tribunal Supremo sobre la visión de esta enmienda. En sus inicios se marcaba una separación tajante entre el Estado y la Iglesia, sin embargo con el pasar del tiempo esta clausula ha sido modificado en su interpretación para permitir una relación más estrecha en la iglesia y el estado. Dichas interpretaciones han llegado que el más alto foro judicial avale decisiones de estados y leyes del Congreso que permita la entrega de libros por parte del Estado a escuelas religiosas, que se mantengan monumentos claramente religiosos en lugares públicos y que se mantenga frases tan tradicionales como el ‘In God we Trust’ en la moneda, el “So help me God” en la juramentaciones y el controversial “Pledge of Allience”³⁷⁴

La Constitución de Puerto Rico establece *“No se aprobará ley alguna relativa al establecimiento de cualquier religión ni se prohibirá el libre ejercicio del culto religioso. Habrá completa separación de la iglesia y el estado.”*³⁷⁵ El mandato constitucional

³⁷⁴ Legal Info Institute. Cornell University Law School. <http://www.law.cornell.edu/> (accedido el 20 de septiembre de 2011)

³⁷⁵ Constitución de Puerto Rico Artículo II, Sec. 3.

de Puerto Rico establece una “pared” aun mayor entre la iglesia y el Estado en comparación con la Constitución de EEUU.

III. Creación de la Oficina en Estados Unidos

El Presidente George W. Bush un conocido converso cristiano, entro a la presidencia con el objetivo de apoyar al llamado Tercer Sector. Como parte de su interés por apoyarlos, en 29 de enero del 2001 creó la orden ejecutiva 13199 titulada “*Establishment of White House Office of Faith – Based and Community Iniatives*”. En la introducción se explica que la misma es para coordinar a nivel nacional esfuerzos para que las organizaciones comunitarias y de bases de fe puedan competir de manera justa por obtener ayudas económicas federales. En la misma se reconoce la labor que realizan estas organizaciones por la comunidad y que la misma no puede ser reemplazada por el gobierno.³⁷⁶ Se establece una oficina con un oficial ejecutivo que trabajara junto con la Rama Ejecutiva para coordinar y establecer toda la política pública necesaria para lograr los objetivos de la oficina.³⁷⁷ La función principal, dentro de lo que permita la ley, es desarrollar, guiar cualquier política que afecte a este sector, expandir los roles que estos tengan en la comunidad y aumentar su capacidad.³⁷⁸ Dentro de los objetivos más relevantes están: 1. Crear actividades educacionales para movilizar ayuda pública a estas entidades; 2. Fomentar las donaciones del sector privado a estas entidades, 3. Informar al Presidente las preocupaciones, necesidades e ideas para apoyar la política pública, entre otros. Se establece que para su administración se podar crear: comités interagenciales, grupos de trabajos o establecer una oficina. La orden termina diciendo que la misma no crea ni da derechos a ningún ciudadano con respecto al Gobierno de EEUU, por tanto limita la revisión judicial de la misma.

³⁷⁶ Section 1. Policy.

³⁷⁷ Section 2. Establishment.

³⁷⁸ Section 3. Functions.

En el 2009, poco después de que entrara en posesión el Presidente Barack Obama, creó una orden ejecutiva para enmendar la antes creada por Bush.³⁷⁹ La misma, además de ampliar la orden ejecutiva de Bush crea un comité asesor para la Casa Blanca que trabajen directamente con la Oficina de Comunidades de Fe. Enmienda la primera sección, la cual escuetamente expresaba el porqué de la creación de la orden, para abundar sobre la importancia que tiene este sector en el desarrollo del país y en la erradicación de males como la pobreza, dar mentoría en las escuelas y rehabilitar exconfinados. Al igual incluye que se debe monitorear estas organizaciones para que cada dólar de los contribuyentes, sea utilizado correctamente, también que se asegure que estas organizaciones tengan resultados tangibles y medibles. En la sección 3 añade que los fondos pagados sean consistentes y que se garantiza la igual protección de las leyes, la libertad de culto y la prohibición del establecimiento de una religión.

Se establece el comité asesor del Presidente, su misión es reunir los diferentes líderes y expertos para que traigan sus ideas sobre cambios, nuevos desarrollos, recomendaciones y a su vez asesoren al Presidente para la creación de nueva política pública. Sus miembros serán nombrados por el Presidente por términos de un año, reelegibles. Los mismo harán una labor no remunerado pero si, se tendrán gastos de viajes. El Departamento de Salud y Servicios Humanos debe proveer todo material y apoyo a este comité para llevar a cabo sus funciones. Por último, nos dice que el Presidente consultará al Fiscal General sobre cualquier problema constitucional que pueda tener algún proyecto existente o futuro.

IV. Desarrollo en Puerto Rico

³⁷⁹ Amendments to Executive Order 13199 and Establishment of the President's Advisory Council for Faith-Based and Neighborhood Partnership.

En el 2003 se crea la ley para autorizar al Gobierno del ELA a contratar con organizaciones comunitarias y con bases de fe³⁸⁰. Se quiere destruir la barrera que siempre ha estado para no lograr este propósito. Se reconoce en la exposición de motivos el valor social y el gran trabajo que estos grupos realizan. Se pretende que estos grupos puedan ser elegibles de la misma forma que las demás organizaciones seculares. Todo esto nace de la reforma de bienestar social que realizó el Presidente Bill Clinton tiempo antes, en la cual incluía una cláusula de selección caritativa. En la misma se pretendía derrumbar la misma barrera. Dicha cláusula no fue cambiado por el Presidente Bush, es más él fue más allá como ya hemos visto antes. Dicha ley tuvo una enmienda en el 2005 que no hizo grandes cambios en el propósito sin embargo nos habla de la creación de un protocolo, el cual no se sabe ni quién lo va a realizar ni como se publicara.

En el 2005 el gobernador Aníbal Acevedo Vila, promulgo la orden ejecutiva 2005OE32 para “*Crear la Iniciativa de Grupos Comunitarios y Basados en la Fe y la Oficina de Enlace en la Fortaleza*”. La misma comienza expresando el interés de su administración de apoyar y darle oportunidades de progreso y desarrollo a las Organizaciones Comunitarias³⁸¹. Al igual que las órdenes de EEUU reconoce al importancia que tienen estas organizaciones al desarrollo del país. Entiende que el trabajo en conjunto es fundamental para promover la familia, el bienestar de los niños y la rehabilitación de adictos y exconfinados. De hecho, se toma como política de la administración el alentar a estos grupos comunitarios a que realicen esta labor³⁸². La Oficina de Enlace se crea para apoyar a estos grupos a conseguir ayudas económicas y que puedan competir equitativamente con organizaciones con fines de lucro. Al igual crea un comité asesor

³⁸⁰ Ley Núm. 131 de 16 de mayo de 2003, *Para autorizar al Gobierno del ELA a contratar con las organizaciones comunitarias y de base religiosa y otras organizaciones seculares con o sin fines de lucro y asignar fondos para proveer asistencia social.*

³⁸¹ 1er Por Cuanto.

³⁸² 3er y 4to Por Cuanto.

que se compondrá de representantes de la comunidad, de organizaciones con bases de fe, funcionarios y especialistas en conducta humana y rehabilitación. Sus funciones son bien parecidas a las creadas por el Presidente Bush en su orden del 2001. Como crear actividades educativas para las organizaciones, asesorar al gobernador para crear política pública en interés a estos sectores. Otras medidas son alentar a que estos grupos colaboren con programas ya creados por el Gobierno, ayudarlos a redactar las propuestas necesarias para la solicitud de fondos y mirar como se puede eliminar las barreras burocráticas para conseguir de manera más fácil y eficaz los fondos. Se solicita a la oficina crear un informe anual sobre sus actividades y los logros obtenidos. Al igual se nombra una persona enlace en 11 agencias para facilitar el flujo de información entre las mismas y las organizaciones. Estas agencias deben proveer toda la información que las organizaciones requieran y la oficina de Enlace.³⁸³ Esta orden, también, crea un fondo que se nutrirá de fondos públicos y privados como un fondo de apoyo para estos grupos.

En el 2007 se realiza una enmienda a la orden ejecutiva para cambiar la composición de la Oficina Enlace para agilizar su labor. Nos habla del deber del Gobierno de erradicar la pobreza y llevar a los ciudadanos a la autosuficiencia.³⁸⁴ Se habla por primera vez de que las funciones de la oficina no deben lesionar los parámetros constitucionales de separación de iglesia y Estado. Amplia las funciones de la oficina y delimita las áreas de vulnerabilidad social, las cuales son diversas, que deben atacar las organizaciones comunitarias.

En el 2009, poco después de entrar en posesión el Gobernador Luis G. Fortuño promulgo la orden ejecutiva 2009OE012 para “*Crear la Oficina del Gobernador para las Iniciativas Comunitarias y de Base de Fe en la Fortaleza*”. Esta orden deroga las ordenes promulgadas por el Gobernador Acevedo Vila. Al igual que las órdenes ejecutivas que le precedieron comienza

³⁸³ 5to Por Cuanto

³⁸⁴ 2do Por Cuanto

enfazando la gran labor del tercer sector y su compromiso por apoyarlo y cito: *“Esta Administración interesa trabajar en coordinación con el tercer sector para fortalecer nuestras comunidades, tanto en el ámbito económico como en su desarrollo espiritual y humano, creando conciencia social y fomentando el desarrollo de valores.”*

La orden crea una oficina con un Director Ejecutivo nombrado por el gobernador y el personal administrativo necesario.³⁸⁵ Junto a este trabajara una Junta Asesora que se compondrá de 10 miembros: 2 representantes de la comunidad, 3 representantes de organizaciones basadas en la Fe, 1 representante de la Unidad de Organizaciones Comunitarias adscritas a la OCAM y 1 representante de Hacienda, Educación, Departamento de Estado y Junta de Planificación. Las responsabilidades son básicamente las mismas esbozadas en las órdenes ejecutivas de Acevedo Vila y el Comité Asesor del Presidente Obama. Adicional se determina que la oficina organizara junto a la Asamblea Legislativa el “Foro Anual de las Organizaciones sin Fines de Lucro”.³⁸⁶ Termina diciendo que cada clausula es separada y que si se declarase inconstitucional alguna clausula todas las demás seguirán vigentes.

En septiembre del 2009 se realiza una enmienda a la misma para añadir tres miembros adicionales a la Junta Asesora. En ambas órdenes ejecutivas se habla de crear enlaces en las agencias para poder facilitar la información que requerían estas instituciones. No obstante, en febrero del 2011, nuestra Asamblea Legislativa crea una ley³⁸⁷ que claramente dispone la creación de estos enlaces. Esta ley determina como el jefe de Agencia va a nombrar a una persona que sea empleado de la agencia como enlace. Enumera las funciones de la misma y especifica claramente que no se contratara personal adicional para esto.

³⁸⁵ Sección 2

³⁸⁶ Sección 5

³⁸⁷ Ley Núm. 5 de 17 de febrero de 2011 conocida como: *“Ley para disponer que todas las agencias gubernamentales cuenten con una persona enlace para grupos comunitarios y basados en la fe.”*

V. Proceso para la obtención de ayudas

El proceso de obtención de ayuda puede ser variado. Hay numerosos portales de internet tanto del gobierno federal³⁸⁸ como de los estados. En los mismo se muestran listados de las ayudas disponibles y como solicitarlas. En el caso de Puerto Rico la oficina no cuenta con una página de internet donde se muestre toda la información, sin embargo municipios como Trujillo Alto si tiene información en la red.

Las oficinas federales como Vivienda, Justicia y Salud que claramente se les ordena a promover y ayudar a estas comunidades lo hacen efectivamente a través de sus portales de internet³⁸⁹. En los mismos, podemos encontrar un sin número de listas y enlaces diseñados para apoyar a los grupos. Dichas agencias al igual están obligadas a proveer espacios de entrenamiento a las organizaciones para que puedan solicitar ayudas y crear propuestas a la altura de las demás asociaciones y puedan competir en el mismo nivel, como es, uno de los propósitos de las órdenes ejecutivas. Mirando dichos páginas de internet encontramos la gran preocupación gubernamental de que estos fondos sean utilizados por comunidades de fe y que en muchas ocasiones están siendo obtenidos por comunidades seculares.³⁹⁰

Como parte del esfuerzo por apoyar estas comunidades a competir, se crearon una Código de Regulación³⁹¹ (Code of Regulations) que están en el Titulo 28 de Administración Judicial. Estos códigos desvanecen todas las trabas gubernamentales previamente establecidas para contratar con estas organizaciones y ofrecerles ayuda. Las mismas refuerzan el amplio esfuerzo de apoyarlas.

³⁸⁸ <http://www.us-government-grants.net>

³⁸⁹ www.jusice.gov, www.hub.gov, www.hrsa.gov

³⁹⁰ <http://www.us-government-grants.net>

³⁹¹ Title 28: Judicial Administration, Part 38 – Equal Treatment for Faith-Based Organizations.

El Departamento de Justicia también como parte de su labor realizó un comunicado para explicar las repercusiones judiciales que puede traer el alegado discrimen por religión en el ámbito dentro de las organizaciones religiosas. Dicho comunicados explica que las mismas sí, pueden discriminar por cuestión de credo, a pesar de que las oficinas que otorguen las ayudas lo prohíban. Entiende que sería una carga innecesaria y adicional solicitarla que no discrimen ya que atentaría contra las bases religiosas de su organización. Esto es importante dentro del proceso de solicitar ayudas ya que crea una diferencia dentro de la “competencia equitativa” que se quiere promover. O sea, que cualquier otra organización privada secular que reciba fondos gubernamentales no puede discriminar por ningún motivo para poder cumplir con la ley, sin embargo una organización religiosa que se supone que brinde servicios de índole social sin utilizar sus creencias religiosas pueden tener políticas discriminatorias por credo en su ámbito laboral. Entonces de que competencia equitativa es que estamos hablando, basado en que se puede sostener este argumentos del Departamento de Justicia, pues en ninguno. Yo puedo entender que para reclutar un pastor o personal de oficina parroquial o para el funcionamiento de la iglesia se prefiera alguien que comparte el credo, es lógico. Sin embargo para dar servicios a la comunidad como salir de las drogas utilizando un método no religioso porque se necesita tener el mismo credo. Como se discute más adelante por más que nos indigne no hay mucho espacio para retar este tipo de actuaciones.

VI. *Hein v. Freedom from Religion Foundation Inc.*

Al leer toda este esfuerzo del ejecutivo y algunas legislaciones, junto a las numerosas cantidades de dinero que estas disponibles, cabria preguntarnos: alguien podría atacar todo esto judicialmente? Se podría poner a prueba la constitucionalidad de esta oficina y sus funciones? Bueno, pues esto ya se hizo, y una decisión donde el Tribunal Supremo de Estados Unidos se dividió en tres grupos y no se encontró una mayoría clara. Este es el caso de *Hein v.*

Freedom from Religion Foundation Inc.,³⁹² en este caso el Freedom from Religious Foundation Inc., un grupo en contra de la utilización de fondos públicos para apoyar grupos religiosos que promueven servicios sociales. Dentro de sus alegaciones, dicen que la oficina presidencial y sus dependencias crean conferencias para anunciar los materiales, donde abiertamente se dé un mensaje religioso y donde se prefieren grupos religiosos sobre grupos seculares. Entienden que esto viola la Clausula de Establecimiento. Su única base para su legitimación es que sus miembros individualmente son contribuyentes. Se apoyan en el caso *Flast v. Cohen*,³⁹³ en dicho caso se creó una excepción a la acción del contribuyente. En el mismo se la da legitimación activa al contribuyente mientras se ataque una acción gubernamental (del Congreso) que atente contra la Clausula de Establecimiento.

La corte de Distrito desestima por falta de legitimación activa ya que entienden que la excepción de *Flast v. Cohen*,³⁹⁴ es solo para atacar una actuación congresional. El Séptimo Circuito revocó, indicando que cualquier persona tendría legitimación como contribuyente si la actuación gubernamental tenía un incremento en el costo del publico mayor a cero, dentro de la Clausula de Establecimiento.

El Tribunal Supremo lo revoca. Como dije anteriormente el Tribunal se dividió en tres grupos. Uno de ellos compuesto por los jueces Alito y Kennedy fue la acogida. Estos, primero discute que las cortes federales se limitan a casos y controversias. Reiteran la doctrina de *Forthingham v. Mellon*³⁹⁵ de no legitimación de contribuyente. Discuten la excepción de *Flast*³⁹⁶, y acentúan que es una pequeña excepción que debe ser usada con rigor. La misma se limita solo a actuaciones del Congreso y no se extiende a

³⁹² 551 US 587

³⁹³ 392 US 83

³⁹⁴ ID, supra

³⁹⁵ 262 US 447, En este caso se niega la legitimación a un contribuyente meramente alegando este status para cuestionar una actuación congresional.

³⁹⁶ ID, supra

cualquier actuación de Gobierno. Entiende que el nexo encontrado en *Flast* no está presente en este caso. A pesar de que los demandantes insisten en que no debe diferenciarse entre gastos del congreso y los discrecionales del ejecutivo, el Tribunal Supremo determina que si hay diferencia. El Tribunal Supremo entiende que al ser actuaciones discrecionales el permitir la legitimación a cualquier contribuyente traería un problema de separación de poderes ya que se convertirían en superintendentes de las actuaciones del Gobierno. Deja claro que *Flast v. Cohen*³⁹⁷ no es extendido ni tampoco revocado.

Los jueces Scalia y Thomas los cuales hicieron una opinión concurrente conforman el segundo grupo. Estos entienden que *Flast* debe ser revocada ya que va en contra del Artículo III. Entienden que solo hay dos opciones o permitir a todos los contribuyentes que aleguen un daño por mal manejo de fondos bajo la Clausula de Establecimiento o revocar a *Flast* y no permitirlos. Entiende que la diferencia que hace la opinión de pluralidad de diferenciar las actuaciones del Congreso de las ejecutivas no tiene base. También entienden que fallan en no reconocer que *Flast* solo se basa en un daño mental. Entienden que el hecho que un contribuyente entienda en su mente que el dinero público se utiliza de mala manera no debe dar legitimación.

El tercer grupo compuesto son la disidencia, los jueces: Souter, Stevens, Ginsburg y Breyer. Empiezan haciendo un recuento de las palabras de Madison de que nadie debe ser obligado a pagar impuestos para sostener una religión. Entienden que los demandantes no querían extender *Flast* sino aplicarlo. Entienden que cuando el Ejecutivo gasta dinero en organizaciones religiosas no es menor daño que cuando lo hace el Congreso. Afirman el respeto por los tres poderes del Estado pero entiende que la clausula de establecimiento no excluye al ejecutivo. Terminan la opinión recordando que en otros casos se ha dado legitimación por meramente danos estéticos, ambientales y otros que van mas allá de danos físicos. No pueden entender como estos tienen mayor

³⁹⁷ ID, supra

peso que el hecho de que el ejecutivo este usando fondos públicos para apoyar religiones, como se alega en este caso.

Luego de este resumen, me pregunto ¿hay una diferencia real entre un acto congresional y uno ejecutivo? El dinero utilizado por el ejecutivo surge de una separación que se realiza del presupuesto general el cual otorga el Congreso. Dicho dinero llega al ejecutivo sin restricciones, por tanto este puede utilizarlo para lo que desee, como para las preocupaciones (o caprichos) del Presidente (y se sus “amigos). Este dinero sigue siendo el dinero de los contribuyentes y entonces ¿qué diferencia tiene quien le ponga un uso a ellos, si sigue siendo nuestro dinero? La decisión del Tribunal Supremo lo que demuestra en mi opinión, es un deseo por cerrar los tribunales a los contribuyentes a pesar de otorgar una pequeña excepción en el pasado. Vemos como algunos hasta hablan de revocar la misma. Sería difícil entonces ver a quien le podrían dar legitimación activa para atacar esta acción ejecutiva. Se me ocurre que podrían dársela a un grupo secular que haya sido claramente discriminado sobre uno religioso. Sin embargo la tarea de probar el discrimen sería tarea difícil. Sería entonces una oportunidad para atacar la constitucionalidad? , no tendría respuesta a esta pregunta y poca esperanza de que el caso llegue y lo permitan. El Tribunal da indicios de apoya a este acto del ejecutivo que sigue siendo avalado pasado los años. Políticamente se ha ido aceptando más esta destinación de fondos públicos a grupos religiosos, claro al final son un gran número de votos que reciben.

VII. Conclusión

En conclusión, luego de este corto recuento histórico de la creación de este esfuerzo gubernamental, podemos ver como cada día más se quiere apoyar más a las entidades con bases de fe en esfuerzos sociales. La mejor manera de describir toda esta maquinaria gubernamental es “el fracaso del Estado en atacar los males sociales”. No es que pretenda que el Estado resuelva todo sin embargo, como Estado benefactor que lleva tiempo siendo

como podemos concebir que por lo menos no cree planes de acción desde adentro y prefiere entregar dinero a organizaciones sin ningún tipo de supervisión. En la falta de supervisión es que radica el mayor problema, no es que no ayuden a estas nobles causas que tanto bien hacen sino que, procuren que la utilicen responsablemente. Como tú y yo contribuyente podemos velar que no se creen templos con dinero público, pues no podemos. Además no sería lógico concebir al Estado metido dentro de las arcas de la Iglesia velando cada movimiento. Yo no creo que ninguna Iglesia lo permitiría por más dinero que recibieran. En el momento que el Estado empiece a crear estas salvaguardas veremos más claridad de ambas partes en el uso y manejo de estos fondos. Adicional si la idea es crear un campo equitativo de competencia donde lo que importe son los méritos de los programas y no su religión, ¿porque la preocupación de que hayan fondos con bases de fe que lo utilicen los seculares? Esto simplemente denota que la idea principal era apoyar a las comunidades de fe y burlar la cláusula de establecimiento si la vemos desde su óptica más amplia.

Debemos mirar el propulsor más grande que ha tenido este movimiento George W. Bush un republicano que a su vez es un cristiano converso, que sabemos que tiene grandes lealtades a la religión, aunque algunas de sus acciones no lo parezca. Por tanto sería forzoso concluir que su interés principal eran las organizaciones religiosas, claro algún asesor tuvo que haberle dejado saber las repercusiones de no hacerlo con un poco de cautela y un acercamiento un tanto secular.

Si nos vamos al caso de Puerto Rico, vemos como el revuelo mayor de este movimiento es bajo la gobernación de Luis Fortuño, el cual como todos se exhibió en diferentes iglesias durante su campaña, se reúne con grupos religiosos en la Fortaleza y como sabemos un republicano conservador. El mismo al crear la oficina nombro al Pastor Heredia, conocido por sus posturas conservadoras y por trabajar bien de cerca con Fortuño y su agenda. El mismo pastor que ha encabezado numerosas

oposiciones a legislaciones de avanzada que a su entender violan los designios de Dios. Entonces si la oficina es para toda comunidad ¿Por qué no nombrar a una persona laica? Bueno, sería una buena pregunta para el que lo nombró, o sería un buen indicio de las verdaderas intenciones. En estos momentos la oficina de Fortaleza tiene otro Jefe y no cuentas con fondos suficientes para lograr sus propósitos, apenas cuentan con una secretaria. Y cabe señalar, aunque sería tema de otra investigación que Heredia salió de la oficina silenciosamente bajo una nube de especulaciones sobre malos manejos de fondos, que al sol de hoy no se ha resuelto.

En fin, mi propósito era mirar con una mente fría la historia de este movimiento. Adicional mirar brevemente como todas las ramas gubernamentales lo apoyan. Vemos como el Congreso ha guardado silencio y como al primer ataque el Tribunal Supremo federal le cierra la puerta del tribunal en la cara a los que quisieron cuestionarla. En Puerto Rico ni el ejecutivo ni la legislatura han sido tímidos y de manera pública y abierta han apoyado y facilitado este movimiento. Como empecé no pretendo quitarle el valor a las asociaciones que promueven estos servicios, sin embargo tampoco puedo perder de perspectiva la base constitucional de ambas naciones. Si poco a poco le hacemos huecos a la “pared” que se quiso construir en un inicio entre Iglesia y Estado pronto simplemente se caerá.

Sobre la reacción a las disidencias: Políticas de criminalización en tiempos de “such is life”

*Yanira Reyes Gil*³⁹⁸

I. Introducción

La historia de Puerto Rico ha estado marcada por la sujeción y el coloniaje. 500 años de colonia española y ciento y pico bajo la colonia norteamericana han tenido efectos mayores en la formación de la identidad puertorriqueña y la cultura política en PR. Pero lejos de hablar de una reacción de sumisión o síndromes de estancamiento o resignación obligada, urge hablar de las insurgencias.

Así que empiezo nuevamente planteando el asunto desde una perspectiva algo más esperanzadora hago una contrapropuesta: La historia de Puerto Rico ha sido una historia de resistencias. La resistencia taína, de la cual no tenemos mucha evidencia por el exterminio al que fueron sometidos, las rebeliones esclavas, las quemadas de la caña, las huelgas de trabajadores, las luchas nacionalistas, las luchas estudiantiles, todas atestiguan la manera en que las insurgencias son parte fundamental del menú puertorriqueño. Ahora, estas insurgencias no se han dado en el vacío, no han sido ignoradas o toleradas. La reacción a las mismas evidencian su propia fuerza. El estado actúa de manera contundente. Y a eso dedico estas líneas, a la forma en que reacciona el estado ante las insurgencias. El Derecho y otros espacios institucionales actúan de manera interesante ante los reclamos de las gentes y sirven de espacio de justificación para medidas represivas.

Usaré como excusa el caso de los prisioneros políticos puertorriqueños, en especial aquellos arrestados en la década de

³⁹⁸ Ponencia presentada en el Coloquio “Ni una vida más para la toga”, Facultad Eugenio María de Hostos, Mayagüez, abril 2011.

los '80 asociados con la FALN³⁹⁹. Esta historia, cuenta la forma en que el estado criminaliza la actividad política disidente y cómo otras fuerzas, como los medios de comunicación ayudan a ese proceso.

II. Criminalización de actividades disidentes

Tiempos de crisis social son regularmente a la vez, tiempos de efervescencia social. Así, en momentos de guerra o crisis económica, las gentes se incomodan y no aguantan, por el contrario, manifiestan su inconformidad mediante la protesta social legal o creativa. En esos tiempos también y como respuesta, el estado intenta retener el control creando mecanismos de ley para forzar un control social artificial. El Derecho se presenta útil en estas coyunturas para facilitar mecanismos de control social forzado.

Hay una máxima en latín, *Inter arma silent leges* adjudicada a Cícero, que significa que en tiempos de guerra las leyes callan. La guerra es momento preciso para acortar las alas de los insurgentes y recoger vela. Así, durante todas las guerras en las que los Estados Unidos de América han sido parte, se ha visto un crecimiento de leyes que criminalizan las disidencias. Por ejemplo, la Primera Guerra Mundial fue escenario para la creación de leyes que criminalizaban la actividad política disidente en los Estados Unidos. Alarmados con los fuertes movimientos en contra de la guerra, el Congreso de EEUU aprobó la “Espionage and Seditious Act” de 1917⁴⁰⁰. Esta ley era una que no tenía nada que ver con el espionaje y que declaraba como crimen hacer falsas afirmaciones o afirmaciones que causaran insubordinación o deslealtad hacia las fuerzas armadas. Además, cualquier conspiración para causar deslealtad, insubordinación u obstrucción era fuertemente

³⁹⁹ Fuerzas Armadas de Liberación Nacional. Para más información véase, Fernández, R., *Prisoners of Colonialism: The Struggle for Justice in Puerto Rico* (Monroe, Maine: Common Courage Press 1994); Napoli, L., “*The Puerto Rican Independentistas: Combatants in the Fight for Self-Determination and the Right to Prisoner of War Status*”, 4 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 131 (1996).

⁴⁰⁰ Pub.L. 65-24, 40 Stat. 217, enacted June 15, 1917.

criminalizada. Las penas llegaban hasta los 20 años en prisión. Bajo esta ley cientos de ciudadanos fueron arrestados y encarcelados. Es en esta coyuntura que se da el famoso caso *Schneck v. US* (249 US 47, 1919) en el cual el Tribunal Supremo unánimemente confirmó una condena de prisión por distribuir boletines en contra del reclutamiento militar obligatorio. En ese caso, el Tribunal señaló: “When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no court could regard them as protected by any constitutional right.” De lo que se puede inferir, que en tiempos de paz la cosa sería distinta, lo que no ha resultado cierto.

La represión política no se ha restringido a periodos de guerra. Ha estado presente en momentos de “paz” y se convierte en la manera en la que el estado maneja la oposición política. No solo mediante la creación de leyes específicas que condenan la disidencia, sino mediante la negación selectiva de derechos a personas que el estado identifique como amenazas al orden por parte de cada rama del gobierno⁴⁰¹. Ejemplo de esto es la participación de agencias federales (CIA, FBI, IRS, U.S. Army) en la persecución, represión y vigilancia de ciudadanos activos en luchas sociales, políticas y comunitarias.

Momentos de crisis nacional y de efervescencia social surgen como escenarios perfectos para estas movidas. Así, los sesentas y setentas fueron décadas de profundo conflicto político. Movimientos sociales de negros/os, chicanas/os, feministas, movimientos en contra de la guerra, aparecieron como insurgencias necesarias en respuesta a la crisis social. La respuesta del estado, nuevamente fue la represión. Stout y Dello Buono en un trabajo del 1991 señalan: “Behind the tranquility depicted in the corporate storybooks, radical opposition continued and was subjected to a concerted strategy of repression directed from the highest levels of the U.S. government. This state repression was

⁴⁰¹ Schultz, B. and Schultz, R., “*It Did Happen Here: Recollections of political repression in America*” (Los Angeles: University of California Press 1989).

designed to annihilate all of its most radical political opponents, an approach best symbolized by the COINTELPRO campaign”⁴⁰². COINTELPRO fue (¿ES?) el sistema diseñado por el FBI para la eliminación de los movimientos que se consideraran más amenazantes a la seguridad nacional.

Estos mismos autores argumentan que la represión estatal evolucionó de acercamientos tradicionales a otras formas más elaboradas de represión. Una de esas formas es la criminalización de la oposición política. Este proceso es descrito como una estrategia en la que manteniendo la imagen neutral del estado, se busca manejar y controlar las resistencias mediante un proceso de “labeling”(etiquetamiento) extendido y organizado de movimientos políticos legítimos, identificándolos como crímenes comunes, actividades de terroristas fanáticos o amenazas injustas al orden público.⁴⁰³

III. Criminalización y actividad disidente en PR

En Puerto Rico la situación no ha sido distinta. Muchas instancias históricas demuestran cómo el gobierno (de Puerto Rico y de Estados Unidos) ha acudido a técnicas represivas en diversos momentos históricos para manejar la disidencia. Para mencionar algunas instancias, recordemos la reacción del gobierno puertorriqueño a la Revuelta Nacionalista del '50: el encarcelamiento de sobre 5,000 hombres, mujeres y niños que participaron o se sospechaba que habían colaborado con la rebelión. La ley de la Mordaza, la masacre de Ponce y Río Piedras. La acusación, procedimiento criminal y encarcelamiento de los cuatro nacionalistas en 1954, quienes se convirtieron en los presos políticos encarcelados por más tiempo en el hemisferio⁴⁰⁴. La

⁴⁰² Stout, K. and Dello Buono, R.. “*Political Repression as an Emergent Contradiction of State Repression: An Introductory Essay*” 338- 340 (Humanity & Society 1991).

⁴⁰³ *Id.*, pág. 343.

⁴⁰⁴ Nieves Falcón, 1995. “*Puerto Rico: The Costs of Colonialism*” *Canadian Dossier: Colonialism and Puerto Rican Political Prisoners*. (Canada: Ofensiva 1992).

implementación por parte del FBI del programa COINTELPRO (programa de contra inteligencia) en Puerto Rico, con el expreso propósito de controlar la oposición independentista en la isla⁴⁰⁵. El caso del Cerro Maravilla en 1978 evidenció las tácticas represivas del gobierno y la intervención de diversas ramas en el movimiento independentista⁴⁰⁶. Al igual que el caso de las carpetas que obligó al estado a aceptar públicamente que recurría a mecanismos de vigilancia contra sectores de oposición⁴⁰⁷.

El caso de la FALN demuestra el proceso de criminalización de manera clara. Entre los años 1980 a 1985 y luego de ser clasificados como la amenaza más significativa a la seguridad nacional de los Estados Unidos, alrededor de 30 personas fueron acusadas de conspirar en contra del gobierno de los Estados Unidos. Estas personas se declararon a sí mismas prisioneros políticos y de guerra, rehusaron reconocer la jurisdicción de las cortes norteamericanas sobre ellos y denunciaron estos procedimientos legales como parte de un esquema de represión a los movimientos independentistas en Puerto Rico⁴⁰⁸. Fueron acusados de ser miembros de la FALN, organización que había reclamado crédito por una serie de ataques contra agencias gubernamentales norteamericanas y corporaciones desde el 1974.

Como parte de mi trabajo de disertación doctoral estudié la transcripción del caso a nivel estatal y los partes de prensa de dos periódicos principales de la ciudad de NY y Chicago (éstos porque las actividades de la FALN se concentraron mayormente en estas áreas). Mediante este estudio pretendía ver el proceso de criminalización de los grupos disidentes no como un proceso

⁴⁰⁵ Churchill, W. and Vander Wall, J. *The COINTELPRO Papers* (Boston: South End Press. 1990).

⁴⁰⁶ *Id.*

⁴⁰⁷ Véase, *Noriega v. Gobernador I*, 122 D.P.R. 650 (1988).

⁴⁰⁸ Cramer, C. 1993. "Amnesty Petition for Puerto Rican Prisoners" *Canadian Dossier: Colonialism and Puerto Rican Political Prisoners*. (Canada: Ofensiva 1992).

unilateral y lineal sino como un proceso complejo en el cual participan varios actores, en particular el Derecho y los medios de comunicación.

Mi propuesta es que el proceso de criminalización tiene al menos tres procesos. Primero, la caracterización o estigmatización de la actividad disidente como criminales y terroristas, en ambos procesos el Derecho y los medios de comunicación actúan. Mientras la FALN se presentaba como grupo étnico (puertorriqueños) dedicado a la liberación nacional, el Derecho y los medios los llamaban terroristas y a sus actos abominables actos de terror (de hecho, en 69% de los partes de prensa estudiados se referían a la FALN como terroristas).

La segunda forma en la que se da ese proceso de criminalización es mediante la despolitización y negación de motivaciones políticas. Esto es, una negativa a cubrir o atender como relevante las causas o motivos de las luchas. En el caso de la FALN y los documentos analizados lo anterior es patente: el 64.9% de los documentos legales no contenían ninguna referencia a las motivaciones políticas de la organización y 86.5% obviaban completamente la discusión sobre la situación política de PR; situación que se repite en la prensa con 86.5%. Un movimiento político insurgente o disidente tiene su razón misma en la motivación política, descartado ese elemento, el Derecho y los medios tratan estos movimientos como meros caprichos, molestias o crímenes comunes.

Finalmente, y confieso el más que me interesa, el uso del miedo para justificar el control social. El Derecho y los medios presentan imágenes de terror y daños especulativos para justificar mecanismos de represión. Por supuesto, la reacción lógica a noticias de terroristas y terrorismo es miedo. Imágenes de muerte, destrucción y odio. Presentar a grupos insurgentes como terroristas, entonces pareciera justificar aterrorizarlos, controlarlos, penalizarlos. Por ejemplo, en el caso *United States of America vs. Alejandrina Torres, et. al.*, 751 F.2d 875, en el cual se discutía la

admisibilidad de videos de vigilancia grabados sin orden previa, el Juez utiliza el argumento del miedo para justificar la admisibilidad:

But we do not think there can never be a case where secretly televising people in private places is reasonable. The facts of the present case argue against so absolute an approach. The FALN has the plans, the materials, and the know-how to kill in mass. A sophisticated as well as lethal practitioner of urban terrorism, it meets to plan its operations and assemble bombs in safe houses leased under false names. Alert to the possibility that its safe houses might be bugged by the FBI, it takes effective steps to defeat this form of electronic surveillance, making it highly resistant to conventional methods of law enforcement even as enhanced by modern techniques of overhearing conversations. We do not think that the Fourth Amendment prevents the government from coping with the menace of this organization by installing and operating secret television cameras in the organization's safe houses.

O el "opening statement" del fiscal en el caso estatal en contra de la FALN:

Your Honor, Judge Mahon, Mr. Shabat, ladies and gentlemen. FALN, Fuerzas Armadas de Liberación Nacional Puertorriqueña, The Armed Forces for the National Liberation of Puerto Rico. Whether you use the anachronism (sic), Spanish, English, it means the same thing. Terrorist and terrorism. It means people who will do anything, including the spilling of blood, for the cause they want. (State of Illinois vs. Carlos Torres, et.al., Trial Transcript, June 29, 1980).

Los medios de comunicación tienen una práctica similar. Los movimientos sociales disidentes son regularmente presentados por los medios de comunicación como comunistas, dementes, rebeldes sin causa o hasta terroristas. Los medios pueden influenciar la manera en que estos grupos son evaluados por el público y a su

vez, justificar el trato represivo de instancias estatales, mediante la negación de cobertura a las motivaciones de sus acciones y la presentación de éstos como sectores problemáticos o inadaptados. Altheide⁴⁰⁹ argumenta que los medios de comunicación tienen el poder de definir eventos o situaciones como problemáticos o no, de interpretar realidades, de generar nociones de actividad política válida o inválida. El tratamiento que la prensa ofrece a movimientos sociales en disidencia puede provocar que el público los evalúe como grupos sociales legítimos o, por el contrario, como terroristas, inadaptados o fuera del ámbito de lo aceptable.

En consecuencia, estas caracterizaciones tienen efectos importantes en la manera en que el público reaccionará a tales grupos y sus actividades. Altheide explica que este poder entonces, coloca en manos de los medios de comunicación la capacidad de definir qué es lo que se apoya y qué se teme, lo que a su vez puede generar solidaridad o presión por parte del público para que elementos estatales ejerzan mecanismos de control social o represión.

El derecho, por su parte, ejecuta un rol ideológico es decir que el derecho es en parte un agente cultural o ideológico. Merry⁴¹⁰ sostiene que el derecho se ha movido de ser solo un modo de control social para convertirse en un sistema constitutivo de concepciones de orden y mecanismos para hacerlas valer. En otras palabras, el derecho es productor y reproductor de valores que serán adoptados por e impuestos a la sociedad en general. Pero, ¿cómo es que el derecho produce estas concepciones culturales? ¿Es acaso una función exclusiva del derecho?

Antonio Gramsci⁴¹¹ ofrece una concepción de sistemas culturales o ideológicos erigidos a partir de lo que llamó

⁴⁰⁹ Altheide, D. (1997). "The News Media, the Problem Frame, and the Productions of Fear" *The Sociological Quarterly*. 38 (4): 647-668.

⁴¹⁰ Merry, S, "Anthropology, Law, and Transnational Processes" 357- 379 (Annual Review of Anthropology 1992).

⁴¹¹ Gramsci, A., *Selections from the Prison Notebooks* (New York: International Publishers 1971).

hegemonía cultural. Este concepto ha sido definido como la manera en que una clase dominante garantiza su dominio sobre las clases y grupos subordinados a partir de la elaboración y consecuente penetración de instancias ideológicas en su cotidianidad⁴¹². El concepto de hegemonía incluye elementos de consenso ideológico y fuerza, en la imposición de valores e ideas. No se trata entonces, de que todos/as los/as integrantes de la vida en sociedad están de acuerdo en ideas de lo correcto y lo incorrecto, sino que esta base ideológica es impuesta a la sociedad.

La conceptualización de hegemonía desarrollada por Gramsci, conteniendo elementos de coerción, es la que rescato para esta propuesta teórica. En este esquema en el cual la fuerza juega un papel importante, el derecho aparece como el aspecto o instancia estatal que brinda las herramientas para ejercer esa fuerza antes descrita. De manera, que el derecho entonces lo presento como ideológico y coercitivo.

El derecho presenta ambos elementos: ofrece el elemento de fuerza y actúa en la construcción y diseminación de la base cultural e ideológica. Pero no actúa solo. La acción ideológica no puede estar dada por solo una instancia social o estatal, por el contrario, varias instituciones participan de este proceso. En palabras de Gitlin: “en sociedades capitalistas ninguna institución posee como única función la construcción de la hegemonía, y ninguna hace trabajo hegemónico por sí sola”⁴¹³. Dentro de este análisis de la represión de movimientos sociales disidentes, dos de estas instituciones aparecen como entes fundamentales: el derecho y los medios de comunicación⁴¹⁴.

Alexander argumenta que los medios de comunicación producen patrones simbólicos que generan los tejidos invisibles de lo social al nivel cultural así como el derecho crea la comunidad

⁴¹² *Id*, Gitlin.

⁴¹³ *Id*, pág. 254, traducción nuestra.

⁴¹⁴ Véase, Reyes, Yanira, *Derecho, medios de comunicación y movimientos sociales*, 38 Revista Jurídica UIPR 329 (2004).

en un nivel más concreto y real⁴¹⁵. Los medios de comunicación, como se discute previamente, moldean las opiniones y ofrecen las herramientas que la gente utiliza para interpretar su entorno social. Lo anterior incluye, por supuesto, la interpretación que se hace de los movimientos sociales en disidencia. Estas interpretaciones a su vez, pueden influenciar la manera en que las actividades llevadas a cabo por estos grupos y los grupos en sí mismos son manejadas por las instancias de control social adscritas al derecho.

IV. Conclusión

Puerto Rico vive momentos de mucha actividad social, lo que trae consigo mucha actividad del estado para detenerla. La criminalización tradicional está por todas partes, la aprobación de leyes como la Enmienda Tito Kayak⁴¹⁶ (haciendo delito grave la obstrucción de construcciones), las respuestas estatales a las insurgencias universitarias (como la criminalización de la protesta social mediante el uso de capuchas o la interrupción de labores académicas) combinadas con las actuaciones de persecución, agresión sexual y tortura a estudiantes universitarios; la violencia estatal con campañas de agresión al pueblo mediante proyectos de daño ambiental, las medidas anti-obreras de despidos masivos y nuevos códigos laborales y el desdén de las políticas de “such is life”; presentan un gran reto para las disidencias y aún mayor necesidad de ellas.

⁴¹⁵ *Id.*, Alexander.

⁴¹⁶ Ley núm. 158 de 29 de octubre de 2010.