

# EX PARTE AAR: IMPLICACIONES PARA LA IGUAL PROTECCION DE LAS LEYES

## CONVERSATORIO

*María Dolores Fernós\**

Presentación en el Conversatorio sobre Adopción por Parejas del Mismo Sexo, el caso Ex Parte AAR, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico el 25 de abril 2013, auspiciado por la Asociación Legal de Estudiantes LGBTT

“La Constitución no impide que las leyes dispongan situaciones distintas cuando el discrimen no es arbitrario ni responde a un principio de hostilidad contra un determinado grupo”.<sup>1</sup>

Aunque hay varios temas relacionados con el Derecho Constitucional que se discuten en las ocho opiniones publicadas en *Ex Parte AAR*,<sup>2</sup> se me ha solicitado aborde en este conversatorio la discusión sobre las implicaciones de la garantía de la Igual Protección de las Leyes en la evaluación y consideración de esta controversia. Acometo la encomienda con gran satisfacción sobre todo cuando las organizadoras del evento nos informaron que en la audiencia de esta tarde se encontrarían estudiantes y profesionales de otras disciplinas interesados en ampliar su entendimiento sobre los fundamentos jurídicos que dieron base a la decisión en el caso de *Ex Parte AAR*. Me alegró sobremanera la invitación ampliada porque este caso, con sobrada razón, ha llamado la atención de amplios sectores de nuestro país y se hace necesario que se puedan entender, no sólo por nuestra profesión y la comunidad jurídica en general, sino por toda la ciudadanía interesada, los procesos, alcances y limitaciones que dominan las decisiones judiciales en la protección de los derechos individuales.

---

\* Catedrática Asociada Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

<sup>1</sup> *León Rosario v. Torres*, 109 D.P.R. 804 (1980).

<sup>2</sup> 2013 T.S.P.R. 16.

Y es que el derecho tiene un efecto eminentemente ideológico e influye en la manera en que entendemos y conformamos las realidades. Por ello las determinaciones judiciales tienen un peso enorme en la formación del pensamiento social. Igualmente, cuando no se entienden las determinaciones de los tribunales y parecen injustas, arbitrarias, y hasta ofensivas a las concepciones sociales sobre la noción de justicia, se afecta la legitimidad de nuestro sistema de justicia. Consecuentemente, tiene una gran importancia promover estos espacios de reflexión y se justifica que realicemos esfuerzos por explicar y entender decisiones como éstas, elaborar en su significado y tal vez hasta extraer algunas conclusiones sobre lo ocurrido.

Una mayoría de quienes integran el Tribunal Supremo de Puerto Rico entendieron que las disposiciones del artículo 137<sup>3</sup> y especialmente del 138<sup>4</sup> del Código Civil son claras y no permiten la adopción que se solicitaba. Esto es así a menos que el mismo tribunal las declare inconstitucional, es decir, violatorias de alguna disposición expresa de nuestra Constitución. Pero la mayoría de los jueces concluyeron, tras un análisis jurídico de las normas constitucionales y estatutarias vigentes, que ambos artículos no eran inconstitucionales. Así por tanto, los validó y en consecuencia, determinó que la adopción no procedía.

Varias preguntas surgieron en la mente de la ciudadanía:

—¿Cuáles derechos o garantías de la Constitución de Puerto Rico podían haberse violentado por estas disposiciones del Código Civil?

—¿Podía el Tribunal Supremo haber declarado inconstitucionales ambos artículos?

—¿Qué formas y procesos, si algunos, permiten que ambos artículos se hubieran declarado inconstitucionales?

Y finalmente,

—¿Por qué el Tribunal Supremo no las declaró inconstitucionales?

Para ello, intentaremos explicar las doctrinas aplicables que permiten adentrarnos a entender la decisión del Tribunal.

Una de las disposiciones más importantes de la Constitución de Puerto Rico, que, por cierto, no la contiene la Constitución de los EE.UU., y que constituye la primera oración de la Sección Primera del Artículo II, titulado Carta de Derechos, expresa que “La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la Ley”<sup>5</sup>. Por “hombres”, sabemos, los integrantes de la Convención Constituyente, entendieron que estábamos incluidas las mujeres. Era 1952 y el lenguaje patriarcal dominaba en todos los escritos. Las mujeres estábamos subsumidas e invisibles no tan sólo en el lenguaje sino en las realidades políticas, económicas, sociales.

---

<sup>3</sup> Artículo 137 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. § 538 (Westlaw 2012).

<sup>4</sup> Artículo 138 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. § 539 (Westlaw 2012).

<sup>5</sup> Const. P.R. Art. II, § 1.

Recordemos que sólo una mujer, María Libertad Gómez, integró esa Asamblea Constituyente. Por ello, las voces de las mujeres y de otros sectores minoritarios en poder político, estuvieron ausentes de esos debates.

Lo resalto porque no debe pasar desapercibido cómo cambian los tiempos, cómo se construyen y reconstruyen las sensibilidades, y así también el lento pero inexorable reconocimiento de derechos para grupos que por tiempos inmemoriales carecieron de los mismos. Como era natural negarle derechos a éstos se ejecutaban acciones que hoy nos resultan inconcebibles.

La oración siguiente en esa misma Sección Primera de la Constitución del ELA expresa: “No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana”<sup>6</sup>. Por último, la sección 7 añade “[N]i se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes”<sup>7</sup>. La lectura de estas disposiciones constitucionales revelan la relación intrínseca entre la dignidad humana y el trato igual que nos debe el Estado a todas las personas, incluyendo las que pertenecen a grupos minoritarios a través de sus leyes.

Ala lista mencionada en la Sección Primera se le ha llamado lista de “clasificaciones sospechosas”. Es una denominación que provoca confusión. Pero lo que implica esta categorización es que los tribunales deben mirar con sospecha cualquier acción del Estado, de cualquiera de sus tres ramas, que establezca distinciones injustificadas entre personas si se establecieran por cualquiera de estas razones. Y “mirar con sospecha” bajo la doctrina establecida quiere decir, que al analizar la validez de la medida, los tribunales presumirán la misma inconstitucional, es decir, inválida bajo nuestro ordenamiento, y que le corresponderá al Estado probarle al tribunal que discriminó porque fue necesario hacerlo para lograr un objetivo muy importante, (apremiante le llamamos en nuestro léxico jurídico). Es decir, que no había otra forma de lograr ese objetivo sino a través de esta medida y, por ello, que el Estado no tuvo más remedio que discriminar. Obviamente, el Estado tiene que identificar ese interés apremiante y los tribunales avalar que efectivamente es un interés de tal magnitud que requiere una acción urgente.

A esta metodología de análisis se le llama en derecho el escrutinio estricto. Y es de fundamental importancia que se utilice al evaluar derechos que reclamamos porque si no se utiliza esta metodología, la otra metodología que utiliza el tribunal para evaluar la validez constitucional de las acciones del Estado es la que se llama escrutinio racional. Esta presume, por el contrario, que la medida bajo ataque es válida constitucionalmente. El Estado en estos casos solo tiene que probar que interesa lograr un objetivo legítimo dentro de sus funciones gubernamentales, (que, por cierto, son amplísimas e incluyen proteger la salud, la seguridad, el bienestar

---

<sup>6</sup> *Id.*

<sup>7</sup> Const. P.R. Art. II, § 7.

de la ciudadanía) y que la medida tiene una relación racional con el logro de ese interés gubernamental. Como es evidente, hay una diferencia sustancial entre ambos análisis. Es difícil para el Estado superar la presunción de inconstitucionalidad en un escrutinio estricto pero muy fácil superar una alegación de que una medida bajo ataque no satisface el escrutinio mínimo.

En consecuencia les expongo la enorme diferencia en el resultado de esta reclamación si el tribunal en este caso hubiera utilizado otro mecanismo al que utilizó. ¿Cuál mecanismo utilizó el tribunal en este caso? El escrutinio racional. ¿Por qué no utilizó el escrutinio riguroso, el escrutinio estricto, si los artículos 137 y 138 establecen diferencia por razón de sexo? La razón es que el Tribunal entendió que en la situación planteada no había discrimen por sexo, y como no había discrimen por razón de sexo, no correspondía la metodología rigurosa. Así que la pregunta central que corresponde examinar en estos momentos es si efectivamente las disposiciones del Código Civil discriminaban por razón de sexo, que ya identificamos es una de las categorías que los tribunales deben mirar con sospecha. El tribunal se hizo la pregunta de si los referidos artículos del Código discriminaban por sexo, si establecían diferencia basadas en sexo. Y, sorprendentemente, concluyó que no. ¿Por qué? La mayoría del Tribunal Supremo concluyó que como el Artículo 138 especificaba que la persona adoptante tenía que ser de un sexo opuesto al del otro progenitor y no se especificaba sexo particular alguno, por consiguiente, el artículo no aplicaba a un solo sexo, trataba igual a hombres y mujeres, y por ello, no había discrimen por sexo. Así de sencillo.

Esta conclusión evitó que se utilizara el escrutinio estricto. Así se evitó una presunción de inconstitucionalidad, y así se validó, de forma casi automática, el artículo 138. Puede parecerle lógico a primera vista a algunas personas esta conclusión de una mayoría del Tribunal. Pero un examen breve de la lógica aparente, revela el discrimen por sexo. Tenemos precedentes que ayudan en el análisis. Una situación similar se le planteó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en adelante TSEU) en 1967 cuando se cuestionó un estatuto del estado de Virginia que prohibía que personas de razas diferentes se casaran. El estado de Virginia alegó que el estatuto no discriminaba por raza ya que tanto se prohibía a personas blancas que se casaran con personas negras que a personas negras se casaran con las personas blancas. El tribunal no les compró la lógica. Por el contrario, de forma UNANIME, algo no muy frecuente, el tribunal determinó que el propósito del estatuto era discriminar contra la raza negra y no había otra razón o interés del estado de Virginia (y de decenas de otros estados que tenían leyes similares) que no fuera discriminar contra la raza negra. Por consiguiente declararon el estatuto inconstitucional.<sup>8</sup>

Lo inconcebible es que la alegación que no prosperó ante el TSEU en 1967 fue la posición de seis jueces en el Tribunal Supremo de Puerto Rico en este caso. ¡Cuarenta

---

<sup>8</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

y siete años después validaron un claro discrimen! Una lectura del artículo 138 nos revela que es precisamente por razón del sexo de una persona que se le niega a la otra persona la adopción pues si no fuera por su sexo, la adopción procedería. Siendo sexo clasificación sospechosa, el escrutinio debió ser estricto, el artículo 138 presumido inconstitucional y le correspondía al Estado justificar un interés apremiante que justificara el discrimen. ¿Cuál podía ser ese interés tan importante que superara una protección constitucional contra el discrimen por sexo, cual el interés que impidiera que esta mujer adoptara esta niña? El Tribunal habla de la defensa de la familia, a la que llama familia tradicional. ¿Pero, cuál es la familia tradicional en Puerto Rico? Familia es un concepto variable como saben sociólogos, psicólogos, antropólogos, investigadores y funcionarios gubernamentales, sobre todo aquellos que brindan servicios directos a nuestra población como el Departamento de la Familia y el Departamento de Educación. (Aparentemente, todo el mundo menos la mayoría del Tribunal.) Desde la perspectiva sociológica, no hay un solo tipo de familia. Por el contrario, si algo las caracteriza es la variedad de formas de familia en el planeta. Las familias se constituyen de variadas formas como consecuencia de decisiones voluntarias de las personas, de vínculos afectivos y emocionales, de compromisos de lealtad y, son cambiantes. En ocasiones, hay cambios que inclusive son forzados por circunstancias imprevistas como muertes o incapacidades de madres, o de padres. Hay madres solas criando. ¿No son familia? Hay abuelas criando, hay tías criando. ¿No son familia? Hay hermanos viejos viviendo juntos. ¿No son familia? ¿Qué fundamento utiliza el Tribunal para expresar que sólo cuando hay un hombre y una mujer es que existe una familia?

Por otro lado, desde la perspectiva jurídica, ¿por qué es digna de protección, de la protección del Estado, un solo tipo de familia? ¿Qué razón legítima puede haber para excluir las otras familias de la protección de la ley? ¿Por qué negarles el derecho que se le reconoce a un tipo de familia? Y finalmente, ¿cómo se afecta la familia tradicional por que existan otras familias con derechos? ¿Qué derechos pierden con que se reconozcan derechos a los demás?

Es inexorable concluir que es un propósito exclusivamente excluyente el del Artículo 138 porque su propósito es exclusivamente no permitirle a otras familias un derecho que sólo pueden tener las “tradicionales”. En nuestro sistema constitucional, ha determinado el TSEU, que el principio de la igual protección de las leyes prohíbe que el Estado actúe con propósitos exclusivamente excluyentes ya que la exclusión de un sector de las protecciones del sistema legal no es un interés legítimo del Estado. Véase, a esos efectos, *Romer v. Evans*<sup>9</sup>, en el cual precisamente se determinó inconstitucional una enmienda a la constitución de Colorado que impedía a la comunidad LGBTT reclamar derechos. El TSEU determinó que la enmienda merecía examinarse bajo escrutinio riguroso pero ni siquiera superaba el escrutinio racional.

---

<sup>9</sup> 517 U.S. 620 (1996).

La mayoría del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Ex parte AAR* habla también de los mejores intereses de la menor como un interés que justifica la acción discriminatoria del Estado. Pero varios jueces derrotan esa premisa cuando aceptan en sus opiniones que no tienen duda, como lo evidenció toda la prueba que no fue refutada, de que con quien mejor está esa niña es con sus dos madres, que la han criado y amado toda su vida inclusive antes siquiera de nacer.

Es con la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico que se le causa daño a esta menor, sencillamente imperdonable. Otros jueces en sus opiniones sugirieron o expresaron que esa crianza entre sus dos madres le haría mal a la menor, sin evidencia alguna en el record para sustentar tal aseveración. Peor aún, ningún estudio científicamente válido demuestra que parejas del mismo sexo les hacen daño a los niños y niñas que crían por razón de ser del mismo sexo. No existen tales estudios. Sin embargo, son innumerables los que evidencian lo contrario. Y eso concluyeron en este caso los y las profesionales que en el transcurso de este litigio evaluaron a esta familia.

Por último, quiero discutir otra posibilidad jurídica que tuvo ante sí el Tribunal Supremo para resolver de una manera justa esta controversia: declarando que la “orientación sexual” es una clasificación sospechosa. Pero, ustedes se preguntarán, ¿cómo hacerlo si “orientación sexual” no está en la lista de las clasificaciones sospechosas en la Constitución? Dos mecanismos legítimos en nuestro ordenamiento permiten hacer esa determinación. Por un lado, el Tribunal pudo interpretar que orientación sexual es una modalidad dentro de la clasificación “sexo” y por otro, el Tribunal pudo ampliar la lista de clasificaciones sospechosas. Sobre el primer mecanismo no abundaré porque ya la profesora Vicente ha hablado de las distinciones entre conceptos sexo y género. Baste decir que el discrimen por orientación sexual puede entenderse como un discrimen por sexo porque se discrimina contra una persona precisamente porque exhibe un comportamiento diferente al que se espera socialmente del sexo al que pertenece biológicamente, porque para cada sexo la sociedad ha determinado un comportamiento específico, incluyendo su sexualidad, sus expresiones sexuales, negándole de esa forma a cada cual su autonomía sexual. Así, quien no se conforma al canon social, es marginado, discriminado. Es, pues, discrimen por sexo.

Sí quiero abundar sobre el segundo mecanismo disponible porque, como no se discute en la opinión, es menester fomentar su discusión para que sea tema de reflexión desde el Derecho. El Tribunal Supremo ya ha reconocido una categoría como sospechosa que no está en la lista. Hay, pues, precedente. Lo hizo en el caso de *De la Paz v. Aponte*<sup>10</sup> cuando reconoció que extranjería, que no está en la lista, es una clasificación sospechosa. Lo decidió, como saben los estudiantes que han tomado su curso de Constitucional II, porque ya el TSEU la había reconocido como clasificación sospechosa, merecedora de un análisis minucioso si se utilizaba para

---

<sup>10</sup> 124 D.P.R. 472 (1989).

establecer distinciones ante la ley. Y, claro, el Tribunal Supremo de Puerto Rico estaba obligado a reconocer la clasificación si el TSEU la reconoce. La pregunta es si hoy, cuando todavía el TSEU no la ha reconocido como clasificación sospechosa, podría el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconocerla como tal. Asevero que sí. Más aún, planteo que aunque el TSEU decidiera que no es una clasificación sospechosa, el Tribunal Supremo de Puerto Rico puede hacerlo y pudo haberlo hecho en este caso. ¿Saben por qué? Porque el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso de *De la Paz* estableció que las clasificaciones sospechosas de la Constitución de Puerto Rico no son números clausus, no son lista cerrada, exclusiva, es decir, que pueden reconocerse otras clasificaciones. El Tribunal ha hecho esa expresión también en otros casos. (Véase, *León Rosario v Torres*<sup>11</sup>, en el cual el Tribunal expresa, haciendo referencia a la lista de clasificaciones en la Constitución, “en evidente reconocimiento de que dicha disposición no es numerus clausus”). El Tribunal no tan sólo ha hecho esa aseveración sino que a través del tiempo ha elaborado unos factores que pueden guiar al reconocimiento de otras clasificaciones como sospechosas.

¿Cuáles son entonces esos factores?

- se consideran inherentemente sospechosas todas las clasificaciones tangentes con la dignidad del ser humano y con el principio de la igualdad ante la ley;
- las relacionadas con grupos minoritarios, históricamente marginados, rechazados, u oprimidos, con menor acceso a vindicar sus derechos a través del sistema político;
- las relacionadas con grupos políticamente vulnerables;
- con grupos que comparten unas características naturales sobre las que no tienen control, ni son el resultado de acciones propias como lo son raza, color, sexo, nacimiento, origen;
- con grupos sobre los que se presumen características o conductas negativas.

Como una mera lectura de estos factores refleja, la comunidad LGBTTT satisface todos estos requisitos. Por ello, el caso de *Ex Parte AAR* era el caso perfecto para que el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconociera a la comunidad LGBTTT como una históricamente oprimida y el discrimen por orientación sexual como una discriminación que violenta la dignidad humana, una clasificación sospechosa por sí misma.

Reconocer la dignidad de cada persona requiere que a cada persona se le respete el ejercicio de su autonomía, la libertad de tomar decisiones sobre aspectos íntimos de su vida. En la decisión mayoritaria de *Ex parte AAR* no se reconoció la autonomía y, por ende, se violentó la dignidad de dos mujeres responsables, productivas, ciudadanas probas, que han sufrido una injustificada injuria pese a

<sup>11</sup> 109 D.P.R. 804 (1980).

la crianza impecable que han dispensado a esta joven que las ama a las dos. Esa injuria gratuita e innecesaria abjura de los valores fundamentales que permean nuestro ordenamiento jurídico y que han sido consagrados en la Constitución como derechos del ser humano, precisamente por ser humanos.

La mayoría del Tribunal ha dejado desprotegidas a tres mujeres de las arbitrariedades y discriminaciones de las mayorías que aprueban las leyes. Al así hacerlo han abandonado su función esencial de garantizar que se adjudiquen los reclamos de los grupos minoritarios conforme mandatan los principios constitucionales. Es responsabilidad de los tribunales en el ejercicio de su independencia judicial decidir los casos sin consideraciones de consecuencias políticas y personales. Les corresponde la ingente tarea de proteger los derechos fundamentales de quienes sufran las acciones de las mayorías que dominan el proceso político pues son las constituciones y los tribunales que las interpretan quienes pueden atajar las arbitrariedades en el ejercicio del poder. En el desempeño responsable de esa esencial tarea estriba la confianza de una sociedad sobre la Rama Judicial.

Corresponde, pues, continuar la reflexión, el reclamo y la denuncia.

Y esperar por un Tribunal más sensible, más sabio y más libre.

Muchas gracias.